

## ESTATALIDAD ABIERTA: UN ANÁLISIS COMPARADO<sup>1</sup>

Peter M. HUBER

### I. INTEGRACIÓN EUROPEA Y ESTATALIDAD ABIERTA

#### 1. *La cuestión europea en el contexto del proceso constituyente*

La Constitución de un Estado es un “acto programático fundacional y generador de orden que busca proporcionar una base jurídica a la colectividad en una situación histórica concreta”<sup>2</sup> para su camino hacia el futuro. Es claro que la cuestión de la integración europea, entendida como una forma particular de cooperación entre los Estados europeos, con transferencia de derechos de soberanía a organizaciones internacionales y supranacionales creadas por los mismos, difícilmente podía jugar algún papel en el proceso constituyente del siglo XIX (Luxemburgo) y de la primera mitad del siglo XX (Austria [1920],<sup>3</sup> Irlanda [1937]), aun cuando la “apertura de la Constitución frente al derecho internacional público” en los Países Bajos, por ejemplo, ya formase parte

<sup>1</sup> Este trabajo se basa sustancialmente en las contribuciones de los autores Karl-Peter Sommermann, de Alemania; Catherine Haguenu-Moizard, de Francia; Julia Iliopoulos-Strangas, de Grecia; Patrick Birkinshaw y Martina Künnecke, de Gran Bretaña; Carlo Panara, de Italia; Ramses A. Wessel y Wim E. van de Griendt, de Holanda; Christoph Grabenwarter, de Austria; Stanislaw Biernat, de Polonia; Joakim Nergelius, de Suecia; Helen Keller, de Suiza; Antonio López Castillo, de España, y Pál Sonnevend, de Hungría. Traducción de Mariela Morales-Antoniazzi de la versión original alemana, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 69-141.

<sup>2</sup> Badura, Peter, *Staatsrecht*, 2003, p. 7.

<sup>3</sup> Respecto a esfuerzos realizados en Austria después de 1920, véase Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 1 ss.

de la cultura jurídica desde el siglo XVII<sup>4</sup> y antes de la Primera Guerra Mundial, aun cuando durante el periodo de entreguerras ya se formulasen algunas ideas en orden a la unión de los Estados europeos.<sup>5</sup>

Sólo el notorio fracaso del sistema de Estados nacionales soberanos y rivales entre sí en dos guerras mundiales, el fracaso de la Sociedad de Naciones en el periodo de entreguerras, la creación de las Naciones Unidas en 1945 y, en última instancia, las experiencias de penuria económica y marginación política en Europa, logran convencer sobre la necesidad de una integración europea del tipo que ésta fuere. Por esa razón, desde 1946 la apertura del ordenamiento jurídico nacional a la cooperación internacional y más tarde a la cooperación europea pasó a jugar un papel importante en el contexto de todos los procesos constituyentes. Tan obvio era esto en 1945 para el Constituyente de la IVa. República en Francia, que en el preámbulo —aún vigente— de esa Constitución dejó entrever la posibilidad de desistir de la soberanía nacional a condición de reciprocidad<sup>6</sup> sin que ello hubiese sido mencionado en los debates.<sup>7</sup> En la Constitución italiana de 1947 se constata en el artículo 11 una base competencial similar redactada en términos generales.<sup>8</sup> También en el caso de la Ley Fundamental alemana la decisión básica a favor de la “estatalidad abierta” estuvo clara desde un principio, es decir, desde la convención constituyente de Herrenchiemsee en agosto de 1948.<sup>9</sup> En este sentido, en su Preámbulo, el pueblo alemán declara explícitamente querer servir a la paz mundial como miembro en igualdad de derechos “en una Europa unida”. Coherentemente la Ley Fundamental alemana da forma a dicho objetivo por medio del artículo 24, apartado 1.

4 Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 1.

5 Sommermann, IPE, § 14, marg. 3.

6 Sin embargo, es apenas el artículo 88-1 de la Constitución francesa insertado en 1992 el que establece una relación específica con la integración europea.

7 Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 12.

8 Panara, IPE, § 18, marg. 15.

9 Sommermann, IPE, § 14, marg. 1, 5 ss.

Con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de la Comunidad Económica Europea (CEE) y más adelante también de la Unión Europea (UE), a la vista de su evidente éxito, la condición de Estado miembro en las comunidades de integración europeas se convierte en una cuestión tan importante, en algunos casos hasta existencial, que las Constituciones europeas más recientes —sin hablar de la suiza—<sup>10</sup> no pueden obviarla. Eso vale específicamente para Grecia (1975),<sup>11</sup> Portugal y España (1978)<sup>12</sup> así como para los Estados de Europa central y del este, para los cuales la perspectiva de participación en el proceso de integración significó al mismo tiempo la esperanza de estabilización de la democracia y la prosperidad económica, una vez superadas las dictaduras imperantes.

## *2. El Estado nacional abierto como principal punto de referencia del espacio jurídico europeo*

Después de los primeros intentos en el “Preámbulo” de la Constitución de la IVa. República y en el artículo 11 de la Constitución italiana,<sup>13</sup> así como la declaración más explícita del artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental alemana,<sup>14</sup> este tipo de cláusulas se han ido estableciendo paulatinamente en casi todas las Constituciones europeas. Hoy día, todos los Estados de Europa conocen cláusulas constitucionales de apertura a favor de la cooperación internacional y/o de la integración europea,<sup>15</sup> conteniendo algunas Constituciones incluso cláusulas de apertu-

<sup>10</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 1.

<sup>11</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 1 ss.

<sup>12</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 6.

<sup>13</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 10.

<sup>14</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 6; acerca del efecto ejemplar para España, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 10.

<sup>15</sup> Esto es válido inclusive para la Constitución de Hungría, que data de la época comunista: §§ 2/A, 7 apartado 1 de la Constitución de Hungría, Sonnenwend, IPE, § 25, margs. 3 y 18.

ra diferenciadas.<sup>16</sup> La permeabilidad del Estado derivada de esta apertura fue caracterizada tempranamente por Klaus Vogel como *estatalidad abierta*.<sup>17</sup> Sin ella hoy en día el Estado nacional europeo sería tan difícil de concebir como el espacio jurídico europeo en general y la UE en particular.

En contraste, hasta cierto punto con lo anterior, los aspectos fundamentales y jurídico-políticos de esta “estatalidad abierta” sólo tuvieron una importancia marginal en los respectivos debates constitucionales, en el sentido de que los legisladores constituyentes nacionales, por lo general, se ocuparon poco y sólo superficialmente de las consecuencias concretas de una adhesión a la CEE, la CE y la UE, al igual que de la europeización de la estructura constitucional nacional asociada a ella.<sup>18</sup>

En este sentido, la excepción viene representada por Grecia, donde las consecuencias de la europeización fueron debatidas ampliamente en el proceso constituyente,<sup>19</sup> como también en el caso de Austria. Este último realizó previamente a su adhesión a la UE en 1995, una “reforma general de la Constitución Federal” —equiparable a un proceso constituyente— según el artículo 44, apartado 3 de la Constitución Federal, a través de la cual modificó sustancialmente su ordenamiento constitucional para la adhesión a la UE. Es decir, el principio democrático, federal y de Estado de derecho, el principio de separación de poderes y el principio liberal a fin de adaptarlos a las condiciones estructurales de la UE.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Alemania: Sommermann, IPE, § 14, marg. 34 ss. Distingue entre artículo 23 apartado 1, 24 apartado 1, 24 apartado 1a y artículo 16 apartado 2 párrafo 2 de la Constitución alemana; Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 8, 10 con miras al artículo 9 y 90 Constitución polaca; España: artículo 10 apartado 2 y artículo 93 CE; Hungría §§ 2/A, 6 apartado 4 Constitución húngara.

<sup>17</sup> Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

<sup>18</sup> Francia: Hagenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 9; la nueva Constitución Federal Suiza de 1999 tampoco responde la cuestión del destino europeo de Suiza, Keller, IPE, § 23, marg. 55; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 4 y s.

<sup>19</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 5 y ss.

<sup>20</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 14.

## II. LA CONDICIÓN DE ESTADO MIEMBRO EN LA UE

### 1. *Los intereses nacionales en la integración europea*

Que la paz en Europa sólo podría quedar asegurada mediante un acuerdo entre los Estados europeos es algo que, como demuestra el discurso de Winston Churchill el 19 de septiembre de 1946 en Zurich, estaba claro desde el principio para las élites europeas después de la Segunda Guerra Mundial. En el origen de la integración se encuentra, por lo tanto, el reconocimiento de que el sistema de los Estados nacionales que compiten y rivalizan entre sí, y que desde las postrimerías de la Edad Media se habían enfrentado en innumerables guerras, no era el adecuado para garantizar la paz y el bienestar en Europa.<sup>21</sup> Sobre todo el antagonismo germano-francés había ensombrecido el continente desde el siglo XVII y, según ocurrió en la década de 1920, también después de 1945 la relación entre Alemania y Francia resultó ser un factor determinante para la integración europea.<sup>22</sup>

La dimensión económica fue identificada rápidamente como el más idóneo punto de coincidencia en este proceso.<sup>23</sup> La propuesta elaborada por Jean Monnet de subordinar las industrias, entonces clave, del carbón y del acero a una administración conjunta a través de una “Alta Autoridad”, presentada por el ministro francés de relaciones exteriores Robert Schuman en una declaración gubernamental en 1950 (el llamado Plan Schuman), se convirtió en punto de partida y cristalización del proceso de integración.<sup>24</sup> Aceptada con beneplácito por Adenauer (Alemania) y Gasperi (Italia)<sup>25</sup> así como por los representantes de los Estados del Benelux, condujo en 1951 a la adopción del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

<sup>21</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 5 y ss.

<sup>22</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 10.

<sup>23</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 3.

<sup>24</sup> Huber, P. M., *Recht der Europäischen Integration*, 2002, § 3, marg. 8.

<sup>25</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 16.

Ahora bien, los motivos que impulsaron a los distintos Estados a participar en la integración europea no se limitaron a la preocupación común de los Estados miembros por preservar la paz. En cada uno de los Estados nacionales europeos cabe identificar un “haz de motivos” integrada por motivaciones muy diversas en el que, además de las consideraciones político-técnicas, los aspectos económicos jugaron también un papel importante. Si la integración europea ofreció a Alemania y —en forma más atenuada— también a Italia la posibilidad de recuperar la soberanía nacional, así como la de ser reconocidos como socios en igualdad de derechos tras las catástrofes del nacionalsocialismo y del fascismo,<sup>26</sup> en Francia por su parte se albergaba la esperanza de poder compensar de esta manera, al menos en parte, la pérdida de su papel de potencia mundial. El ingreso de Gran Bretaña en la CEE en 1973 permitió su reposicionamiento después de la desintegración del Imperio, ciertamente movida por la pretensión de (co-)determinar los destinos de Europa,<sup>27</sup> y brindó a Irlanda la oportunidad de una emancipación económica y política de Gran Bretaña. Estados que, como Grecia, España, Portugal, Polonia o Hungría, habían dejado atrás dictaduras de diversos tipos verían más tarde en la adhesión a la UE, la promesa de estabilidad política.<sup>28</sup> Para los Estados miembros más pequeños la integración en general y el *método comunitario* en particular supuso —y sigue siendo— un instrumento de política de seguridad,<sup>29</sup> así como la salvaguarda contra el abuso de poder de los Estados europeos más grandes.<sup>30</sup> Además, les posibilita la participación política en asuntos que van más allá de sus posibilidades de influencia individual

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 20.

<sup>28</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 2, 19; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 33.

<sup>29</sup> Respecto de la renuncia de hecho a la condición de país neutral por parte de Austria, véase Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 24, pp. 37 y ss.

<sup>30</sup> Para los Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 9 s.

en cada caso.<sup>31</sup> A ello se suman algunos intereses singulares: para Grecia, Europa significaba la esperanza de solucionar la cuestión de Chipre y de su tensa relación con Turquía;<sup>32</sup> para Austria, la expectativa de avances o garantías en cuanto a la protección del medio ambiente y el tránsito trasalpino.<sup>33</sup> En última instancia, fue la perspectiva de prosperidad económica la que llevó a los Estados de Europa a instar su ingreso en la UE; así lo demuestran los ejemplos de Grecia, Irlanda, Portugal, España;<sup>34</sup> como también es el caso de Suecia, donde el modelo social heredado había dejado de funcionar satisfactoriamente<sup>35</sup> después de 1989. Allí donde aún no se ha llegado a la adhesión —como en el caso de Suiza—, ha producido una estrecha alineación con la UE; con toda justificación su situación hoy en día se describe como “integración parcial política, económica e institucional... a la UE”, que tiene visos de ser “irreversible”.<sup>36</sup>

## 2. *El debate sobre la participación en la UE*

Aun cuando la cuestión europea y la necesidad de apertura del ordenamiento jurídico nacional para la participación en el proceso europeo de integración están arraigados en la conciencia general y son apoyados por la mayoría de la población en casi todos los Estados, el ingreso en la CEE y UE, así como el desarrollo que ésta ha experimentado desde entonces ha estado precedido, en algunos casos, por intensos debates políticos y jurídico-constitucionales. En Francia, por ejemplo, tres de los cinco referéndums

<sup>31</sup> Huber (N. p. 23), § 2, marg. 1; Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 22; Biernat, IPE, § 21, marg. 40; Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 s.

<sup>32</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 21.

<sup>33</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 25 s.; respecto a la situación de intereses comparable en Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 34.

<sup>34</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 35.

<sup>35</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 4.

<sup>36</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 10 y ss. Con detalles sobre las dificultades de este proceso de acercamiento, marg. 49.

que se han realizado desde la dimisión de De Gaulle tuvieron por objeto el futuro de la integración europea.<sup>37</sup> Igualmente en Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda, los Países Bajos, Austria, Polonia,<sup>38</sup> Suecia<sup>39</sup> y España, la participación en el proceso de integración ha sido objeto de plebiscitos en una o varias ocasiones. No debe sorprender que en esta contienda también jugaran un papel aspectos de política interior y de política partidista ajenos a la cuestión; en este sentido la democracia directa no se diferencia de la representativa.<sup>40</sup>

Sin embargo, no deja de ser irónico el hecho de que la *aceptación del proceso de integración*, por más que esté acompañado por el éxito, tienda a disminuir, pudiendo constatarse en la mayoría de los Estados miembros una división más o menos profunda de la sociedad. Mientras que la “clase política”, los medios de comunicación y las élites urbanas con formación académica están mayoritariamente a favor de la integración,<sup>41</sup> en el ámbito rural y en aquellos estratos de la población que perciben el mercado interno (artículo 14, apartado 2 UE) y la globalización más como una amenaza para su posición económica (*Besitzstand*)<sup>42</sup> que como una oportunidad para su progreso personal, la integración se enfrenta a un rechazo cada vez mayor, tal como lo muestran los ejemplos de los Países Bajos<sup>43</sup> y de Suecia.<sup>44</sup> De ahí que en el corto plazo, las formas plebiscitarias de adopción de decisiones

<sup>37</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 18.

<sup>38</sup> Respecto de las discusiones que precedieron a la adhesión el 1.4. 2004: Biernat, IPE, § 21, marg. 24 ss.

<sup>39</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 6.

<sup>40</sup> La crítica a los referendums en Francia expresada por Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 19, afecta de la misma manera a decisiones parlamentarias.

<sup>41</sup> Acerca del predominio de las fuerzas políticas en el proceso de ratificación del TCE en Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 15; en Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 16.

<sup>42</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 20 –acerca de la figura del “fontanero polaco” que contribuyó a decidir el referéndum de 2005–.

<sup>43</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 56 y ss.

<sup>44</sup> Nergelius, § 22 m. 6.

tienden a ser precarias, por más que puedan promover la aceptación, incorporando así un efecto estabilizador y legitimador. Si se intenta categorizar los distintos debates en los Estados miembros acerca de la integración europea, se pueden distinguir divergencias de opinión tanto sobre la participación misma del Estado en el proceso de integración europea (A) como respecto de la magnitud y extensión del progreso de la integración (B).

### A. *La condición de Estado miembro en la CE y UE como objeto de debate político y constitucional*

Por más que, desde finales de la década de 1980, se esté discutiendo acerca de la forma, extensión y velocidad de la integración europea, parece que —una vez que esta ha sido consumada (*aa*)— la condición de Estado miembro en la UE queda por encima de los debates jurídico-constitucionales. Con excepción de Gran Bretaña, hasta ahora no ha surgido en ningún otro Estado miembro la cuestión de una *retirada*, según permite el derecho de la Unión vigente<sup>45</sup> y, a su vez, el artículo 49 A del Tratado de Lisboa intenta plasmar jurídicamente para el futuro —al igual que lo preveía el artículo I-60 del TCE (*bb*)—.

*aa*) Debe hacerse notar cómo en una serie de Estados miembros el camino hacia la CEE y UE estuvo minado de obstáculos

<sup>45</sup> Huber (N. p. 23), § 4, marg. 58; § 5, margs. 18 y ss.; para Alemania: Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 89, 155, 190, 204; Di Fabio, U., *Das Recht offener Staaten*, 1998, p. 124; Doehring, K., *Einseitiger Austritt aus der Europäischen Gemeinschaft*, homenaje a Hartmut Schiedermaier, 2001, pp. 695 y ss.; Huber, P. M., *Maastricht – ein Staatsstreich?*, 1993, pp. 40 y ss.; para Gran Bretaña: Bogdanor, V., “Britain and the European Community”, en Jowell y Oliver (Hg.), *The Changing Constitution*, 1994, pp. 19 y ss.; Cullen, P., *Die flexiblen Briten: Rechtsstellung eines Außenseiters in der EU*, publ. del Centro de Derecho Económico Europeo de Bonn, núm. 99, 1998, pp. 9 y ss.; McCormick, N., “Das Maastricht-Urteil – Souveränität heute”, *JZ*, 1995, p. 797; para Austria: Öhlinger, T., “Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung”, en mismo autor (ed.), *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999, pp. 165 y 177.

considerables. Estos obstáculos fueron de naturaleza *jurídico-constitucional* sobre todo allí donde el derecho constitucional nacional —como sucede en Irlanda, Dinamarca o Polonia— prevé consultas populares para decidir la adhesión o, lo que es lo mismo, la cesión de derechos soberanos. En la llamada expansión hacia el oeste de la UE en 1973, las adhesiones de Irlanda y de Noruega requirieron de sendos plebiscitos; mientras que en Irlanda la aprobación no estuvo seriamente en peligro, el referéndum noruego fracasó. La llamada expansión hacia el sur para incluir a Grecia (1981),<sup>46</sup> España y Portugal (1986) no generó problemas dignos de mención, mientras que la llamada expansión hacia el norte (1995) para incluir a Suecia, Austria y Finlandia requirió de *plebiscitos* en los tres Estados<sup>47</sup> y en todos ellos hubo problemas específicos.<sup>48</sup> Particularmente en Suecia la aprobación pendió de un hilo. La llamada expansión hacia el este llevada a cabo el 1o. de mayo de 2004, cuando Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Hungría,<sup>49</sup> Eslovenia, Malta y Chipre se incorporaron a la UE, también resultó ser en algunos casos un episodio de pronóstico incierto hasta el final. En cambio, la última ampliación de la UE, con la adhesión de Bulgaria y Rumania el 1o. de enero de 2007, transcurrió sin dificultad alguna.

El ingreso en la CEE y UE ha fracasado hasta ahora en dos Estados: en Noruega, la mayoría de la población decidió en 1973 y en 1994 se pronunció en contra de las actas de adhesión ya negociadas y en el caso de Suiza la solicitud de adhesión del Consejo Federal, pendiente desde 1992, ha sido congelada por tiempo in-

<sup>46</sup> Acerca de la exigencia del Partido Comunista Griego KKE para que se realice un referéndum: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 11.

<sup>47</sup> Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 21 y s.; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 y s.

<sup>48</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 24 ss., quien hace referencia para Austria al tránsito transalpino, a la protección del consumidor, la energía nuclear, la agricultura y la obligación de neutralidad; Nergelius, IPE, § 22, marg. 6 y ss., con referencia a las situaciones de política interior y política partidista.

<sup>49</sup> Acerca de la historia previa, véase Sonnevend, IPE, § 25, margs. 15 y ss., esp. 28.

determinado.<sup>50</sup> Las razones en este último caso son diversas: por un lado, el temor a ver afectada la ya establecida y eficiente democracia plebiscitaria suiza y el miedo a la pérdida definitiva de posibilidades de control nacional en el área de la libre circulación de las personas, de la protección del medio ambiente, del tránsito transalpino y del secreto bancario;<sup>51</sup> por el otro, la circunstancia de que Suiza, con su estrategia de *bilateralismo*, ha logrado una integración económica considerable con la UE aun sin ser miembro de pleno derecho.<sup>52</sup>

La cuestión de la retirada de un Estado miembro ha sido planteada una sola vez hasta ahora. En 1975, poco después de su adhesión, hubo en Gran Bretaña un referéndum sobre la retirada de la CEE tras la caída del gobierno conservador de Heath, de tendencia pro europea, en el que la opción por la retirada fracasó rotundamente.<sup>53</sup>

### B. Alcance y dimensión del proceso de integración como objeto de debate jurídico-constitucional

Si se toma en consideración el punto de partida del proceso de la integración europea, es decir, la catástrofe de 1945 y el profundo arraigo de los Estados nacionales en la conciencia de los pueblos, en tanto que “comunidades de destino” puestas a prueba en triunfos y derrotas y forjados a lo largo de siglos por el idioma, la cultura, la religión y la geografía, no ha de sorprender que los intentos por superar este patrón de convivencia, percibido en muchos casos como “natural”, también haya encontrado y siga encontrando resistencia. Mientras que al inicio se articularon estas resistencias hasta principios de la década de 1960 dentro de

<sup>50</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 44.

<sup>51</sup> *Ibidem*, marg. 30 y ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*, margs. 19, 44, 46 y ss.

<sup>53</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 12.

la estructura institucional de la CEE,<sup>54</sup> en especial por parte del euroescéptico general de Gaulle mediante su política de la silla vacía, más adelante las discusiones acerca del alcance y la dimensión de la integración ulterior se trasladaron al interior de los Estados miembros donde —en vista del constitucionalismo de los Estados nacionales europeos (artículos 6 y siguientes, TUE)— no debe sorprender que adquirieran frecuentemente el carácter de debates jurídico-constitucionales. Con la acelerada integración desde finales de la década de 1980, estos debates han logrado mayor alcance.

#### a. La fase inicial

Bajo la impresión del éxito de la CECA, a principios de la década de 1950 se desarrollaron planes para una Comunidad Política Europea (CPE) y una Comunidad Europea de Defensa (CED). Mientras la primera ni siquiera llegó a superar la fase de negociaciones, el Tratado de la CDE, con el que habría de crearse un ejército europeo, fracasó en 1954 en la Asamblea Nacional francesa.<sup>55</sup> Es evidente que en Francia no existía el apoyo necesario para ninguno de los dos proyectos, tan profundamente incisivos en la soberanía nacional. Ello allanó más tarde el camino al ingreso de Gran Bretaña a la CEE (1972), aunque sólo después de varios intentos.<sup>56</sup>

#### b. Los obstáculos al Tratado de Maastricht

Sólo años más tarde se producen debates jurídico-constitucionales sobre la participación en el proceso de integración y ello con ocasión de la creación de la UE por medio del Tratado de Maastricht de 1992/93. Mientras que el Acta Única Europea (AUE) de 1986/87, que a fin de cuentas establecía el programa para la con-

<sup>54</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 11.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, marg. 19.

secución del mercado interior, fue generalmente percibida como una especie de “liberación” de la denominada euroesclerosis y como un paso adelante necesario y poco dramático, la ratificación del TUE (negociado el 9 y 10 de diciembre en la ciudad holandesa de Maastricht y firmado allí el 7 de febrero de 1992) estuvo plagada de incertidumbres. Dado que el antiguo artículo 236 del Tratado de la Comunidad Europea (hoy artículo 48 TUE) requería la ratificación por todos los Estados miembros de conformidad con sus disposiciones constitucionales, se produjeron variadas discusiones en varios de los entonces doce Estados miembros que en algunos casos llegaron a ser muy vehementes. En Dinamarca, Francia e Irlanda fueron convocados sendos referéndums, que dieron lugar por primera vez a una amplia discusión pública sobre el alcance y la dimensión de la integración, de hecho más allá de las respectivas fronteras nacionales. El primer referéndum en Dinamarca tuvo un resultado negativo, aunque por escaso margen. El francés un resultado positivo, aunque también por un margen no menos estrecho. Únicamente los irlandeses aprobaron el Tratado de Maastricht con una holgada mayoría. Con el propósito de no hacer depender del voto danés el progreso de la integración europea, en el verano de 1992 tuvo lugar en Dinamarca un segundo referéndum sobre el Tratado de la UE, después de que se hubiesen efectuado algunas concesiones a dicho país,<sup>57</sup> en particular respecto de la Unión Económica y Monetaria (UEM). Éste tuvo un resultado positivo —nuevamente por un escaso margen—. En Gran Bretaña la ratificación generó dificultades, en virtud de la división del gobierno conservador de entonces acerca de la cuestión europea, y carecía de una mayoría segura en la cámara baja para la ratificación del Tratado.

Estos debates políticos estuvieron acompañados en cada caso de controversias jurídico-constitucionales específicas. Antes de la ratificación del Tratado de la UE en Maastricht, el Conseil Constitutionnel francés debió pronunciarse en tres ocasiones: en la

<sup>57</sup> Véase al respecto el Protocolo núm. 26 del Tratado de Maastricht relativo a algunas disposiciones concernientes a Dinamarca (1992).

decisión Maastricht I declaró respecto de la relación entre el derecho nacional y el derecho de la Unión que el derecho primario no podía contradecir estipulaciones expresas de la Constitución francesa (CF),<sup>58</sup> a partir del principio democrático recogido en el artículo 3o. de la CF, a propósito del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales previsto para los ciudadanos de la Unión, con nacionalidad de otros Estados miembros. Particularmente se daba la circunstancia de que los miembros del Senado francés eran y son elegidos por un cuerpo colegiado formado por concejales.<sup>59</sup>

Al mismo tiempo, el Conseil Constitutionnel teniendo en cuenta que el paso hacia decisiones adoptadas por mayoría a nivel de la Unión afectaba las *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* consideró necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado de la UE.<sup>60</sup> En la decisión Maastricht II, el Conseil Constitutionnel previno sobre la garantía de perpetuidad del artículo 89, apartado 5 de la CF y las limitaciones de una reforma constitucional eventualmente asociadas a ella.<sup>61</sup> El Tribunal Constitucional español en su Declaración sobre Maastricht también hubo de abordar la concepción de la democracia en la Constitución española a la vista del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales. Aunque —al igual que los otros tribunales constitucionales del continente— éste parte de un concepto de democracia basada en el Estado nacional, a diferencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Conseil Constitutionnel, el Tribunal Constitucional español —sobre la base de una concepción liberal de la autonomía local— no equipara las administraciones locales con el “Estado”,<sup>62</sup> de modo que no consideró aplicables los estrictos

<sup>58</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 30.

<sup>59</sup> *Ibidem*, marg. 32.

<sup>60</sup> CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187, 189 – Maastricht I.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 193 y 194 – Maastricht II.

<sup>62</sup> DTC 108/1992 del 1.7.1992, EuGRZ 1993, p. 285 – *Maastricht*; López Castillo, IPE, § 24, marg. 68.

requisitos de legitimación contemplados en el artículo 1, apartado 2 CE.

En Alemania, donde el Bundestag (cámara baja) y el Bundesrat (cámara alta del Parlamento) aprobaron el Tratado en forma prácticamente unánime a pesar de la postura más bien vacilante de la población, un ex funcionario de la Comisión, M. Brunner, junto con algunos diputados del partido Los Verdes acudieron al Tribunal Constitucional Federal, con el argumento de que la renuncia a la *soberanía monetaria* y el sometimiento a las decisiones adoptadas por mayoría calificada en el Consejo suponían una violación inadmisible de la soberanía y del *principio democrático*, albergando además dudas sobre la credibilidad de la *tutela jurídica de los derechos fundamentales* ofrecida por la UE. El proceso culminó con la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal del 12 de octubre de 1993,<sup>63</sup> que aunque despejó el camino para la entrada en vigor del Tratado de la UE, hizo rodear el compromiso europeo de Alemania de un gran número de cautelas. Por ese motivo la sentencia fue objeto de fuertes críticas tanto en Alemania como en el extranjero, pero abrió una perspectiva nueva, diferenciada de la visión de la integración europea. Con eso, no sólo creó una escuela en otros altos tribunales,<sup>64</sup> sino que ofreció incluso una impronta diferente al proceso de integración.

Por más que la decisión fundamental sobre la unión monetaria ya hubiera sido tomada con el Tratado de Maastricht, su aplicación en algunos casos dio lugar a algunas escaramuzas jurídico-constitucionales en la retaguardia. Tal fue el caso de Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal tuvo que pronunciarse de nuevo el 31 de marzo de 1998 sobre el ingreso en la tercera fase de la UEM.<sup>65</sup> Aunque esta sentencia supuso el intento de se-

<sup>63</sup> BVerfGE 89, 155 ss. – *Maastricht*.

<sup>64</sup> La interpretación restrictiva de la cláusula contractual de redondeo del artículo 308 CE aplicada allí fue asumida incluso por el TJCE, dictamen 2/94, repertorio 1996, I-1759, 30 – *EMRK-Gutachten*; *Huber*, Maastricht – ein Staatsstreich? (nota al pie 44), p. 31.

<sup>65</sup> BVerfGE 97, pp. 350 y ss. – *EURO*.

guir la línea trazada en la de Maastricht, ello sólo ocurrió en parte debido a que en la realidad política y económica no terminaba de coincidir con las condiciones jurídico-constitucionales esbozadas cinco años antes y porque, en última instancia, el Tribunal tampoco pudo, ni quiso, detener el ingreso de Alemania en la tercera fase de la UEM.<sup>66</sup> En cambio, en Suecia la mayoría de la población se decidió en un referéndum en 2003 contra el ingreso en la tercera fase de la UEM, a pesar de que —a diferencia de Dinamarca, donde la población también se decidió en contra de la renuncia a la soberanía monetaria—<sup>67</sup> el derecho de la Unión no otorgaba la oportunidad para una nueva decisión nacional.<sup>68</sup>

La Sentencia de Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán ha encontrado seguidores en muchos países: en Suecia, la Comisión gubernamental encargada de garantizar la constitucionalidad del ingreso a la UE se inspiró ostensiblemente en ella al redactar la cláusula europea en el capítulo 10 § 5 de la *Regeringsform*.<sup>69</sup> Es igualmente notable la semejanza con el modelo alemán de la Sentencia Maastricht del Højesteret danés dictada en 1998, cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.<sup>70</sup> En Gran Bretaña puede apreciarse una proyección similar,<sup>71</sup> particularmente en los planteamientos de sir John Laws en *Thoburn vs. Sunderland City Council*.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Acerca de las críticas a esa decisión, véase Brenner M. y Huber, P. M., “Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999”, *DVBl*, 1999, pp. 1559 y 1565; Huber (N. p. 23), § 17, marg. 137.

<sup>67</sup> Véase <http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/125061.htm> (consultada el 19 de diciembre de 2006).

<sup>68</sup> Huber (N. p. 23), § 17, marg. 126; Nergelius, IPE, § 22, marg. 51 s.

<sup>69</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 17 s.

<sup>70</sup> Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, *ZaöRV* 58 (1998), p. 901.

<sup>71</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, notas marginales 36, 40.

<sup>72</sup> *Thoburn vs. Sunderland City Council*, [2002] 1 CMLR 50, 101.

### c. Ámsterdam y Niza

En Alemania, en cambio, el Tratado de Amsterdam de 1997, con el que se comunitarizaron las políticas de asilo e inmigración y que previó el paso hacia la adopción de decisiones por mayoría calificada en los artículos 67 y siguientes, apenas llamó la atención;<sup>73</sup> mientras que en Francia se hizo intervenir al Conseil Constitutionnel, que en el paso hacia las decisiones adoptadas por mayoría nuevamente vio una vulneración de las “*conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale*”.<sup>74</sup> El Tratado de Niza firmado en diciembre de 2000 fracasó inicialmente sin razón aparente, en el correspondiente referéndum en Irlanda; sin embargo, tras una segunda consulta popular pudo entrar en vigor el 1o. de febrero de 2003.

### d. La lucha por el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”

El 29 de octubre de 2004 los jefes de Estado y de gobierno europeos finalmente suscribieron en Roma el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” (TCE). Este Tratado, para poder entrar en vigor, también tenía que ser ratificado por todos los Estados miembros con arreglo al artículo 48 UE. Si bien la mayoría de los Estados miembros lo ratificaron,<sup>75</sup> los franceses lo rechazaron en referéndum el 29 de mayo de 2005 y los holandeses hicieron lo mismo el 1o. de junio de 2005. En ambos casos por una sólida mayoría.

<sup>73</sup> Al respecto, véase Huber P. M. y Fröhlich, D., *Die Bindung der Bundesregierung an das Grundgesetz bei der Harmonisierung des Asylrechts in der EU*, homenaje a Hans Herbert v. Arnim, 2004, p. 577.

<sup>74</sup> CC núm. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27 – *Ámsterdam*; Haguenuau-Moizard, IPE, § 15, marg. 33.

<sup>75</sup> Acerca del plebiscito en España, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 70.

En todos los Estados miembros se produjo una plétora de debates y discusiones jurídico-constitucionales sobre el TCE.<sup>76</sup> A pesar de haber sido preparado más intensamente que todos los pasos de integración anteriores a través de dos convenciones —sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sobre las cuestiones institucionales—, y aun cuando su nacimiento estuvo precedido por un debate nacional y transnacional relativamente amplio con participación de todos los sectores políticos, científicos y económicos, el Tratado Constitucional planteaba cuestiones fundamentales que hasta ahora no han sido respondidas satisfactoriamente. La composición de las convenciones, en las que los representantes de los órganos de la UE, aunque formalmente en minoría, superaban a casi todos los demás miembros, gracias a sus interconexiones, la amplia libertad de las presidencias respectivas, la renuncia a votaciones formales, así como la dinámica de grupos que se produjo en torno a la toma de decisiones, dieron lugar a una posición de ventaja de las fuerzas integracionistas o de tendencia centralista, así como a una marginación de los miembros más escépticos, con el consiguiente reflejo en el TCE. A pesar de que la Conferencia Intergubernamental posterior solventó o mitigó alguno que otro punto de discusión, el TCE en general recorrió un camino ciertamente problemático entre la estructura heredada de la UE, en la cual los Estados miembros son, sin duda, “señores de los tratados”, y el establecimiento de estructuras federales.

Al incorporar la fórmula de la “unión de ciudadanos y Estados”,<sup>77</sup> tan popular en el argot político europeo, el artículo I-1, apartado 1 del TCE, implícitamente también formulaba la pretensión de que la UE puede apoyarse en forma inmediata en una legitimación democrática por los ciudadanos de la Unión, pasando por alto a los Estados miembros. Sin embargo, con ello la tesis de

<sup>76</sup> Francia: Haguenu-Moizard, IPE, § 15, margs. 56, 58; Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 12 s.

<sup>77</sup> Crít. Huber, P. M., “Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa”, *EuR*, 38 (2003), pp. 574 y ss.; López Castillo, IPE, § 24, marg. 34.

los Estados miembros como “señores de los tratados” quedaría sin fundamento y éstos perderían la soberanía constitucional que hasta ahora les había pertenecido indiscutiblemente dentro de la UE. Resultaba obvio que la transformación, posiblemente asociada a ello, de los Estados miembros —hasta ahora soberanos— en Estados federados, ya no del todo soberanos, no era fácilmente compatible con sus Constituciones, comprometidas casi en su totalidad con un *principio de Estado nacional* y por lo tanto causarían evidentes dificultades.

A ello venía a sumarse la proclamación del derecho de la Unión previsto en el artículo I-6 TCE.<sup>78</sup> En vista de que prácticamente todos los Estados miembros parten de la premisa de que la primacía del derecho de la Unión tiene su fundamento en el mandato nacional de aplicación de la ley y que éste por lo general está vinculado al derecho constitucional, de rango superior, el establecimiento expreso de la interpretación distinta del TJCE situaba a los ordenamientos constitucionales nacionales —a excepción de los Países Bajos<sup>79</sup>— ante serios problemas. Un intento de solucionarlos fue la Declaración núm. 1,<sup>80</sup> acordada por la conferencia intergubernamental, según la cual con esta disposición sólo se codifica la jurisprudencia del TJCE.<sup>81</sup> Sin embargo, en sus respectivas decisiones acerca del TCE, el Conseil Constitutionnel<sup>82</sup> y el Tribunal Constitucional Español<sup>83</sup> negaron observar en el artículo I-6 TCE una vulneración de la supremacía de la Constitución francesa y española respectivamente. En este sentido los mencionados tribunales citaron el artículo I-5 TCE, según el cual las “estructuras fundamentales políticas y constitucionales” de los

<sup>78</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16 margs. 12 y s., 40; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 62.

<sup>79</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 16.

<sup>80</sup> *Gaceta Oficial* alemana 2004 C 310, p. 420.

<sup>81</sup> Escéptico Nergelius, IPE, § 22, marg. 35.

<sup>82</sup> CC núm. 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004, EuGRZ 2005, p. 45 —TCE; Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 28.

<sup>83</sup> DTC 1/2004.

Estados miembros no resultan afectadas. En una dirección similar apuntó también el gobierno federal austriaco en la exposición de motivos que antecedió al proyecto gubernamental de la ley de ratificación.<sup>84</sup>

Finalmente, las estipulaciones del procedimiento de revisión simplificado según el artículo IV-444 (la llamada *cláusula pasarela*) también causaron problemas. De conformidad con las mismas, sería posible pasar al procedimiento legislativo ordinario en todos aquellos ámbitos en los que rigen las denominadas cláusulas evolutivas, en virtud de las cuales los parlamentos nacionales deben ratificar un acto jurídico, por medio de una decisión del Consejo Europeo. En el futuro los parlamentos ya sólo dispondrían de un derecho de oposición que habría de ser ejercido en un plazo de seis meses. Con ello perdían parte del dominio procedimental sobre la actualización del derecho originario. La compatibilidad de dicho procedimiento con el rol constitucionalmente exigido en prácticamente todos los Estados miembros de “señores de los tratados”, es cuestionado en toda Europa.

### 3. *Fundamentos dogmáticos de la condición de Estado miembro en la UE*

#### A. *Fundamentos*

Los ordenamientos constitucionales de todos los Estados miembros de la UE no sólo están obligados en mayor o menor medida a incorporar una “estatalidad abierta”, sino que incluso deben configurarse progresivamente como Estados miembros de la UE, en lo que aparece cada vez más como un mandato constitucional. El caso más expresivo a este respecto es el de Austria, que con la promulgación de la Ley Constitucional Federal de Adhesión a la UE de 1995 (*EU-BeitrittsB-VG 1995*) “europeizó” todo su ordenamiento constitucional con ocasión de su ingreso en la UE.

<sup>84</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 58.

Alemania por su parte, por medio del nuevo artículo 23, apartado 1, LF, ha constitucionalizado su condición de Estado miembro de la UE,<sup>85</sup> al igual que Francia con la inserción del artículo 88-1 CF en esa misma época. Después de haber sido tratado durante 30 años como derecho internacional de origen convencional, la Constitución francesa ha terminado concediendo al derecho de la Unión un lugar especial como parte del ordenamiento jurídico francés.<sup>86</sup> Sin embargo, no queda claro qué consecuencias jurídicas están asociadas a ello. Con posterioridad al referéndum negativo del 21 de mayo de 2005, hasta ahora no ha entrado en vigor una refundación del artículo 88-1 CF que habría de asegurar la cooperación en la UE en forma global, incluso bajo las condiciones del TCE.<sup>87</sup> Grecia aseguró con carácter general la constitucionalidad de su compromiso con la UE en términos similares en 2001, mediante la promulgación de una declaración interpretativa del artículo 28 de la Constitución griega.<sup>88</sup> Por su parte, Irlanda (artículo 29, apartado 3 Constitución Irlanda), Portugal (artículo 7, apartado 6 Constitución Portugal), Suecia (capítulo 10 § 5 “Forma de gobierno”)<sup>89</sup> y Hungría (§ 2/A Constitución de Hungría)<sup>90</sup>, también reconocen explícitamente su condición de Estado miembro en la UE. Lo mismo vale para Italia, que en 2001 elevó a obligación constitucional el cumplimiento del derecho de la Unión más allá de la antigua cláusula de apertura del artículo 11 de su Constitución (artículo 117, apartado 1).<sup>91</sup> Incluso en el caso de Gran Bretaña puede hablarse —con algunas reservas— de una apertura de la “estatalidad” al derecho de la Unión. Aun cuando su “Cons-

<sup>85</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 29 ss.

<sup>86</sup> Haguena-Moizard, IPE, § 15, margs. 7 ss., 13.

<sup>87</sup> Haguena-Moizard, IPE, § 15, marg. 14.

<sup>88</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 18.

<sup>89</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

<sup>90</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 18.

<sup>91</sup> Panara, IPE, § 18, margs. 10, 40, 43. Ante este escenario se discute si la salida de Italia de la UE sólo es admisible sobre la base de una reforma constitucional.

titución”, basada en el *common law*, “oficialmente” no se fundamenta en una “estatalidad abierta”, se le reconoce por un lado una “dimensión cada vez más global” en Gran Bretaña, a la luz de su ejemplaridad y proyección en la tradición imperial;<sup>92</sup> por el otro, se reconoce cada vez más una importancia jurídico-constitucional a la “cláusula de apertura” establecida en la sección 2, apartado 1 del European Communities Act 1972 (ECA 1972).<sup>93</sup> Polonia (artículo 90, apartado 2 Constitución Pol.),<sup>94</sup> España (artículo 93 CE)<sup>95</sup> la República Checa (artículo 10a Constitución Checa) aún luchan por una orientación específica hacia la UE, mientras que en los Países Bajos, tradicionalmente abiertos, el artículo 92 de su Constitución, aplicable en este caso, no hace distinción entre organizaciones de derecho internacional público y la UE.<sup>96</sup>

Ahora bien, este repaso al derecho constitucional europeo nacional también pone de manifiesto cómo desde la perspectiva de los Estados miembros, ya sea la cláusula constitucional de apertura, el *mandato nacional de aplicación del derecho* contenido en la Ley de aprobación de los tratados o bien el acto nacional de recepción, constituyen en cada caso el fundamento de la vigencia del derecho de la Unión Europea como Estado miembro.<sup>97</sup> Para Alemania ello resulta del artículo 23, apartado 1 de la Ley Fundamental, para Grecia, del artículo 28, apartados 2 y 3 de la

<sup>92</sup> Birkinshaw y Kühnecke, IPE, § 17, marg. 6 s.

<sup>93</sup> *Ibidem*, margs. 8, 17, 39, citando a sir John Laws en el caso *Thoburn*, [2002] 1 CMLR 50, 101.

<sup>94</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 11.

<sup>95</sup> DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 9, 40 ss.

<sup>96</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 11.

<sup>97</sup> Huber (N. p. 23), § 7, marg. 5.

Constitución griega.<sup>98</sup> También Dinamarca<sup>99</sup>, Irlanda<sup>100</sup>, Austria<sup>101</sup> y Suecia<sup>102</sup> comparten este planteamiento. Tal como ha confirmado el Comité Judicial de la Cámara de los Lores en un *obiter dictum* en la Sentencia Rees Mogg, en Gran Bretaña la vigencia del derecho de la Unión se fundamenta en la sección 2, apartado 1 ECA 1972.<sup>103</sup> Por su parte, para España algo similar resulta del artículo 93 CE,<sup>104</sup> para Bélgica del artículo 34 Constitución belga y para Austria de la Ley Constitucional Federal de Adhesión a la UE.<sup>105</sup> En Francia, la vigencia y el rango del derecho de la Unión se derivan de los artículos 88-1 y 55 CF,<sup>106</sup> en Italia de la Ley de autorización de la ratificación promulgada sobre la base del artículo 11 de la Constitución y en Hungría del § 2/A de su Constitución.<sup>107</sup> Sólo en los Países Bajos el Tribunal Supremo así como la doctrina dominante parten de la premisa de que en todo caso la vigencia del derecho secundario no se fundamenta en los artículos 93 y siguientes de la Constitución, sino en el TCE propiamente.<sup>108</sup>

<sup>98</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 23 y ss., 27, acerca del debate sobre si los apartados 2 y 3 deben aplicarse en forma acumulativa.

<sup>99</sup> § 20 Constitución danesa; Ley núm. 447 del 11.10.1972; Thomas, F., “Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998”, *Za-öRV*, 58 (1998), pp. 879 y ss.; Zahle, H., National constitutional law and the European integration, 17o. Congreso F.I.D.E. 1996, pp. 60 y 66.

<sup>100</sup> Supreme Court del 9.4.1987 [1987] ILRM 400, 402 f. – Crotty.

<sup>101</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 71.

<sup>102</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

<sup>103</sup> R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. Rees Mogg, [1994] 1 All ER 457, 467g; Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 23 y ss., 39.

<sup>104</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 41.

<sup>105</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 31.

<sup>106</sup> CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 –*Maastricht I*: “par l’effet de transferts de compétence consentis par les Etat membres”; núm. 97-394 DC del 31 de diciembre de 1997, EuGRZ 1998, p. 27 –*Ámsterdam*; Flauss, J. F., “Rapport français”, en Schwarze (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung 2000*, pp. 25, 47 y ss.; Haguenuau-Moizard, IPE, §15, marg. 12 y ss.

<sup>107</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 26.

<sup>108</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 16.

Desde luego en Holanda el carácter vinculante tiene su origen en la aprobación de los tratados conforme al artículo 92 de su Constitución. Sobre este aspecto vale destacar que es cuestión ampliamente debatida, al menos en el plano teórico, sobre si y en qué medida disposiciones del Tratado de la UE, del Tratado de la CE y del Tratado sobre una Constitución para Europa (TCE) violan la Constitución holandesa y por lo tanto deben fundamentarse en el artículo 91 Abs. 3 de la Constitución.<sup>109</sup>

Si la vigencia del derecho de la Unión en los Estados miembros se basa en un mandato nacional de aplicación del derecho o en un acto de recepción con vinculación constitucional, ello tiene como consecuencia que el derecho de la Unión tiene un *rango infraconstitucional*.<sup>110</sup> En Alemania esta premisa constituye la base teórica de la doctrina fijada en la Sentencia Solange y Maastricht del Tribunal Constitucional Federal,<sup>111</sup> mientras que los tribunales franceses, la Cour de Cassation, el Conseil d'Etat y el Conseil Constitutionnel, si bien atribuyen al derecho de la Unión —como a todo tratado debidamente ratificado o autorizado— una “fuerza jurídica superior a la de las leyes” sobre la base del artículo 55 CF, al igual que lo hacen los polacos (artículo 91, apartado 2 Constitución),<sup>112</sup> siguen manteniendo la supremacía de la Constitución.<sup>113</sup> Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Conseil Constitutionnel, sólo podría surgir un conflicto con el derecho de la Unión en el caso de que una disposición de la Constitución francesa impidiera expresamente la adopción de una directiva.<sup>114</sup> Sólo la Constitución de los Países Bajos otorga al derecho internacional público, y con ello al derecho de la Unión, un

<sup>109</sup> *Ibidem*, marg. 26.

<sup>110</sup> Para Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 26.

<sup>111</sup> Huber, P. M., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), pp. 194, 217 y ss.

<sup>112</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 3.

<sup>113</sup> Haguena-Moizard, IPE, § 15, margs. 8, 26 ss.

<sup>114</sup> CC núm. 2004-496 DC del 10.6.2004, Rec. Cons. Constitución, p. 101 - *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

rango superior al derecho constitucional nacional (artículos 93 y 94).<sup>115</sup>

### *B. Normas procesales del derecho constitucional europeo*

En muchos Estados miembros la cesión concreta de derechos de soberanía se realiza mediante un procedimiento especial y en muchos casos requiere de mayorías cualificadas. Según el artículo 23, apartado 1, núm. 1 en concordancia con el artículo 79, apartado 2 de la Ley Fundamental, en Alemania este sería el caso cuando por la cesión la Constitución se viera modificada o complementada en su contenido, mientras que en Francia la colisión —ciertamente frecuente— de un tratado con la Constitución francesa requiere de una reforma constitucional previa. La Constitución holandesa también prevé (teóricamente) el requerimiento de una mayoría de dos tercios (artículo 91, apartado 3) para tratados explícitamente inconstitucionales, mientras que en Polonia toda cesión de derechos de soberanía requiere de la mayoría facultada para modificar la Constitución (artículo 90, apartado 2 de la Constitución).<sup>116</sup> Más allá de esto, Dinamarca, Polonia y sobre todo Suiza<sup>117</sup> consagran la posibilidad o incluso el requerimiento del referéndum popular para la cesión de derechos de soberanía. En Suiza este “*referéndum sobre tratados*”<sup>118</sup> es obligatorio.

### *C. Recuperación del derecho constitucional europeo sobre el derecho de la Unión*

El derecho constitucional europeo nacional establece límites materiales a la cesión de derecho soberano tanto cuantitativa

<sup>115</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 6.

<sup>116</sup> Acerca de los problemas del quórum según el artículo 90, apartado 2, de la Constitución polaca: Biernat, IPE, § 21, marg. 6.

<sup>117</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 52.

<sup>118</sup> *Ibidem*, marg. 59.

(§ 20 Constitución danesa, artículo 23, apartado 1, párrafo 2 Ley Fundamental alemana, artículo 88-1 CF, artículo 29, apartado 4, párrafo 3 Constitución irlandesa, artículo 9, apartado 2 Constitución austriaca en concordancia con la Ley Orgánica Federal sobre la Adhesión a la UE) como cualitativamente. De esta manera y a través de la regulación de exigencias jurídico-constitucionales específicas frente a la UE, los Estados miembros intentan dirigir el proceso de integración desde el derecho constitucional europeo nacional. Tal es en particular el caso de la *cláusula de garantía estructural* del artículo 23, apartado 1, párrafo 1 de la LF.<sup>119</sup> Lo mismo cabe decir del artículo 90, apartado 1 de la Constitución polaca,<sup>120</sup> del artículo 7, apartado 6 de la Constitución portuguesa así como, en el caso de Suecia, del capítulo 10 § 5, apartado 1 de la *Regimensform*.<sup>121</sup> Austria, en cambio, prescindió en su Constitución de una reserva similar con el interesante argumento de que en el espacio europeo, Austria —al igual que todos los demás Estados miembros— participa indirectamente de los efectos de los límites explícitos a la integración del artículo 23, apartado 1 de la Ley Fundamental alemana.<sup>122</sup>

#### 4. *La relativa primacía del derecho de la Unión desde la perspectiva de los Estados miembros*

La *primacía del derecho de la Unión* sobre el derecho nacional ha sido aceptada en principio por todos los Estados miembros. En aquellos casos en los que —a diferencia de Francia (artículo 55 CF), Italia (artículo 117, apartado 1 de la Constitución), Holanda (artículo 93 s. *Grondwet*), o Polonia (artículo 91, apartados 2 y 3 de la Constitución) —<sup>123</sup> no queda expresamente establecida

<sup>119</sup> Huber (N. p. 23), § 4, marg. 14.

<sup>120</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 13.

<sup>121</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 11.

<sup>122</sup> Schäffer, H., Österreichischer Landesbericht, en Schwarze (N. p. 105), p. 339, 361.

<sup>123</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 20 ss.

en la Constitución, siempre queda regulada por la ley, como en Gran Bretaña (sección 2 Abs. 1 ECA 1972), o bien implícita en la Ley de aprobación del Tratado de la UE, como en Alemania o Suecia.<sup>124</sup>

Por poco problemática que resulte en general la aceptación de la primacía del derecho de la Unión, las reservas más o menos directas que suelen hacerse oír, cuando el derecho de la Unión también asume primacía sobre el derecho constitucional nacional, son sumamente enconadas. La jurisprudencia del TJCE consolidada y desarrollada a partir de la decisión *Costa/E.N.E.L.* sobre la primacía del derecho de la Unión, incluso respecto del derecho constitucional nacional,<sup>125</sup> no ha encontrado seguidores en los Estados miembros. Eso es válido para los poderes constituyentes nacionales,<sup>126</sup> siendo la opinión mayoritaria en la respectiva doctrina constitucional nacional,<sup>127</sup> así como en la de los máximos tribunales. En tal sentido, en la actualidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán con su *doctrina Solange y Maastricht*, así como la Corte Costituzionale con su *doctrina sobre el controlimiti*<sup>128</sup> vienen a coincidir con el Conseil Constitutionnel,<sup>129</sup> el Consejo de Estado griego, la House of Lords,<sup>130</sup> el Tribunal Constitucional polaco<sup>131</sup> y la gran mayoría de los tribunales constitucionales

<sup>124</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg., 28 s. respecto a la garantía comunitaria de la tutela judicial efectiva.

<sup>125</sup> TJCE, Res. 6/64, Repertorio 1964, 1251 (1269) – *Costa/E.N.E.L.*; Res. 11/70, Repertorio.1970,1125, 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*; Res. 106/77, Repertorio 1978, 629, 17 ss. – *Simmenthal*.

<sup>126</sup> Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 22.

<sup>127</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 38 y ss.; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 22; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 44.

<sup>128</sup> Panara, IPE, § 18, margs. 20 y ss., 34, haciendo referencia a las sentencias *Frontini*, *Granital* y *Fragd vs. Amministrazione delle Finanze Nr. 232*.

<sup>129</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 28.

<sup>130</sup> Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 17.

<sup>131</sup> Tribunal Constitucional polaco, K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 45.

y supremos de los Estados miembros.<sup>132</sup> Lo mismo vale respecto al Tribunal Constitucional austriaco. Si bien éste reconoce la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho constitucional en virtud de la Ley Constitucional sobre la adhesión a la UE,<sup>133</sup> conviene advertir que ello sólo es válido para el acervo comunitario (*acquis communautaire*) aprobado mediante dicha Ley Constitucional de adhesión a la UE, pero no para las modificaciones del Tratado y el derecho derivado fundamentado en ellas.<sup>134</sup>

Para la cabal comprensión del tema de la primacía también hay que tomar en cuenta que, hasta ahora, ningún tribunal (constitucional) se ha atrevido a identificar una contradicción entre el derecho de la Unión y las exigencias (mínimas) de un ordenamiento constitucional nacional. El Tribunal Constitucional Federal alemán,<sup>135</sup> el Conseil Constitutionnel, la House of Lords,<sup>136</sup> la Corte Costituzionale italiana,<sup>137</sup> el Højesteret danés así como los tribunales de otros Estados miembros han evitado hasta ahora el conflicto con el TJCE cuando se trataba de decidir cuestiones concretas,<sup>138</sup> ya sea mediante una interpretación del derecho constitucional nacional ajustada al derecho de la Unión,<sup>139</sup> ya sea mediante una interpretación del derecho de la Unión conforme a la Constitución. A lo largo de su respectiva jurisprudencia —como lo muestran la *doctrina Solange*<sup>140</sup> en Alemania o el “*cammino*

<sup>132</sup> Mayer, F. C., “Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit”, en von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003, pp. 229, 248 y ss.; Sommermann, IPE, § 14, marg. 61.

<sup>133</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 50, 53.

<sup>134</sup> *Ibidem*, margs. 55, 69.

<sup>135</sup> Más recientemente BVerfGE 102, 147 –*Bananenmarkt*.

<sup>136</sup> R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame [1991] AC 603; [1991] 3 All ER 769.

<sup>137</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 35.

<sup>138</sup> Con respecto a la consideración del TJCE, Huber (N. p. 23), pp. 194 y 232.

<sup>139</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16 marg. 30; Gran Bretaña: sección 2, apartado 3 ECA 1972; Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 24.

<sup>140</sup> BVerfGE 37, 271, 280 – *Solange I*; E 52, 187 y ss. – *Vielleicht*; E 73, 339 y ss. – *Solange II*.

*communitario*” de la Corte Costituzionale—<sup>141</sup> han pasado por un proceso de aprendizaje, cuyo resultado final es una reducción de las exigencias de carácter sustantivo dirigidas al derecho de la Unión. Con ello, por regla general, la aplicación del principio de primacía está asegurada y es poco probable un conflicto con el TJCE.<sup>142</sup> En algunos países no queda, en efecto, resquicio alguno de derecho constitucional —material inmune— frente al proceso de integración. Así, la solución británica ofrece un espacio de maniobra a la primacía del derecho de la Unión en forma pragmática al entender la totalidad del derecho de la Unión como emanado de decisiones parlamentarias británicas.<sup>143</sup> De esta manera queda excluido de entrada cualquier eventual conflicto. Pero este pragmatismo tiene su precio: ha impedido en Gran Bretaña una ordenación convincente entre el derecho nacional y el de la Unión, lo cual se manifiesta especialmente en la idea de que el derecho de la Unión ha sido “incorporado” al ordenamiento jurídico británico,<sup>144</sup> y también le quita al derecho constitucional británico la posibilidad de codirigir *jurídicamente* el proceso de integración. Es posible que, en vista de una mayor capacidad para imponerse políticamente en el proceso legislativo europeo,<sup>145</sup> Gran Bretaña hasta ahora haya dependido menos de esa posibilidad que otros Estados miembros; en una comunidad jurídica en la que necesariamente son los juristas quienes deciden sobre las soluciones de los conflictos, situación que a la larga supone un *handicap*.

<sup>141</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 20 ss.

<sup>142</sup> Por una línea pragmática, Biernat, IPE, § 21, marg. 44.

<sup>143</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 29 s., 34.

<sup>144</sup> *Ibidem*, marg. 27.

<sup>145</sup> Huber, P. M., “Der Beitrag der Föderalismusreform zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes”, ZG, 21 (2006), p. 354.

### 5. Zonas de conflicto entre el orden constitucional nacional y la integración europea

La apertura de la estatalidad se acompaña de una modificación material de los órdenes constitucionales nacionales, comúnmente expresada como “europeización” del derecho constitucional nacional.<sup>146</sup> Esta penetración, conformación y desplazamiento de las instituciones y valores del derecho nacional por los parámetros y criterios del derecho de la Unión constituye un fenómeno generalizado que entra necesariamente en conflicto con la pretensión de validez del derecho constitucional nacional. En este sentido Holanda es una vez más la excepción, pues el artículo 92 de la *Grondwet* contiene una apertura ilimitada e incondicional del ordenamiento jurídico holandés al derecho internacional y europeo.<sup>147</sup>

A primera vista los puntos de fricción entre el derecho constitucional nacional y la condición de Estado miembro en la UE no parecen idénticos de un Estado miembro a otro. Así, algunos Estados miembros tienen dificultades para compartir o limitar la soberanía a favor del interés de la UE, mientras que en otros es la erosión de la estatalidad lo que se sitúa en el centro de la discusión. En algunos órdenes constitucionales, en cambio, el énfasis se pone más en las decisiones básicas y de valores garantizados en ellos —la democracia,<sup>148</sup> la protección de derechos fundamentales, el federalismo<sup>149</sup> o determinado modelo social—, mientras que en otros son garantías puntuales como la reserva de la nacionalidad para el acceso a cargos públicos<sup>150</sup> o el papel del idioma oficial. Un análisis más detallado indica que, en esencia, se trata

<sup>146</sup> Huber (N. p. 23), § 7, marg. 14 y ss., § 23.

<sup>147</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 25.

<sup>148</sup> Con miras a una posible membresía de Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 27; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 47.

<sup>149</sup> En este sentido, para Alemania Sommermann, IPE, § 14, marg. 18 ss.; con miras a una posible membresía de Suiza Keller, IPE, § 23, marg. 27.

<sup>150</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

principalmente de tres aspectos:<sup>151</sup> la soberanía nacional (a), la estructura institucional de los Estados miembros (b) y la garantía de tutela constitucional de derechos fundamentales en sentido amplio (c). Adicionalmente pueden aparecer puntos de fricción, específicos de cada país (d).

En este debate *jurídico*-constitucional no puede obviarse un cierto predominio de la polémica alemana. Verdad es que en Francia cada avance importante en el proceso de integración desde el Tratado de Maastricht ha llevado al menos a una decisión del Conseil Constitutionnel.<sup>152</sup> No obstante, en ningún otro país de Europa el debate jurídico ha sido tan intenso como en Alemania. Eso puede deberse a que un debate libre y espontáneo acerca de los “pros” y los “contras” de la integración europea viene aún dificultado por el pasado nacionalsocialista, pero también puede deberse a que, aquí, el proceso político está particularmente “juridificado”. El provecho jurídico de este debate en muchos casos ha sido asumido por otros Estados miembros, ya sea en parte o de forma íntegra. Otros Estados miembros se han beneficiado en mayor o menor medida de este debate, planteado en términos jurídicos.

## A. Soberanía, estatalidad y democracia

### a. Soberanía y estatalidad

La *soberanía* y la *estatalidad* son vistas, sobre todo en Gran Bretaña,<sup>153</sup> Polonia,<sup>154</sup> Hungría<sup>155</sup> y los Estados escandinavos,

<sup>151</sup> Relación en Nergelius, IPE, § 22, marg. 35; López Castillo, IPE, § 24, marg. 47.

<sup>152</sup> CC núm. 92-308 DC del 9 de abril de 1992, EuGRZ –Europäische Grundrechte-Zeitschrift– *Revista Europea de Derechos fundamentales* – 1993, p. 187 – *Maastricht I*; CC No. 92-312 DC del 2.9.1992, EuGRZ 1993, p. 193 – *Maastricht II*; CC núm. 92-313 DC del 23.9.1992, EuGRZ 1993, p. 196 – *Maastricht III*; CC núm. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27 – *Ámsterdam*; CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *VVE*.

<sup>153</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 3.

<sup>154</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 36.

<sup>155</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 9.

como principios que tienden a entrar en conflicto con la integración europea, aunque las ideas acerca del contenido de tales principios sean más bien difusas.<sup>156</sup> Especialmente en Gran Bretaña, donde la *Sovereignty of Parliament*<sup>157</sup> sigue siendo el primer precepto constitucional, la europeización ha llevado a lo largo de más de 20 años, a una “modernización del entendimiento británico de la soberanía”<sup>158</sup> de tal modo que, con la vista puesta en las leyes inducidas por el derecho de la Unión, se excluye por ejemplo el *implied repeal*.<sup>159</sup>

También en el derecho constitucional francés la soberanía juega un papel clave. El Conseil Constitutionnel ve las “*conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale*” vulneradas, en los casos en los cuales se transfieran a la UE competencias sustanciales o cuando una modificación del Tratado prevé la transición hacia la adopción de decisiones por mayoría calificada.<sup>160</sup> Sin embargo, al orientarse esta doctrina exclusivamente a la reforma previa de la Constitución —tal como teóricamente sucede también en Holanda—<sup>161</sup> su repercusión se limita exclusivamente al procedimiento de ratificación interno. Por esa razón estas deci-

<sup>156</sup> Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 37 y ss.

<sup>157</sup> Soberanía parlamentaria (*Sovereignty of Parliament*) significa que en cada caso la ley más reciente del Parlamento legitimado a través de elecciones libres constituye la norma de más alto rango; *Pickin vs. British Railways Board* [1974] AC 765, 789; *Madzimbamuto vs. Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645, 723; Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885, 1959*, p. 40: “[The Queen in Parliament (the legislature) has] the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body [outside the legislature] is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”. La doctrina se fundamenta en el *common law* y en el hecho de que Gran Bretaña carece de una Constitución escrita, Bradley, A. W., “The Sovereignty of Parliament – in Perpetuity?”, en Jowell y Oliver (N. p. 44), pp. 79, 85 y ss.; Cullen (N. p. 44), p. 10, (N. p. 15).

<sup>158</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 2.

<sup>159</sup> *Ibidem*, marg. 32.

<sup>160</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, margs. 32 y ss.

<sup>161</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, margs. 26 y ss.

siones de valores constitucionales no llegan a influir en el derecho de la Unión.

### b. Democracia

El paradigma de la soberanía apenas ha sido tomado en consideración en Alemania e incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal apenas aparece de manera marginal.<sup>162</sup> Los problemas debatidos (también) en otros Estados bajo esta óptica tienen lugar —como ha sido el caso en Austria,<sup>163</sup> Suiza,<sup>164</sup> España<sup>165</sup> o Hungría—<sup>166</sup> desde una perspectiva nacional, de modo que se puede hablar de una equivalencia funcional entre “soberanía” y “democracia” (de concepción de Estado nación). El Tribunal Constitucional Federal concluye a partir del principio (alemán) de democracia que Alemania es y debe seguir siendo uno de los “señores de los tratados”.<sup>167</sup> Puesto que el artículo 20 apartados 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana no prescribe cualquier idea de democracia, haciendo la precisión de que todo el poder estatal reside en el pueblo y al mismo tiempo todo poder estatal parte de él,<sup>168</sup> todo poder público ejercido en Alemania —también el de los órganos de la UE— requiere por principio de una legitimación suficiente de parte del pueblo alemán. Enfoques similares se ob-

<sup>162</sup> BVerfGE 89, 155, 190 —Maastricht: “Con ello Alemania resguarda la calidad de un Estado soberano de derecho propio y la condición de igualdad soberana con otros Estados”. Véase también la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán referente al Tratado de Lisboa. BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 de junio de 2009.

<sup>163</sup> Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 16.

<sup>164</sup> En el caso de una membresía en la UE, la tensa relación con las formas de la democracia directa —limitada a los ciudadanos suizos— sería obvia, véase Keller, IPE, § 23, margs. 27 y 31.

<sup>165</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

<sup>166</sup> Sonnevend, § IPE, 25 marg. 12 – § 2 Constitución húngara.

<sup>167</sup> Sommermann, IPE, § 14 marg. 21.

<sup>168</sup> BVerfGE 83, 37 y ss.; 83, 60 y ss. – *Kommunales Ausländerwahlrecht*.

servan en Francia, Italia, Austria, Polonia,<sup>169</sup> España,<sup>170</sup> Hungría y la mayoría de los demás Estados europeos.

Dado que la concepción del principio de democracia está vinculada a la idea del Estado nacional en casi todos los Estados miembros,<sup>171</sup> la introducción en concreto del *derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales* (artículo 19, apartado 1 del Tratado de la Unión Europea, Directiva 94/80/CE) suscitó problemas jurídico-constitucionales en Alemania,<sup>172</sup> Francia, Grecia, España y Hungría. En el caso de Ley Fundamental alemana (artículo 28, apartado 1, numeral 3) y en la Constitución húngara (§ 70, apartados 2 y 4) se llevó a cabo una modificación (declaratoria) de la Constitución, mientras que en Francia tuvo que incorporarse a la Constitución una autorización expresa y constitutiva (artículo 88-3). En España también tuvo que ser modificada la Constitución, aun cuando el Tribunal Constitucional no consideró al poder público ejercido por los municipios como parte del ámbito sujeto a los requerimientos de legitimación democrática. En Grecia una fundamentación comparable abrió el camino a una interpretación

<sup>169</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 52.

<sup>170</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

<sup>171</sup> Grewe, C., “Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union”, en Drexl y otros (eds.), *Europäische Demokratie*, 1999, pp. 59 y 61; Bélgica: artículo 33 Constitución belga; Alemania: artículo 20, apartado 2 Constitución alemana; BVerfGE 83, 30 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*; E 83, 60 – *kommunales Ausländerwahlrecht Hamburg*; E 89, 155 – *Maastricht*; Finlandia: § 2 Constitución finlandesa; Francia: artículo 3 CF; CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187, 189 – *Maastricht I*; No. 97-394 DC del 31.12.1997, EuGRZ 1998, p. 27, 29 – *Amsterdam*; M. Fromont, Francia y la Unión Europea, DÖV 1994, p. 481; Grecia: artículo 1, apartado 3 Constitución griega; Irlanda: artículo 6, apartado 1 Constitución irlandesa; *Supreme Court* del 9.4.1987, [1987] ILMR 400, 403 – *Crotty*; Italia: artículo 1 párrafo 2 Cost.; Luxemburgo: artículo 32 Constitución Lux.; Austria: artículo 1, párrafo 2 Constitución austriaca; Portugal: artículo 3, apartado 1 Constitución port.; Suecia: Cap. 1 § 1 “Forma de gobierno”; España: artículo 1, apartado 2 CE.

<sup>172</sup> BVerfGE 83, 30, 59 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*.

del correspondiente artículo 102 de la Constitución conforme al derecho de la Unión.

La *reserva a los ciudadanos nacionales en los puestos de funcionarios*, o bien el acceso a cargos públicos, tal como la garantiza el artículo 4, apartado 4 de la Constitución griega, también puede ser considerada aquí. En este sentido es obvio que el acceso de extranjeros a cargos públicos en una democracia de orientación de Estado nacional puede generar problemas.<sup>173</sup>

Sin embargo, en su radicación jurídico-individual, el principio democrático también puede tener un impacto *más allá de los Estados nacionales*. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció, a partir del artículo 20 de la Ley Fundamental alemana, una correlación entre el desarrollo de la integración y la pérdida de poder del Parlamento nacional que éste conlleva, por un lado, y la atribución de legitimación democrática al Parlamento Europeo, por la otra, que debe ser ampliada “manteniendo el ritmo de la integración”.<sup>174</sup> Proyectándose de esta forma sobre la estructura institucional de la UE, limitando las decisiones por mayoría en el Consejo más allá del tenor del Tratado y fijando directrices para la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros, el principio democrático alemán ejerce también *de facto* —mientras Alemania participe de la integración— una función de parámetro (patrón) *jurídico* en el progreso de la integración europea en su conjunto, que va más allá de la propia Alemania.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

<sup>174</sup> BVerfGE 89, 155, 186 – *Maastricht*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 24 s.; Biernat, IPE, § 21, marg. 52 critica que el Tribunal Constitucional polaco no hubiese reconocido esta relación.

<sup>175</sup> Prevista en BVerfGE 89, 155, 213 – *Maastricht*; Huber (N. p. 76), pp. 574 y ss.

## B. *La europeización de la estructura constitucional de las instituciones en los Estados miembros*

De igual modo la europeización incide también en la estructura institucional de los Estados miembros, su *separación o estructura de poderes*.<sup>176</sup> Esto afecta a los tres poderes, siendo los parlamentos nacionales los perdedores (a), mientras que el Poder Ejecutivo (b) y el Poder Judicial (c) son mayoritariamente ganadores en este proceso. La estructura vertical de los Estados miembros se ve igualmente afectada (d).

### a. Europeización como desparlamentarización

Aun cuando la europeización como tal no trae consigo un “proceso de degeneración” del parlamentarismo europeo,<sup>177</sup> desde la óptica del sistema *político* nacional conduce ciertamente en la mayoría de los Estados miembros a una pérdida de funciones de los parlamentos nacionales.<sup>178</sup> En vista de que esa pérdida no es efectivamente compensada por el peso que ha adquirido el Parlamento Europeo en la estructura institucional de la UE,<sup>179</sup> es ahí

<sup>176</sup> Bernitz, U., “Swedish Report”, en Schwarze (N. p. 105), pp. 389 y 434; Edwards, J. y Willmer, S., *Europeanisation – Institutional Change in Britain, France and Germany*, 1995.

<sup>177</sup> Con buenas razones en contra, von Bogdandy, A., “Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?”, *AöR*, 130 (2005), pp. 445, 462 y ss., que describe una transformación de las funciones del Parlamento.

<sup>178</sup> Huber (N. p. 23), § 7 marg. 16 ss.; Dinamarca: Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), p. 901 – *Maastricht*; Alemania: BVerfGE 89, 155, 184 ss. – *Maastricht*; Francia: *Flauss* (N. p. 105), p. 25, 93 s.; Hauguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 16; Grecia: Papadimitiou, G., “Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Griechenland”, en Battis y otros (eds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, pp. 149, 171 y ss.; Gran Bretaña: Birkinshaw, P., “British Report”, en Schwarze (N. p. 105), pp. 250 y ss.; Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 24; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 16; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 15; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 55.

<sup>179</sup> Una postura crítica ante la insuficiente consideración del aporte de legitimación del Parlamento Europeo: Biernat, IPE, § 21, marg. 52.

donde radica, según la convicción de la mayoría, el verdadero *déficit democrático* de la UE.<sup>180</sup> La condición de Estado miembro en la UE implica que el derecho de la Unión tiene aplicación directa en los Estados miembros y que éste también pueda establecer derechos y deberes para los ciudadanos, siendo éste un derecho que es creado principalmente por los poderes ejecutivos y no por los parlamentos (nacionales).<sup>181</sup> Por consiguiente, en la medida en que se transfieren a la UE funciones y competencias, los *parlamentos nacionales* pierden capacidad de decisión. Esto se considera, no sólo en Alemania, como “pérdida de influencia” de los principios constitucionales de democracia y soberanía popular y, por lo tanto, necesita de justificación a la vez que postula la mayor concreción posible del “programa de integración” establecido en los tratados (de la UE, de la CE, TCE); en algunos casos se habla de una “pérdida considerable de poder” de los parlamentos nacionales.<sup>182</sup>

Para el derecho derivado aprobado en el Consejo de la UE con mayoría (cualificada) (artículo 205 CE), que ya hoy en día afecta a las áreas políticas más importantes de la UE, mientras el TCE —como se mantiene en el Tratado de Lisboa— duplica el número de materias que caerían bajo la decisión por mayoría. La anterior conclusión adquiere tanto mayor peso que ya no importa la aprobación de cada Estado miembro individualmente considerado y por lo tanto tampoco se puede exigir ya responsabilidad parlamen-

<sup>180</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 28; Cassese, S., “Is there really a ‘democratic deficit’?”, en EuropEos (ed.), *Institutional reforms in the European Union*, 2002, pp. 19, 26 y ss.; Curtin, D., “The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces”, *CMLRev.*, 30 (1993), pp. 17 y 68; Haguena-Moizard, IPE, § 15, marg. 23; Herdegen, M., “Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?”, *VVDStRL*, 62 (2003), pp. 7 y 26; Huber, P. M., *Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtssetzung der Europäischen Union*, 2001, p. 54; Weber-Panariello, P., *Nationale Parlamente in der Europäischen Union*, 1995.

<sup>181</sup> Acerca de la cuestión en disputa sobre si la representación de Francia en la UE constituye un *domaine réservé* del presidente de la nación: Haguena-Moizard, IPE, § 15, marg. 16.

<sup>182</sup> Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 44.

taria alguna ni control del Poder Ejecutivo.<sup>183</sup> Aun cuando no cabe ninguna objeción de principio a *las decisiones por mayoría*, ante la amenaza de incapacidad de integración de todos los Estados miembros que se daría en su defecto, la adopción de decisiones por mayoría calificada ocasiona problemas jurídico-constitucionales y político-constitucionales en muchos Estados miembros. Para Alemania, el sometimiento a decisiones adoptadas de esta manera supone, por lo pronto, una “pérdida de influencia” en el sentido del artículo 20, apartados 1 y 2 de la Constitución, ya que ciertamente todos los miembros del Consejo de la UE están democráticamente legitimados, pero no derivan esa legitimación del pueblo alemán, como lo exige el artículo 20 de la Ley Fundamental alemana. Con mucha reserva el Tribunal Constitucional Federal manifestó que no habría que ver una “violación” del principio democrático constitucional por el solo hecho del sometimiento a las decisiones adoptadas por mayoría, de modo que el ejercicio de atribuciones de soberanía ya no podrá “depender *siempre* de la voluntad de un Estado miembro individual”, y que un requisito de unanimidad *en todos los casos* pondría en duda estructuralmente a la UE. Esta argumentación se puede encontrar —*mutatis mutandis*— en prácticamente todos los Estados miembros.<sup>184</sup> Desde luego que el Tribunal Constitucional Federal alemán no se ha detenido en la descripción de este problema. Siguiendo el ejemplo del Conseil Constitutionnel enfatizó igualmente que el principio de mayoría encuentra sus “límites en los principios constitucionales e intereses elementales de los Estados miembros”,<sup>185</sup> otorgando así un “espaldarazo” al Compromiso de Luxemburgo.<sup>186</sup>

<sup>183</sup> Por lo demás, un inventario informal muestra que Alemania es el Estado miembro que con mayor frecuencia es vencido por mayoría de votos, Seidel, M., “Die Einstimmigkeit im EU-Rat –eine leidige, aber nicht dispensable Regel”, *EuZW*, 2000, p. 65.

<sup>184</sup> Gran Bretaña: Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 28.

<sup>185</sup> BVerfGE 89, 155, 183 – *Maastricht*.

<sup>186</sup> Huber (N. p. 23), § 11, marg. 18; Streinz, R., *Die Luxemburger Vereinbarung*, 1984.

La mayoría de los Estados miembros ha intentado frenar la desparlamentarización asociada a la europeización, reconociendo a los parlamentos nacionales cierta participación en el “poder de integración”.<sup>187</sup> Éstos, en su mayoría, disponen de comisiones de Asuntos Europeos<sup>188</sup> dotadas frecuentemente de atribuciones especiales. En lo que respecta a la “*fase ascendente*”,<sup>189</sup> en Alemania se ha intentado mitigar la intromisión en las competencias del Bundestag particularmente a través de las regulaciones del artículo 23, apartados 2 y 3 de la Ley Fundamental alemana, la Ley sobre la cooperación entre el gobierno federal y el Bundestag alemán en asuntos de la Unión Europea (EUZBBG),<sup>190</sup> que desarrolla dichas disposiciones constitucionales, y el “acuerdo” de 22 de septiembre de 2006; en Austria a través de los artículos 23e y 23f de la Constitución austriaca. Estas normas obligan al gobierno federal de turno a informar al Parlamento a tiempo y sin demora y a “tomar en cuenta” los dictámenes de éste, relativos a asuntos europeos.<sup>191</sup> En Francia, el Parlamento ha visto reconocido el derecho de ser informado por el gobierno respecto de las decisiones o desarrollos comunitarios más importantes a través del artículo 88-4 CF,<sup>192</sup> en Suecia al Reichstag, mediante el capítulo 10 § 6 apartado 1 de la “Forma de gobierno”.<sup>193</sup> En Grecia, el artículo 70, apartado 8 de la Constitución dispone la obligación del gobierno de informar y discutir aquellas cuestiones “que sean objeto de

<sup>187</sup> Huber (N. p. 179); Países Bajos: en general Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 39.

<sup>188</sup> Alemania: artículo 45 Constitución alemana; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 37 “EU-nämnden”.

<sup>189</sup> Sobre la conceptualización en Alemania, Huber (N. p. 146), p. 356; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 45; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 28.

<sup>190</sup> Comisión especial del Bundestag “Unión Europea”, BT-Drucks. 12/3896, pp. 19 y ss.; Scholz, R., en Maunz y Dürig (eds.), *GG*, Artículo 23, marg. 92 (actualizado a octubre de 1996).

<sup>191</sup> En detalle Huber (N. p. 23), § 19, marg. 7 ss.

<sup>192</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 17.

<sup>193</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 37.

regulación normativa en el marco de la Unión Europea”,<sup>194</sup> y en Italia la *legge Buttiglione* núm. 11 de 4 de febrero de 2005 reguló de nuevo toda esta materia.<sup>195</sup> En cambio, en Holanda, el derecho del Parlamento a ser informado sobre asuntos europeos (derecho originario) sólo tiene base en la praxis del Estado derivada del derecho general del Parlamento a ser informado previsto en el artículo 68 *Grondwet*.<sup>196</sup>

Sin embargo —a excepción de Austria—<sup>197</sup> los dictámenes de los parlamentos no son por definición vinculantes para los respectivos gobiernos nacionales;<sup>198</sup> en Alemania, Gran Bretaña e Italia está prevista expresamente la llamada *reserva de escrutinio parlamentario* (*parliamentary scrutiny reserve*; *riserva d’esame parlamentare*),<sup>199</sup> es decir, una emisión del voto en el Consejo de la UE bajo reserva de aprobación parlamentaria. Para Holanda rige una norma comparable, al menos en el marco del título VI del Tratado de la UE y del título IV del Tratado de la CE, siempre que el Parlamento Europeo no participe por el procedimiento de la codecisión en la promulgación de esos actos jurídicos.<sup>200</sup>

La limitación de los parlamentos nacionales al derecho a ser informados y a las correspondientes obligaciones de ser tomados en cuenta ha sido incapaz de compensar, siquiera en parte, las pérdidas de competencia derivadas de la europeización.<sup>201</sup> El hecho de

<sup>194</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 25.

<sup>195</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 45.

<sup>196</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 39 s.

<sup>197</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 48; una excepción en Alemania la constituye en cierta forma la obligación de “consideración decisiva” en favor del *Bundesrat* —cámara alta alemana— contenida en el artículo 23 apartado 5 párrafo 2 Constitución alemana, § 5, apartado 2 EUZBLG.

<sup>198</sup> Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 37.

<sup>199</sup> Alemania: Acuerdo del 22.9.2006; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 45.

<sup>200</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 42.

<sup>201</sup> Classen, C. D., en v. Mangoldt y otros (eds.), *GG*, tomo II, 2005, artículo 23 apartado 2, marg. 64; Di Fabio, U., “Der neue Artikel 23 des Grundgesetzes”, *Der Staat*, 32 (1993), pp. 191 y 209; Nessler, V., “Die ‘neue Ländermitwirkung’ nach Maastricht”, *EuR*, 29 (1994), pp. 216 y 229.

que, según el consenso generalizado, no hayan resultado efectivas se debe principalmente a dos razones.<sup>202</sup> Por una parte, la enorme cantidad de propuestas legislativas comunitarias sobrepasan las capacidades de los parlamentos nacionales y de sus comisiones de Asuntos Europeos.<sup>203</sup> A menos que la participación del Parlamento se limite a la mera (posibilidad de) toma de conocimiento, se impondría una ponderación política de los proyectos,<sup>204</sup> lo cual no siempre se logra.<sup>205</sup> Por otra parte, los parlamentos nacionales y sus comisiones de Asuntos Europeos hasta ahora sólo en casos excepcionales —por ejemplo en Dinamarca y Gran Bretaña— se han tomado la molestia de discutir propuestas legislativas comunitarias en detalle y con celeridad, así como de preparar propuestas de modificación y promulgar dictámenes que el gobierno correspondiente pueda tomar como base para sus negociaciones. El que éste no sea el caso en la mayoría de los Estados miembros tiene sus propias consecuencias, como es en la configuración partidista de la estructura institucional jurídico-constitucional,<sup>206</sup> la escasa relevancia jurídica y política de estos dictámenes y —en consecuencia— el escaso interés público que éstos generan.

En Italia, el debilitamiento del Parlamento nacional adquirió caracteres aún más evidentes como consecuencia de la reciente institución de la *legge comunitaria*, a través de la *legge Buttiglione*, para la fase descendente (de implementación), por medio de la cual se incorporan de manera global, como parte del or-

<sup>202</sup> Classen (N. p. 200), artículo 23 apartado 2, marg. 64 s.; Huber (N. p. 179), p. 35.

<sup>203</sup> Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 41.

<sup>204</sup> Huber (N. p. 179) p. 36; ya antes Kabel, R., *Die Mitwirkung des Deutschen Bundestages in Angelegenheiten der Europäischen Union*, Memoria para Grabitz, 1995, p. 241, 259 s.

<sup>205</sup> Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 41.

<sup>206</sup> Al respecto Huber, P. M., “Regierung und Opposition”, en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, III, 2005, § 47, margs. 29 y ss. Por lo tanto, no es coincidencia que el control parlamentario de la política respecto a Europa es particularmente efectiva allí donde —como en Dinamarca— existen gobiernos de minoría, donde el solapamiento de la estructura institucional por el Estado de partidos es limitado.

denamiento jurídico italiano, todas las normas de la UE que corresponde implementar en un año.<sup>207</sup> Resulta obvio que bajo estas condiciones el Parlamento prácticamente no tiene oportunidad de hacer uso del margen de acción que aún le queda.

#### b. Europeización como fortalecimiento del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo (gobierno y administración) ya de por sí fuerte en casi todos los Estados europeos,<sup>208</sup> ha visto reforzada aún más su posición como consecuencia de la europeización e internacionalización.<sup>209</sup> Las causas hay que buscarlas en su participación en la actividad legislativa (inducida por la Unión), con repercusiones en su posición interna en los respectivos países, en el cúmulo de funciones administrativas que ha crecido en forma y tamaño, así como la primacía (de aplicación) del derecho de la Unión. Esta última permite al Poder Ejecutivo dejar sin aplicación leyes parlamentarias, cuando colisionan con el derecho de la Unión,<sup>210</sup> y de esta manera transforma a la ley parlamentaria nacional —la primacía de la ley y el principio de legalidad— del hasta ahora instrumento central de control del ordenamiento jurídico en un factor aleatorio sobre cuya efectividad, hoy más que antes, decide el Poder Ejecutivo por su propia cuenta.<sup>211</sup> Que esto refuerza sustancialmente su posición frente al Poder Legislativo no requiere mayor explicación.<sup>212</sup>

<sup>207</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 48.

<sup>208</sup> Sentando bases, von Bogdandy, A., *Gubernative Rechtssetzung*, 2000, pp. 23 y ss., con más enfoques de fundamentación; Cananea, G. della, “The Growth of the Italian Executive”, en Craig y Tomkins (eds.), *The Executive and Public Law*, 2006, pp. 243 y ss.; Leisner, W., “Regierung als Macht kombinierten Ermessens: Zur Theorie der Exekutivgewalt”, *JZ*, 1978, pp. 727 y 729.

<sup>209</sup> Di Fabio, U., “Gewaltenteilung”, en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, II, 2004, § 27, margs. 65, 70; Huber, P. M., “Die entfesselte Verwaltung”, *StWStP*, 8 (1997), pp. 423, 444 y ss.; von Bogdandy (N. p. 176), p. 445, 461 s.

<sup>210</sup> TJCE, sentencia 103/88, repertorio 1989, 1869, 31 – *Fratelli Costanzo*.

<sup>211</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 49.

<sup>212</sup> En Austria esto se califica como conflicto con el principio de legalidad y el principio del Estado de derecho, Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 18.

Sin embargo, desde la perspectiva de estos ordenamientos jurídicos,<sup>213</sup> el Poder Ejecutivo, particularmente fuerte en Francia y Gran Bretaña, también ha tenido que ceder espacios al Legislativo. En Francia, por ejemplo, el Conseil Constitutionnel vio un reforzamiento inconstitucional del Parlamento francés en la cláusula Passerella del artículo IV-444.3 TCE y en la incorporación de los parlamentos nacionales al procedimiento legislativo comunitario a través del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como el Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales en la UE, que debería ser legitimada primero por una reforma constitucional.<sup>214</sup> A ello se debe que el ECA 1972 y el European Parliamentary Elections Act 2002 en Gran Bretaña exijan una ley para cualquier modificación o ampliación de las competencias del Parlamento Europeo, aun cuando la ratificación de acuerdos de derecho internacional público usualmente forma parte de la llamada prerrogativa real.<sup>215</sup>

### c. Europeización como fortalecimiento del Poder Judicial

Por otra parte, la europeización conduce a un enorme fortalecimiento del Poder Judicial frente al legislador, algo que es particularmente notorio en Gran Bretaña, pero también en Suecia.<sup>216</sup> La jurisprudencia *Factortame* del TJCE,<sup>217</sup> que por primera vez obligó a los tribunales británicos a declarar leyes emanadas del Parlamento como “inaplicables”<sup>218</sup> y a otorgar tutela jurídica frente a

<sup>213</sup> El que bajo una óptica material se podría ver allí también una compensación incompleta de los derechos legislativos perdidos, no se corresponde con el modo típico de enfocar este asunto.

<sup>214</sup> CC núm. 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004, EuGRZ 2005, p. 45 – VVE; Hagenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 36.

<sup>215</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 8.

<sup>216</sup> Nergelius, IPE, § 22, margs. 28 ss., 30.

<sup>217</sup> TJCE, sentencia C-213/89, repertorio I-1990, 2433 –The Queen/Secretary of State for Transport ex parte Factortame.

<sup>218</sup> Desde inicio de los años noventa, el *House of Lords* declara leyes británicas como “inapplicable” por su incompatibilidad con el derecho de la Unión, R

la Corona, es descrito incluso como “revolutionary event in UK law”,<sup>219</sup> porque con ello no solamente se rompió con un postulado central del *common law*, sino que también se fortaleció de manera permanente la posición de los tribunales frente al Parlamento. En Suecia, que —al igual que Gran Bretaña— sólo conoce un control judicial muy limitado de las leyes emanadas del Parlamento, la situación es similar: han sido las exigencias jurídicas de la Unión las que han transformado el papel del Poder Judicial frente al legislador.<sup>220</sup> Lo mismo cabe decir respecto del Poder Ejecutivo, si se tiene en cuenta que la *exigencia de tutela judicial efectiva* del derecho de la Unión obligó al legislador sueco en 1998 a modificar el derecho contencioso-administrativo (*Förvaltningslagen*), que otorgó por primera vez a los tribunales contencioso-administrativos la competencia general de conocer de recursos legales contra decisiones de autoridades administrativas (artículo 22a).<sup>221</sup>

Visto lo anterior, pierde relevancia el hecho de que la europeización de la estructura institucional también implique un vaciamiento gradual de la jurisdicción *constitucional* nacional en beneficio de los tribunales especializados y de los tribunales de la UE. En lo que se refiere en concreto a su *monopolio* sobre la anulación de normas, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (artículo 100, apartado 1 Ley Fundamental alemana) como la Corte Costituzionale italiana o el Tribunal Constitucional austriaco<sup>222</sup> no han salido indemnes.

vs. *Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission* [1994] 1 All ER 910; crít. Bradley (N. p. 156), p. 79 ss.

<sup>219</sup> Birkinshaw (N. p. 177), p. 205, 241; Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 32; Cullen (N. p. 44), p. 11 – “Schock”.

<sup>220</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 32.

<sup>221</sup> *Ibidem*, marg. 30.

<sup>222</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 18.

#### d. Europeización y estructuras territoriales del poder

Puesto que la europeización produce un cambio en las estructuras constitucionales ello tiene como consecuencia necesaria una metamorfosis de las relaciones jurídicas referidas al reparto de competencias entre el Estado nacional y sus subdivisiones regionales.<sup>223</sup> Y es que el *ius integrandi* es una atribución de los Estados centrales.<sup>224</sup> En ese contexto no debe sorprender que, en cuanto a las subdivisiones verticales de los Estados miembros (Estados, regiones, comunidades autónomas, etcétera), la integración europea haya puesto de manifiesto puntos de fricción.<sup>225</sup> Ahora bien, de la heterogeneidad de los Estados miembros estos puntos de fricción no pueden ser colocados bajo un denominador común. Así como el *programa de integración*, que también repercute en las competencias regionales, principalmente en Alemania es visto sobre todo como amenaza para los Länder y su estatalidad<sup>226</sup> —lo mismo cabe decir respecto de las regiones italianas—<sup>227</sup> en otros Estados miembros el reconocimiento del nivel regional (artículo 102, apartado 1, 263 ss. del Tratado de la CE) —primero informal, luego incorporado al derecho originario— supuso un verdadero resorte de la descentralización.

Para la “fase descendente”,<sup>228</sup> es decir, para la puesta en práctica e implementación del derecho de la Unión, rige por lo general el principio de la autonomía institucional y procedimental. Es decir, la distribución constitucional de competencias en cada

<sup>223</sup> Huber, P. M., “Die Wirkung der Supranationalität auf Föderalismus und Regionalismus”, conferencia en el marco de las jornadas SIPE 2005; Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 50; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 17; Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 28 s.; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 27.

<sup>224</sup> Para España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 27.

<sup>225</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 36, 43.

<sup>226</sup> BVerfGE 80, 74 – e. A. Rundfunkrichtlinie; E 92, 203 – Fernsehrichtlinie.

<sup>227</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 50 ss.

<sup>228</sup> Sobre el concepto, véase López Castillo, IPE, § 24, marg. 28.

Estado.<sup>229</sup> De cara a la europeización, ello es importante desde dos puntos de vista: por una parte, la distribución de competencias puede resultar un obstáculo para la aplicación oportuna e íntegra del derecho de la Unión y en tal sentido puede causar problemas de cara al artículo 10 del Tratado de la CE. Por la otra, la transferencia de competencias a la UE supone un coste para los *Länder* y regiones, pues en la mayoría de los casos sólo disponen de competencias limitadas.

A fin de afrontar las dificultades derivadas de la estructura vertical de los Estados miembros en la *fase descendente* (*de implementación*), el artículo 23d, apartado 5 de la Constitución austriaca, por ejemplo, prevé que las respectivas competencias de los Estados federados pasen al gobierno federal, después de una condena de Austria por parte del TJCE, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 226 del Tratado de la CE.<sup>230</sup> Del mismo modo, en Alemania se ha procedido a la eliminación de la legislación marco en favor de una legislación concurrente con facultad de derogación. Ello permite deducir un efecto promotor de la implementación, al menos en lo que respecta a las materias allí mencionadas.<sup>231</sup>

Por otra parte, la proverbial “*ceguera respecto de los Estados federados*” del derecho de la Unión<sup>232</sup> (*Landesblindheit*), limita los márgenes de actuación de los legisladores estatales en los escasos ámbitos de regulación<sup>233</sup> que aún les quedan a los Estados federados, ya que prácticamente todas las materias objeto de la legislación estatal —desde el derecho de radiodifusión hasta la edu-

<sup>229</sup> En Italia este principio apenas se estableció con la inserción del artículo 117, apartado 5 Cost. En 2001, Panara, IPE, § 18, marg. 55; España: López Castillo, IPE, § 24, margs. 30, 51 ss.

<sup>230</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 47.

<sup>231</sup> Huber (N. p. 144), p. 359 ss.

<sup>232</sup> Hirsch, G., “Landesverfassung im Lichte des Europäischen Rechts”, *Sächs-VBl*, 1998, p. 101; Huber (N. p. 23), § 5, marg. 45; Ipsen, H. P., *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, homenaje a Walter Hallstein, 1966, p. 248, 256.

<sup>233</sup> Janssen, A., “Wege aus der Krise des deutschen Bundesstaates”, *ZG*, 15 (2000), volumen especial, pp. 41 y ss.

cación (artículo 149 CE) y la cultura (artículo 151 CE)— están expuestas a cada vez mayores superposiciones del derecho de la Unión.<sup>234</sup> Adicionalmente, por lo que respecta a Alemania, los derechos de participación del Bundesrat en la legislación y administración de la Federación (artículo 50 Ley Fundamental alemana) están siendo socavados por el proteccionismo del Consejo de Ministros.

La europeización afecta también a la ejecución de la ley. Aunque cuando se trate de la ejecución del derecho de la Unión, ésta es una función primaria de los Estados miembros y de su administración, es decir, competencia frecuentemente de los Länder y en su caso de las regiones. Ello obedece a que la Unión Europea (todavía) responde a un modelo de “federalismo ejecutivo”.<sup>235</sup> Una ejecución efectiva exige desde luego una cooperación cada vez más estrecha entre la Comisión Europea, otros entes de la administración comunitaria y las autoridades de los Estados miembros.<sup>236</sup> Esa es una consecuencia necesaria de la estructura de la UE en tanto que Unión de Estados y Unión de Constituciones (*Staaten- und Verfassungsverbund*). En el contexto de esta *relación de cooperación* la administración nacional va camino de convertirse en la hermana menor: una supervisión cada vez más estrecha por parte de la Comisión, amplios derechos de participación —que en ocasiones determinan casi por completo la decisión material

<sup>234</sup> Dolzer, R., “Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat –Entwicklungsstand und Reformbedarf”, *VVDStRL*, 58 (1999), pp. 7, 33 y ss.; Huber (N. p. 23), § 4, marg. 4, § 23, marg. 9; Nettesheim, M., *Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz*, homenaje a Peter Badura, p. 363, 364; Hilf, M., “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?”, *VVDStRL*, 53 (1994), p. 7; Stein, T., “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz”, *VVDStRL*, 53 (1994), p. 26; Schweitzer, M., “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz”, *VVDStRL*, 53 (1994), p. 97.

<sup>235</sup> Huber (N. p. 23), p. 230; Pernice, I., “Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund”, *JZ*, 2000, p. 866, 871.

<sup>236</sup> Huber (N. p. 23), p. 230; Schmidt-Aßmann y Schöndorf-Haubold (eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund* (La unión administrativa europea), 2005.

sobre el fondo—, su fortalecimiento en la llamada *comitología* (decisión del Consejo 1994/468/CE), y, en último término, la ampliación forzada de la ejecución directa así como un número cada vez mayor de agencias ejecutivas y regulatorias junto con otros entes,<sup>237</sup> aparecen como indicios de una transformación radical, al fin de la cual la administración nacional verá amenazada su posición de socio equiparado en derechos,<sup>238</sup> lo que a la vista del reparto de competencias dentro de los Estados repercute en los *Länder* y las regiones.

Estos últimos han intentado, no sin éxito, compensar sus pérdidas de competencias mediante la participación en la formulación doméstica de la política europea en la “fase ascendente” de la legislación. En Alemania, por ejemplo, los *Länder* poseen —a través del Bundesrat— amplios derechos de participación, regulados por el artículo 23, apartados 2, 4 y 5 de la Ley Fundamental, así como por la Ley Reguladora de la Cooperación entre el gobierno federal y los Estados federados en asuntos de la Unión Europea (EUZBLG). Estos derechos les proporcionan una influencia sustancial, incluso determinante allí donde se vean afectadas las competencias exclusivas de los Estados federados sobre la formación de voluntad del gobierno federal. Sin embargo, no hay noticia de que el Bundesrat se haya impuesto o se haya tenido que imponer al gobierno federal en una materia en la cual su criterio debía ser tomado en cuenta en forma “determinante” (artículo 23, apartado 5, párrafo 2 en concordancia con § 5, apartado 2, párrafo 5 EUZBLG). En Italia, según el artículo 117, apartado 5 de la Constitución, las regiones tienen el derecho de participar en las decisiones del proceso legislativo de la UE sobre materias que se inscriben en su ámbito de competencia, para lo cual se creó una “Conferencia Estado-Regiones”.<sup>239</sup> Del mismo modo, en España

<sup>237</sup> Fischer-Appelt, D., *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, 1999; Koch, M., *Die Externalisierungspolitik der Kommission*, 2004.

<sup>238</sup> Huber, P. M., *Das Kooperationsverhältnis von Kommission und nationalen Verwaltungen beim Vollzug des Unionsrechts*, homenaje a Winfried Brohm, 2002, pp. 127 y 137.

<sup>239</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 52.

se creó, con rango de ley ordinaria, la “Conferencia relativa a los Asuntos Europeos”.<sup>240</sup> En Austria, el artículo 23d, apartado 2 de la Constitución dispone que el gobierno federal está vinculado a un dictamen emitido por la “Conferencia de Integración de los Estados Federados”,<sup>241</sup> al igual que al dictamen del Consejo Federal en caso de proyectos de la UE que “necesariamente deban ser implementados a través de una ley constitucional federal”.<sup>242</sup> Incluso en Suiza, en los años noventa se diseñaron fórmulas de participación de los cantones dadas las crecientes necesidades de coordinación en el marco de una integración, a través de la creación de la Conferencia de los Gobiernos Cantonales (KdK), una “obligación de consideración” establecida en el artículo 54, apartado 3 y el artículo 55, apartado 1 de la Constitución, que se concreta en más detalle a través de la Ley federal de 22 de diciembre de 1999 sobre la participación de los cantones en la política exterior de la Confederación.<sup>243</sup>

También cabe contar entre los instrumentos de compensación la participación de representantes del nivel regional en los grupos y comisiones de trabajo del Consejo de la UE,<sup>244</sup> así como la posibilidad en una serie de Estados, de ceder la representación del Estado miembro ante el Consejo de la UE a un representante de los *Länder* o de las regiones.<sup>245</sup> Ahora bien, en Alemania el artículo 23, apartado 6 de la Ley Fundamental en concordancia con el § 6 de la EUZBLG prevé que la representación ante el Consejo de la UE en las áreas de educación, cultura y radiodifusión sea ejercida por un ministro de un *Land* designado por el Bundesrat, el llamado representante de los *Länder*. En Austria está regulado

<sup>240</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 29.

<sup>241</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 45.

<sup>242</sup> *Ibidem*, marg. 49.

<sup>243</sup> Keller, IPE, § 23, margs. 29, 53.

<sup>244</sup> Italia: Ley La Loggia núm. 131 del 5 de junio de 2003; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 53.

<sup>245</sup> Crít. Desde el punto de vista español: López Castillo, IPE, § 24, marg. 34.

por el artículo 23d, apartado 3 de la Constitución,<sup>246</sup> el cual sin embargo ha sido irrelevante hasta el presente. De forma parecida, en Italia la Ley La Loggia Núm. 131 del 5 de marzo de 2003 prevé la posibilidad de transferir la dirección de la delegación italiana al presidente de un gobierno regional.<sup>247</sup> Igualmente cabe mencionar aquí la obligación del Estado central de acudir al TJCE para impugnar actos jurídicos de la UE en defensa de los intereses de las regiones, como está establecido en el § 7 EUZBLG o en el artículo 5, apartado 2 de la ley La Loggia. En este sentido cabe remitirse al artículo 8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Todos estos mecanismos a favor de los *Länder* y las regiones han sido valorados de muy diferente manera. En Alemania, por ejemplo, mientras que los *Länder* no ven problema alguno e incluso aspiran a orientar a otras unidades estatales como las comunidades autónomas en España, el gobierno federal o bien la doctrina coinciden en que los derechos de participación de los *Länder* a través del Bundesrat así como la institución del representante de los *Länder* han resultado ser demasiado complicados y engorrosos.

### C. Derechos fundamentales

La primacía del derecho de la Unión y la circunstancia de que éste tiene que ser implementado por leyes nacionales y aplicado por la administración y jurisdicción nacionales no ha tardado en generar fricciones, sobre todo en aquellos Estados que conocen una tutela jurisdiccional específica de los derechos.<sup>248</sup> Este

<sup>246</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 46.

<sup>247</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 53.

<sup>248</sup> En cambio, la influencia promotora del derecho de la Unión para la formación de derechos fundamentales en Suecia es enfatizada por Nergelius, IPE, § 22, margs. 39 ss., 42.

fenómeno puede observarse prácticamente en todos los Estados miembros.<sup>249</sup>

Tras la *sentencia Frontini* del 27 de diciembre de 1973 la Corte Costituzionale italiana, se convirtió en el primer tribunal constitucional nacional que formuló una reserva de principio a la primacía del derecho de la Unión desde la perspectiva de los principios constitucionales fundamentales así como de los derechos fundamentales.<sup>250</sup> El Tribunal Constitucional Federal alemán se ha convertido en antagonista del TJCE. Al día de hoy continúa declarando que la apertura del ordenamiento jurídico alemán al derecho comunitario y al derecho de la Unión no permite afectar a las estructuras constitutivas de la Ley Fundamental, a la vez que continúa proclamando que el derecho de la Unión aplicado en Alemania debe respetar el “carácter esencial” de los derechos fundamentales tal como son reconocidos en Alemania.<sup>251</sup> Dado que el derecho de la Unión inicialmente no conocía garantías de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal se vio obligado a exigir en su Sentencia *Solange I* de 1974 el acatamiento de los derechos fundamentales nacionales en la ejecución del derecho de la Unión por parte de autoridades alemanas. El Tribunal precisa en dicha sentencia que la parte referida a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana constituye un elemento esencial e irrenunciable de la estructura constitucional de la Ley Fundamental<sup>252</sup> que también ha de ser respetada en la ejecución del derecho de la Unión cuando éste por sí mismo no garantice el estándar mínimo exigido por la Ley Fundamental. Sin embargo, desde la sentencia

<sup>249</sup> España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 56; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 27. Aún en los Países Bajos, tan pragmáticos y abiertos a la integración, según el artículo 91, apartado 3 *Grondwet* cualquier modificación del Tratado que afecte las disposiciones que garantizan la tutela constitucional requeriría una mayoría de dos tercios, Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 31.

<sup>250</sup> Corte Costituzionale, sentencia 183/73 del 27 de diciembre de 1973 –*Frontini* (traducción alemana EuGRZ 1975, p. 311).

<sup>251</sup> En detalle Sommermann, IPE, § 14, marg. 19 ss.; la misma formulación se halla en § 8 apartado 2 Constitución húngara, Sonnevend, IPE, § 25, marg. 29.

<sup>252</sup> BVerfGE 37, 271, 280 – *Solange I*.

conocida como *Vielleicht*,<sup>253</sup> sobre todo a partir de la Sentencia *Solange II* del 22 de octubre de 1986,<sup>254</sup> el Tribunal Constitucional Federal alemán asume que el derecho de la Unión y particularmente la jurisprudencia del TJCE mientras que aseguren una tutela efectiva de los derechos fundamentales constitucionales, “ha de considerarse esencialmente igual a la tutela constitucional brindada como inalienable por la Ley Fundamental, ya que *en general* garantiza el contenido esencial de los derechos fundamentales”. La Sentencia *Maastricht*<sup>255</sup> ha confirmado fundamentalmente esta doctrina, pero ha realizado una importante aclaración:<sup>256</sup> si el adverbio temporal *Solange* (“mientras”), con el que se ha dado a conocer esta sentencia, transmitía la idea implícita de que sólo sería cuestión de tiempo hasta que la tutela constitucional de la Unión alcanzara un grado de desarrollo tal que hiciera innecesario el recurso a los derechos fundamentales garantizados en Alemania, con la fórmula de la *relación de cooperación*,<sup>257</sup> el Tribunal situó bajo supervisión permanente la tensa relación con el derecho de la Unión y su aplicación por el TJCE (*subspecie* control de los derechos fundamentales).<sup>258</sup> Del mismo modo, la *sentencia sobre la ordenación del mercado del plátano*<sup>259</sup> parte de dicha relevancia (subsidiaria) de la tutela nacional de los derechos fundamentales, ya que el Tribunal considera admisibles los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que el derecho de la Unión no garantiza el estándar mínimo exigido por la Ley Fundamental, es decir, cuando en general no es capaz de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamenta-

253 BVerfGE 52, 187 – *Vielleicht*.

254 BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

255 BVerfGE 89, 155, 174 s. – *Maastricht*.

256 Huber, P. M., “Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen”, *EuZW*, 1997, pp. 517 y 519.

257 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*.

258 Huber (N. p. 255), p. 519; el mismo, en von Mangoldt y otros (eds.), *GG*, Bd. I, 2005, artículo 19 apartado 2, marg. 198.

259 BVerfGE 102, 147, 164 – *Bananenmarkt*.

les.<sup>260</sup> Posteriormente, mediante reforma de la Ley Fundamental, ocurrida en 1992, se han codificado los requisitos de la jurisprudencia Solange en el artículo 23 de la misma,<sup>261</sup> disponiendo una llamada “cláusula de garantía estructural” según la cual la UE debe garantizar una protección “esencialmente comparable” al estándar de la Ley Fundamental. El planteamiento de partida en este caso es el de que, en la ejecución del derecho de la Unión, no se producirá una violación del nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental cuando ya a nivel europeo se garantiza un estándar de protección de los derechos fundamentales que excluye las intervenciones ilegales en las esferas de libertad protegidas. Argumentos tanto de tipo sistemático como teleológico abonan la idea de que con ello se debe conseguir una *compatibilidad de estructuras*, básicamente equivalente, y no el paralelismo o la identidad de los resultados,<sup>262</sup> lo que sería imposible imponer unilateralmente.

La *doctrina Solange* del Tribunal Constitucional Federal alemán ha encontrado varios seguidores. Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional polaco se declara que los derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución constituyen un “estándar mínimo garantizado” que no puede ser rebajado por normas jurídicas comunitarias.<sup>263</sup> En Suecia, donde en 1995 el Reichstag incluyó literalmente la reserva *Solange* en un primer momento en el capítulo 10 § 5 de la “Forma de gobier-

<sup>260</sup> En tal sentido, también Grimm, D., “Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht”, *RdA*, 1996, pp. 66 y 68; Huber (N. p. 255), p. 517, 519; Zuleeg, M., “Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit”, *NJW*, 1997, p. 1201.

<sup>261</sup> BVerfGE 102, 147, 163 s. – *Bananenmarkt*.

<sup>262</sup> Pero así, Schilling, Th., “Eigentum und Marktordnung nach Gemeinschafts- und nach deutschem Recht”, *EuGRZ*, 1998, pp. 177 y 179.

<sup>263</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 45.

no” (*så länge*), si bien más tarde la atenuó.<sup>264</sup> En España,<sup>265</sup> Hungría<sup>266</sup> y otros Estados miembros esta doctrina también ha sido bien recibida.

Podrán llegar a surgir conflictos entre el derecho de la Unión (originario) y el derecho constitucional nacional en Francia, donde el Conseil Constitutionnel ha verificado tanto el Tratado de Maastricht<sup>267</sup> como el TCE<sup>268</sup> respecto a su coincidencia con los derechos fundamentales de la Constitución francesa.<sup>269</sup> En Grecia, donde la garantía de libertad de prensa excluye a los medios de comunicación de la participación en contrataciones públicas (artículo 14 Constitución griega) lo cual es violatorio del derecho de contratación comunitario, se mantiene vivo este conflicto.<sup>270</sup>

La amenaza de los tribunales (constitucionales) nacionales de no aplicar el derecho de la Unión en caso de merma excesiva del estándar de protección de derechos fundamentales, ha llevado primeramente al TJCE, y luego a los propios Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa a asegurar un alto nivel de protección de los derechos fundamentales a nivel de la Unión (artículo 6, apartado 2 TUE; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).<sup>271</sup>

#### D. *Actuación* ultra vires

Repetidamente ha sido objeto de discusión el cumplimiento de las competencias asignadas a los órganos de la UE, léase el alcan-

<sup>264</sup> Nergelius, IPE, § 22, margs. 15 ss., 24, quien observa con asombro que la tutela constitucional nunca jugó un papel especial en Suecia.

<sup>265</sup> STC 64/1991; DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 57, 61 s.

<sup>266</sup> Sonnevend, IPE, § 25, margs. 24, 29.

<sup>267</sup> CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 – *Maastricht I*.

<sup>268</sup> CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – *VVE*.

<sup>269</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 31.

<sup>270</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 35 s.

<sup>271</sup> Evaluación positiva de la doctrina “controlimiti” en Panara, IPE, § 18, marg. 57.

ce del “Programa de integración” (artículo 5 Tratado de la UE, artículo 5 apartado 1 Tratado de la CE, artículo I-11 apartado 1 TCE). Sin embargo, la cuestión sólo alcanza verdadera relevancia constitucional cuando el TJCE, llamado a controlar la competencia de los órganos de la UE (artículo 220, 230 apartado 2 CE), permite actos jurídicos que se extralimitan, o bien que actúa por sí mismo *ultra vires*.

Los tribunales (constitucionales) de los Estados miembros se consideran facultados para negar el reconocimiento de aquellos actos de los órganos de la UE que ignoren el “programa de integración”, es decir, que puedan ser calificados como *ultra vires*. También en este caso esta forma de alcanzar la estatalidad abierta—formulada de manera muy concisa en la sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán—<sup>272</sup> ha encontrado numerosos partidarios, como la decisión Maastricht del Højesteret danés y la legislación sueca<sup>273</sup> y húngara<sup>274</sup> relativa al proceso de integración.

En toda la historia de la integración europea, que ya alcanza medio siglo, esta reserva sólo se ha concretado en una oportunidad, cuando tanto el Tribunal Federal de Hacienda alemán como el Conseil d’Etat francés se negaron a cumplir con la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicabilidad inmediata de normas<sup>275</sup> injustamente, como se sabe hoy.<sup>276</sup> Por lo demás, los tribunales nacionales nunca han fallado en favor de una actuación *ultra vires* de órganos de la UE. Esto obviamente no significa que esa reserva no sea efectiva. El solo hecho de que la mayoría de los tribunales (constitucionales) nacionales asuma para sí la facultad de medir una actuación *ultra vires* del TJCE (con el patrón de su propio derecho nacional) lleva a este último a evitar tales conflictos. Así, el TJCE respetó la prohibición de abortar establecida en la Cons-

<sup>272</sup> BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210 – *Maastricht*.

<sup>273</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 21.

<sup>274</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 24 s.

<sup>275</sup> Sentando bases TJCE, sentencia 41/74, repertorio 1974, 1337 – *van Duyn*.

<sup>276</sup> Pero véase BVerfGE 75, 223, 240 – 6. *UStRiL*.

titución irlandesa esgrimiendo argumentos más bien dubitativos en cuanto al derecho europeo.<sup>277</sup> Respecto a Alemania, el TJCE calificó como contraria a la directiva 76/207/CEE la prohibición dirigida a las mujeres de servir a las fuerzas armadas prevista en la Ley Fundamental hasta el año 2000 (artículo 12a, apartado 4, párrafo 2), siendo suprimida una vez que el abogado general argumentó que esta prohibición no se encontraba amparada dentro del contenido intangible de la Ley Fundamental conforme a lo dispuesto en el artículo 79, apartado 3, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

### E. Otros

Finalmente, en muchos Estados miembros adquieren relevancia ciertas garantías constitucionales directamente conectadas con la identidad nacional, cuya “europeización” puede resultar conflictiva. Así, por ejemplo, en el caso de Grecia cabe citar como cuestiones potencialmente conflictivas con respecto a la integración: la limitación de la retroactividad de las leyes tributarias (artículo 78, apartado 2 de la Constitución),<sup>278</sup> los derechos fundamentales,<sup>279</sup> el principio del Estado de derecho, las disposiciones sobre el Banco Central,<sup>280</sup> así como la disposición que prohíbe el reconocimiento de diplomas adquiridos en institutos de educación superior privados (artículo 16 Constitución griega).<sup>281</sup> En Austria, por su parte, cabe citar el *estatuto de neutralidad*,<sup>282</sup> puesto que éste era incompatible con la participación en la po-

<sup>277</sup> TJCE, sentencia C-159/90, repertorio 1991, 4685 – *Grogan y otros*

<sup>278</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 30, 34.

<sup>279</sup> Acerca de la percepción constitucional de asuntos de protección de la confianza y retroactividad, Huber, P. M., “Die Klarstellungs-novelle zu § 12 MHG im Lichte des Rückwirkungsverbotes”, *ZMR*, 1996, pp. 175 y 177.

<sup>280</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 30.

<sup>281</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 34.

<sup>282</sup> Por una posible membresía de Suiza: Keller, IPE, § 23, margs. 27, 32.

lítica exterior y de seguridad común (PESC).<sup>283</sup> La adhesión de Austria implicó de hecho también la renuncia a su compromiso de neutralidad asumido en 1955.<sup>284</sup> La neutralidad, la regulación del contenido de alcohol marcan el ámbito jurídico-constitucional en los que se produce una situación de conflicto con el derecho de la Unión o bien éste parece bastante improbable.<sup>285</sup> Finalmente puede mencionarse el caso de España, en tanto que se considera insuficiente el rol que desempeña la lengua española como idioma oficial y de trabajo en la UE.<sup>286</sup>

### F. Relevancia práctica de las líneas de conflicto

A pesar de estas numerosas áreas se aprecia en general cierto agotamiento de los tribunales (constitucionales) nacionales. Visto el reconocimiento de los principios jurídicos constitutivos del espacio jurídico europeo contenidos en el artículo 6, apartados 1 y 2 del TU y teniendo en cuenta el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros codificado en el artículo 6, apartado 3 del TUE, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>287</sup> como el Tribunal Constitucional<sup>288</sup> español, así como amplios sectores de la doctrina,<sup>289</sup> consideran prácticamente inexistente la posibilidad de un conflicto entre el derecho de la Unión y las garantías constitucionales nacionales. Por eso, una eventual activación de las reservas constitucionales nacionales de los Estados miembros

<sup>283</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 37 ss.

<sup>284</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 41.

<sup>285</sup> Nergelius, IPE, § 22, margs. 46 ss., 54 ss.

<sup>286</sup> López Castillo, IPE, § 24 50; véanse también Huber (N. p. 23), § 1, marg. 14 ss.; Kahl, W., "Sprache als Kultur- und Rechtsgut", *VVDStRL*, 65 (2006), pp. 386, 417 y ss.; Schübel-Pfister, I., *Sprache und Gemeinschaftsrecht*, 2004.

<sup>287</sup> BVerfGE 102, 147, 163 y s. –*Bananenmarkt*.

<sup>288</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 del 13 de diciembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3. Suplemento del 4 de enero de 2005, p. 5, 19 (II.3).

<sup>289</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 40.

viene siendo calificada como “poco probable”,<sup>290</sup> “hipotética”<sup>291</sup> o meramente “teórica”; hablándose incluso de una *fleet in being* lista para ser pasada a la “reserva”.<sup>292</sup>

#### a. El ámbito de la tutela de los derechos fundamentales

En lo que respecta al ámbito de la tutela de derechos fundamentales, las máximas instancias judiciales nacionales sienten cada vez más alivio, en algunos casos también admisión resignada, sobre el hecho de que los estándares constitucionales relevantes son determinados cada vez más por el TJCE y el TEDH. Adicionalmente, los tribunales se tranquilizan con la esperanza —quizá algo ingenua— de que el déficit aún existente quedaría subsanado con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y del Tratado de Lisboa.<sup>293</sup> En efecto, el carácter cada vez más preponderante del régimen jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), incluso para la tutela de derechos fundamentales en la UE, justificaba esta esperanza, como lo demuestra la regulación contenida en el Tratado de Lisboa y los pasos seguidos para la adhesión de la UE al CEDH. Sin embargo, no debe pasarse por alto que las concepciones sobre los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo continúan siendo muy distintas, incluso en algunos puntos básicos.

En la doctrina se constata que la solidez de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión sigue siendo divergente, por más que la mayoría coincide con la jurisprudencia.<sup>294</sup> Sin embargo, en la práctica se trata de una cuestión poco diferenciada: mientras la garantía del principio de igualdad, tanto en lo general como en lo particular, prácticamente no da lugar a objeciones y muchas veces

<sup>290</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 48.

<sup>291</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 62.

<sup>292</sup> Huber (N. p. 23), p. 204.

<sup>293</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 29.

<sup>294</sup> La opinión —al igual que la jurisprudencia— podría asumir una pacificación suficiente; Panara, IPE, § 18, marg. 35; Nergelius, IPE, § 22, marg. 20 y 34.

está por encima del nivel nacional, en lo que respecta a los derechos de libertad hasta hoy no ha quedado suficientemente claro si sólo constituyen principios jurídicos generales<sup>295</sup> o si también son derechos de defensa del individuo frente a intervenciones de órganos de la UE que se orientan estrictamente según el principio de proporcionalidad.<sup>296</sup> La constatación de que el TJCE hace valer los derechos fundamentales de la Unión frente a los Estados miembros de modo bastante rígido mientras que, por razones de equilibrio institucional, concede de manera sistemática a los órganos de la Unión un margen de apreciación extremadamente amplio, a partir de un control sólo exigible en el marco de un control de evidencia, también alberga cierto potencial de conflicto y forma parte de las incongruencias que aún persisten en la tutela de los derechos fundamentales en la Unión.

La solución definitiva de esta situación de conflicto tropieza finalmente también con la cuestión relativa al *alcance del carácter vinculante de los derechos fundamentales en la Unión*. Según la jurisprudencia del TJCE, los derechos fundamentales en la Unión rigen “en el ámbito de aplicación del derecho comunitario”. Es decir, prácticamente todos los puntos de contacto con el derecho de la Unión y en todas las regulaciones referidas al mercado

<sup>295</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 14; Goldsmith, Lord, “The Charter of Rights – A Brake, not an Accelerator”, *EHRLR*, 2004, pp. 473 y 475.

<sup>296</sup> Coppel, J. y O’Neill, A., “The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?”, *CMLRev.*, 29 (1992), p. 669; Huber (N. p. 255), p. 517, 520; misma obra (N. p. 110), p. 204; misma obra (N. p. 23), § 8, marg. 66; Selmer, P., *Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH* (La garantía del estándar inalienable de los derechos fundamentales por parte del TJCE), 1998, pp. 118 y ss.; Schwarze, J., “Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung” (El surgimiento de un orden constitucional europeo), en la misma obra (N. p. 105), p. 463, 549; Storr, St., “Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union”, *Der Staat*, 36 (1997), p. 547; también Bogdandy, A. v., “Zweierlei Verfassungsrecht”, *Der Staat*, 39 (2000), pp. 163 y 180; Schilling, Th., “Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts”, *EuGRZ*, 2000, pp. 3 y 31.

único.<sup>297</sup> Si tenemos en cuenta que toda divergencia entre regulaciones nacionales repercute, al menos mediatamente, sobre las libertades comunitarias, y que el TJCE y los legisladores comunitarios han llevado el derecho de libre circulación del artículo 18 CE al nivel de “libertad fundamental sin mercado”,<sup>298</sup> parece claro que prácticamente no hay materia alguna que no caiga dentro del “ámbito de aplicación del derecho comunitario”. La consecuencia es que los derechos fundamentales europeos coinciden casi íntegramente con las garantías constitucionales nacionales, lo que — allí donde es menester solucionar conflictos entre derechos fundamentales— también puede llevar a una modificación de soluciones de conflicto ampliamente contrastadas. Desde esta perspectiva, las divergencias entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Caroline v. Hannover*<sup>299</sup> y *Görgülü*<sup>300</sup> podrían ser precursoras de una reforma revolucionaria, sobre todo porque hay varias razones que sugieren que el TJCE adoptará la jurisprudencia de Estrasburgo. Dotada entonces de primacía de aplicación, la impondrá a los Estados miembros.<sup>301</sup>

Ante esta situación, la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) trató de limitar el solapamiento o coincidencia y sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el

<sup>297</sup> TJCE, sent. 5/88, repertorio 1989, 2609 – *Wachauf/Deutschland*; sentencia C-260/89, repertorio 1991, I-2925, 42 ss. – *ERT*; sentencia C-368/95, repertorio 1997, I-3689, 24 – *Familiapress*; Huber (N. p. 23), § 8, marg. 59; Streinz, R., *Europarecht*, 2005, p. 768.

<sup>298</sup> Wollenschläger, F., “Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime” (Libertad fundamental sin mercado. La conformación de la ciudadanía de la Unión Europea en el régimen comunitario de libre circulación), Disert. Tübingen, 2007.

<sup>299</sup> CEDH, núm. 59320/00, sentencia del 24 de junio de 2004, Rep. 2004-VI = NJW 2004, p. 2647 – *von Hannover/Deutschland*; BVerfGE 97, 125 – *Caroline von Monaco I*; E 101, 361 – *Caroline von Monaco II*.

<sup>300</sup> CEDH, Nr. 74969/01, sentencia del 26 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 3397 – *Görgülü/Deutschland*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*.

<sup>301</sup> Sugerido en Nergelius, IPE, § 22, marg. 31.

derecho de la Unión” (artículo 51, 1, párrafo 2 CDFUE).<sup>302</sup> Con posterioridad, la Convención adoptó esa formulación (artículo II-111, 1, párrafo 2 TCE). No obstante, inmediatamente después de la proclamación de la Carta en la Cumbre de Niza, surgieron los primeros intentos de impedir que tuviera lugar por esta vía cualquier corrección del acervo comunitario. Las explicaciones de la presidencia de la Convención Europea fueron poco claras<sup>303</sup> y la formulación —notablemente más restrictiva en la versión alemana— tampoco parece constituir motivo de corrección para el TJCE.<sup>304</sup>

### b. La protección del “programa de integración”

Son pocos los indicios que permiten prever que los tribunales (constitucionales) nacionales actuarán con igual moderación a la hora de controlar el “programa de integración” (la problemática del *ultra vires*).<sup>305</sup> Puesto que aquí están en juego los intereses de la soberanía, del principio de democracia y la “problemática *ultra vires*”, nos encontramos aquí ante una cuestión de poder que sólo puede encontrar respuesta bien a favor de la UE o bien a favor de los Estados miembros, por lo que esta situación de tensión no podrá resolverse en el corto o medio plazo.

<sup>302</sup> Véase al respecto el artículo 46 Doc. Charte 4316/00 CONVENT 34; Charte 4422/00 CONVENT 45; Huber (N. p. 110), p. 240. La formulación concreta alemana del artículo 51, apartado 1 CDFUE, se retrotrae a una propuesta de formulación del representante del Bundesrat en la Convención; véase Borowsky, M., en Meyer (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, artículo 51, margs. 2 ss., 29 s.; Bernsdorff, N. y Borowsky, M., *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, p. 231; Streinz, R., en mismo autor (ed.), *EUV/EGV*, 2003, artículo 51 GR-Charta 9; crit. Brosius-Gersdorf, F., *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, 2005, pp. 48 y ss.; sobre el artículo 111, apartado 2 TCE: Birkinshaw y Künneke, IPE, § 17, marg. 14.

<sup>303</sup> Nota previa a las explicaciones de la presidencia de la Convención, Carta 4473/00, CONVENT 49 del 11 de octubre de 2000 en la versión actualizada por la Presidencia de la Convención europea del 18 de julio de 2003, CONV 828/03.

<sup>304</sup> En forma parecida Brosius-Gersdorf (N. p. 301), p. 54 ss.

<sup>305</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 30.

## 6. *La relación de cooperación entre los tribunales (constitucionales) nacionales y de la Unión*

Los tribunales europeos y los nacionales se sitúan en una *relación de cooperación* recíproca. Cuando los tribunales nacionales deben resolver sobre conflictos entre el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional, están obligados en virtud del derecho constitucional nacional, pero en todo caso en virtud del derecho de la Unión (artículo 10 TCE) a evitar, en lo posible, un conflicto con el TJCE. En ese sentido, el diálogo entre los jueces es tarea de todos los tribunales, incluidos los constitucionales, quienes con arreglo al artículo 234 del Tratado CE deben dar al TJCE la oportunidad de realizar una interpretación compatible con los requerimientos jurídico-constitucionales mínimos del derecho de la Unión.<sup>306</sup> Esto es algo que deriva ya de la garantía del juez legal, contenida en el artículo 101.1, párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana, del artículo 83.2 de la Constitución austriaca<sup>307</sup> y del artículo 24.2 de la Constitución española.<sup>308</sup> Aun así, la mayoría de los tribunales (constitucionales) nacionales no parece dispuesta en estos términos. Mientras la Cámara de los Lorees,<sup>309</sup> el Tribunal Constitucional austriaco<sup>310</sup> o el Tribunal Constitucional portugués<sup>311</sup> hacen uso del artículo 234 TCE, el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Consejo Constitucional francés,<sup>312</sup> la

<sup>306</sup> Nergelius, IPE, § 22, margs. 21, 43 ss. sobre problemas con la aplicación del artículo 234 EG en Suecia; López Castillo, IPE, § 24, marg. 58 hace referencia a la STC 58/2004, que derivó del mandato de tutela judicial efectiva del artículo 24, apartado 1 CE la obligación de dejar sin aplicación el derecho nacional sólo después de una decisión previa del TJCE.

<sup>307</sup> VfGH VfSlg. 14390/1995; 14889/1997; Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 52.

<sup>308</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 59.

<sup>309</sup> Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 29.

<sup>310</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 52.

<sup>311</sup> Corte Constitución Portug., Acórdao No. 184/89, *Diário da República* – I serie 1989, 1044; Acórdao No. 163/90, *Diário da República* – II serie, 1991, 10430.

<sup>312</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 27.

Corte Constitucional italiana<sup>313</sup> y quizá el Tribunal Constitucional húngaro,<sup>314</sup> invocando su particular función en la estructura de la jurisprudencia de los respectivos Estados miembros y haciendo referencia a su limitado parámetro de verificación, no se consideran concernidos por la previsión de dicho artículo 234 TCE. Esa postura es criticada con razón, pues impide una cooperación efectiva y transparente para los que buscan justicia.<sup>315</sup>

Por el contrario, velar por los requerimientos jurídico-constitucionales de la integración es asunto que corresponde a los tribunales (constitucionales) nacionales. Sin embargo, desde hace algún tiempo el Consejo Constitucional deriva de los artículos 55 y 88-1 de la Constitución francesa obligaciones de aplicación e implementación, por lo que también le corresponde decidir sobre la compatibilidad entre el derecho nacional y el de la Unión. Puesto que el Consejo rehúsa plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE conforme al artículo 234, el conflicto está prácticamente garantizado.<sup>316</sup> Prueba de ello es el caso italiano, donde la Corte Constitucional inicialmente había comenzado reclamando para sí un monopolio de rechazo respecto de todas las leyes nacionales que contraviniesen el derecho de la Unión, habiendo renunciado posteriormente en su tránsito por el *cammino comunitario*.<sup>317</sup> El nuevo artículo 117.1 incorporado a la Constitución italiana en 2001, que hace de la observancia del derecho de la Unión una obligación constitucional para el legislador italiano, puede llevar a un resurgir de estos conflictos que se pensaban superados y presionar a la Corte Constitucional a asumir una vez más el papel de “árbi-

<sup>313</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 32.

<sup>314</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 39.

<sup>315</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 33.

<sup>316</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 27.

<sup>317</sup> Corte Costituzionale Sent. núm. 183 del 27 de diciembre de 1973, Giur. Cost. 1973, 2401 (2414) – *Frontini*; Panara, § 18 17 s., 20. El “cammino comunitario” se refiere al monopolio de rechazo de la Corte Costituzionale, pero concierne en forma mediata también al patrón de verificación jurídico-material.

tro” entre el derecho de la Unión y el derecho nacional.<sup>318</sup> Sin embargo, en la medida en que realmente sea función de los tribunales (constitucionales) nacionales imponer los límites constitucionales específicos de la integración frente a la primacía de apreciación del derecho de la Unión, así como el rechazo de actuaciones *ultra vires* de los órganos de la UE en los respectivos Estados miembros, en su decisión última estos tribunales tendrán que limitarse a un patrón de discrecionalidad y notoriedad.<sup>319</sup> Este es el sentido de la lectura alemana del “Programa de integración”,<sup>320</sup> del capítulo 11 § 14 de la forma de gobierno sueca (“evidentemente”), así como de la jurisprudencia del Højesteret danés.<sup>321</sup>

### 7. Reformas constitucionales provocadas por el derecho de la Unión

En los casos en los que el derecho constitucional nacional se encuentra en contradicción con el derecho de la Unión, los tribunales (constitucionales) normalmente exigen una reforma constitucional previa. Así, el Consejo Constitucional francés exige modificaciones de la Constitución en los casos de alteración expresa de la estructura nacional de poderes, como cuando se reconocen facultades especiales al Parlamento,<sup>322</sup> en caso de vulneración de las *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* a consecuencia de la transferencia de derechos de soberanía sustanciales, en el caso del paso a decisiones por mayoría, o finalmente cuando se producen limitaciones a las garantías nacionales

<sup>318</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 42 habla del papel de la *Corte costituzionale* como árbitro.

<sup>319</sup> Huber (N. p. 110), p. 231.

<sup>320</sup> *Idem*.

<sup>321</sup> Højesteret, sentencia del 6.4.1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, pp. 49, 52 y 96.

<sup>322</sup> CC núm. 2004-505 DC del 19.11.2004, EuGRZ 2005, p. 45 – TCE sobre artículo IV-444 TCE.

de los derechos fundamentales.<sup>323</sup> La creación de la UEM y las políticas comunes de visado y asilo debieron encontrar reflejo en la Constitución francesa de la misma manera (artículo 88-2 CF) en que debió tenerlo el derecho de los extranjeros a participar en las elecciones municipales (artículo 88-3 CF)<sup>324</sup> o como la comunitarización de tales políticas por el Tratado Constitucional, que hasta ahora formaban parte del tercer pilar de la UE. Irlanda sigue un sistema similar, como también Alemania,<sup>325</sup> España<sup>326</sup> y Suecia,<sup>327</sup> quienes han procedido a reformas constitucionales provocadas por el derecho de la integración. El Tribunal Constitucional polaco,<sup>328</sup> de modo comparable, ha dirigido la misma exigencia con ocasión de la incorporación de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención y Entrega Europea (euroorden), y en Hungría se modificaron las disposiciones constitucionales sobre el Banco Nacional (§ 32/D Constitución húngara), la ampliación del derecho del sufragio en las elecciones locales (§ 70.2 y 4 Constitución húngara) y las facultades de control del Parlamento frente al gobierno (§ 35/A Constitución húngara).<sup>329</sup> Incluso en Holanda, donde el artículo 91.3 del Grondwet exige una mayoría de dos tercios para la aprobación de tratados que contradigan la Constitución (la misma exigida para la reforma constitucional)<sup>330</sup>

<sup>323</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 29 ss.

<sup>324</sup> CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, p. 187 – *Maastricht I*; núm. 98-400 DC del 20 de mayo 1998, Rec. Cons. Constitución, p. 251 – *Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*.

<sup>325</sup> Artículo 16, apartado 2, párrafo 2; artículo 28, apartado 1, párrafo 2; artículo 88, apartado 2 de la Constitución alemana.

<sup>326</sup> Artículo 13, apartado 2 CE; DTC 108/1992 del 1.7.1992, EuGRZ 1993, p. 285 – *Maastricht*.

<sup>327</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 52.

<sup>328</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 48.

<sup>329</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 20.

<sup>330</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 26 y ss.

no ha tenido lugar hasta el momento una modificación constitucional inducida por el derecho de la Unión.<sup>331</sup>

## 8. Límites jurídico-constitucionales de la estatalidad abierta

### A. Generalidades

La gran mayoría de las Constituciones nacionales contienen prescripciones expresas o implícitas —generadas a través de la jurisprudencia y la doctrina— sobre los límites de la estatalidad abierta. Sin embargo, por dónde discurren tales límites es algo que hasta ahora no ha sido realmente aclarado en ningún Estado miembro.<sup>332</sup> En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal en una larga línea jurisprudencial<sup>333</sup> ha subrayado una y otra vez que la relativización de patrones constitucionales que acompaña a la europeización tiene sus límites. Ya respecto del poder de integración del artículo 24.1 de la Ley Fundamental alemana, vigente hasta 1992, el Tribunal Constitucional Federal había expresado, con ocasión de la transferencia de competencia a instituciones interestatales, que el mismo no lo faculta “para renunciar a la identidad del orden constitucional vigente mediante la intervención en su sistema fundamental, en las estructuras que lo constituyen”.<sup>334</sup> La posterior reforma de la Ley Fundamental ha recogido esta jurisprudencia en el artículo 23.1, párrafo 3, disponiendo que en orden a “la Unión Europea y a la modificación de sus bases convencionales, mediante la cual... [la] Constitución sea modificada o complementada en su contenido o se hagan posibles modificaciones o complementos... rigen los apartados 2 y

<sup>331</sup> La fuerza direccional de la Constitución neerlandesa es interpretada de manera tan restrictiva que sólo violaciones explícitas a sus disposiciones desencadenan la disposición del artículo 91, apartado 3 Grondwet, concebida como excepción, Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 35.

<sup>332</sup> Para una interpretación restrictiva: Sommermann, IPE, § 14, marg. 25.

<sup>333</sup> BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; E 73, 339 – *Solange II*; E 75, 223 – 6. *UStRiL*; E 80, 74 – *e. A. Fernsehrichtlinie*.

<sup>334</sup> BVerfGE 73, 339, 375 ss. – *Solange II*.

3 del artículo 79”.<sup>335</sup> En este sentido no pueden ser alterados por el legislador de la integración “la división de la República Federal en *Länder*, la participación fundamental de los *Länder* en la legislación, así como los principios recogidos en los artículos 1 y 20”. En otras palabras, los límites impuestos al encargado de reformar la Constitución rigen también frente a los avances de la integración europea. En Grecia, los derechos humanos y los fundamentos del ordenamiento estatal se encuentran protegidos frente a la integración (artículo 28, apartado 2 y 3 CN griega), como también lo están los de la democracia parlamentaria, complementada por rasgos presidenciales (artículo 110.1 de la CN griega), la dignidad humana, el acceso igualitario a cargos públicos, el libre desdoblamiento de la personalidad, la libertad personal o la separación de poderes, establecida en el artículo 28 de la CN griega.<sup>336</sup> En Dinamarca, el requisito es la condición de Estados soberanos,<sup>337</sup> en Gran Bretaña la soberanía del Parlamento,<sup>338</sup> en Italia y Francia<sup>339</sup> la forma de Estado republicana, en Austria los “principios fundamentales de la Constitución Federal” en la forma que han adquirido mediante la Ley Constitucional sobre el ingreso a la UE.<sup>340</sup> La forma de gobierno sueca, en cambio, señala “los principios relativos a la condición del Estado” como límite para la

<sup>335</sup> Para un manejo más bien lúdico de estos límites, véase Schwarze, J., “Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?”, *JZ*, 1999, pp. 637 y 640.

<sup>336</sup> Con respecto a los problemas de interpretación, véase Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 41 ss.

<sup>337</sup> Corte Suprema de Justicia, Højesteret, sentencia del 6 de abril de 1998, I 361/1997, *EuGRZ* 1999, p. 49, 52 9.8; Thomas (N. p. 98), p. 879, 898.

<sup>338</sup> Acerca de la pregunta sobre si existen principios jurídico-constitucionales que ni siquiera el Parlamento soberano puede suprimir, véase Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 41.

<sup>339</sup> Artículo 89 de la Constitución francesa; Flauss (N. p. 105), pp. 25 y 79: “la principe de la souveraineté du peuple français ou/et le principe démocratique ne pourraient être abrogés que par le corps électoral agissant non pas dans le cadre d’un acte de révision constitutionnelle, mais au moyen d’un acte constituant nullifiant la Constitution préexistante”.

<sup>340</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 34, 55; Öhlinger (N. p. 44), p. 165, 179; mismo autor, “Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Amsterdam in

integración (capítulo 10 § 5), entre los cuales la doctrina cita el *reglamento sobre la libertad de imprenta*, la *transparencia* y el *acceso a documentos*.<sup>341</sup> En España el Tribunal Constitucional ha reconocido un “núcleo” de “valores y principios” de la Constitución española resistente a la integración, aunque ha dejado abierto su contenido preciso.<sup>342</sup> Sólo Holanda establece un simple obstáculo procedimental para la transferencia de derechos de soberanía (artículo 91.3 Grondwet).

La existencia de límites —muchas veces incluso irreformables— de carácter jurídico-constitucional a la cesión de derechos de soberanía o a la apertura de la estatalidad, desde luego no implica que por causa de ellos se llegue a frenar definitivamente el progreso de la integración europea. Su consecuencia es que los pasos correspondientes ya no se darán sobre la base del derecho constitucional vigente, sino que será necesario —dependiendo del alcance de la apertura— una reforma constitucional o la sustitución de la Constitución vigente por una nueva. Esto último puede causar dificultades considerables, pero no por ello insalvables. Mientras que en algunos casos se procura obviar estas “garantías de eternidad” por medio de una interpretación pro-Europa, una reinterpretación o simplemente dejando de tomarlas en consideración,<sup>343</sup> en Francia tales dificultades no pasan de ser un obstáculo teórico. Si bien el Consejo Constitucional en su resolución *Maastricht II* identificó la existencia de una “garantía de eternidad” en el artículo 89.5 CF que en principio puede ser importante con miras a la integración europea, más tarde la declaró como no justiciable indicando que en el marco de un referendo de reforma de la Constitución es al pueblo a quien corresponde velar

Österreich”, en Hummer (ed.), *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, 1998, pp. 297 y ss.

<sup>341</sup> Nergelius, IPE, § 22, margs. 19, 34.

<sup>342</sup> STC 64/1991; DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, margs. 21, 63 ss.

<sup>343</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 31, 40, 44.

por los límites de la reforma,<sup>344</sup> lo cual ciertamente desdibuja la distinción entre los *pouvoirs constitués* y el *pouvoir constituant*. La situación sólo está clara en aquellos Estados miembros que conocen la figura del cambio de Constitución, la sustitución constitucional, de la revisión total o de la modificación íntegra.<sup>345</sup> Así, por ejemplo, en Austria, donde la “modificación total de la Constitución Federal” con arreglo al artículo 44.3 de la Ley Federal Constitucional sirve para proteger la identidad nacional frente al legislador de reforma de la Constitución.<sup>346</sup> En el caso de Alemania se impone cada vez con más fuerza la idea de que la Ley Fundamental alemana contiene una solución semejante a la de Austria y de tal modo las afectaciones a la “garantía de eternidad” del artículo 79.3 LF pueden tener lugar a través del plebiscito previsto en el artículo 146 de la LF.<sup>347</sup>

### B. Soberanía, estatalidad y democracia

Si bien en la mayoría de los Estados europeos la renuncia a la estatalidad mediante la incorporación y subordinación a un Estado federal europeo en el proceso de integración aparece lejano en el tiempo, la conversión de la UE en un Estado es objeto de amplio debate de tal modo que los constitucionalistas nacionales —a diferencia del gremio de los comentaristas—<sup>348</sup> tienen dificultades con esa idea. En este sentido la preservación de la estatalidad en el proceso de integración que avanza constituye una

<sup>344</sup> CC núm. 2003-469 DC del 26.3.2003, Rec. Cons. Constitución, p. 293 – *Révision constitutionnelle*; Jouanjan, IPE, § 2, marg. 47.

<sup>345</sup> Huber (N. p. 23), § 4, marg. 60 ss.

<sup>346</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 35.

<sup>347</sup> Huber, P. M., en Sachs (ed.), *GG*, 2003, artículo 146, marg. 7 ss.; Schäuble, W., “Das Grundgesetz zwischen Bestand und Veränderung”, en Huber (ed.), *Das Grundgesetz zwischen Bestand und Veränderung*, en imprenta.

<sup>348</sup> Para diferenciar entre “communitaristas” y “constitutionnalistas”: Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 51.

preocupación general,<sup>349</sup> mientras que su clasificación jurídico-dogmática es extremadamente heterogénea. En Francia, por ejemplo, muchos *ius publicistas* cuestionan el carácter constitucional de los tratados (Tratado de la UE, TCE), entendiendo y asumiendo la integración como “política exterior” de un Estado soberano. El núcleo de la cuestión es la defensa del “modelo francés” republicano identificado con el *service public* contra la presión de liberalización europea que llega hasta los límites de la identidad nacional.<sup>350</sup> En Alemania y Austria,<sup>351</sup> en cambio, el asunto es la definición de una identidad nacional entendida de forma jurídico-constitucional. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó expresamente abierto el interrogante acerca de si el artículo 20.1 de la Ley Fundamental —protegido por el artículo 79.3 de la misma— reserva la *estatalidad* de Alemania frente a la integración. La opinión dominante obviamente lo afirma<sup>352</sup> y asume que ni siquiera con una reforma constitucional es posible legitimar la anexión de Alemania a un Estado federal europeo.<sup>353</sup> Al hacerlo, con toda razón se basa en la presunción de que en un Estado nacional —abierto— la Ley Fundamental es la última instancia decisoria vinculante en la cual el pueblo alemán ejerce su derecho a la autodeterminación. Ello presupone, precisamente, aquel mínimo de soberanía jurídico-internacional que no les corresponde a los Estados miembros de un Estado federado, pues ellos en definitiva son —para decirlo con las palabras de J. Isensee— “Estados sin caso de guerra”. Sin embargo, la admisibilidad de una “adhesión” a un Estado federado europeo y la existencia de una *prohibición de adhesión* ocupan prácticamente a todos los ordenamientos constitucionales europeos. Aunque con frecuencia

<sup>349</sup> España: DTC 1/2004; López Castillo, IPE, § 24, marg. 69; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 23.

<sup>350</sup> Haguenau-Moizard, IPE, § 15, marg. 51 ss.

<sup>351</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 35.

<sup>352</sup> Grewe, W. G., *Auswärtige Gewalt*, en Isensee y Kirchhof (eds.), *HStR*, III, 1996, § 77, marg. 75; Calliess, Chr., “*Auswärtige Gewalt*”, *ibidem*, 2006, § 83, marg. 14.

<sup>353</sup> Dejado abierto en BVerfGE 89, 155, 188 – *Maastricht*.

menos dogmáticamente explícito, con ello también se subraya el rechazo de una subordinación del orden constitucional respecto a un Estado federal europeo.<sup>354</sup>

Como consecuencia de la prohibición de ingreso, también existe prácticamente un consenso acerca del hecho de que los Estados miembros deben conservar el derecho de retirada unilateral de la UE (tal como reconocía expresamente el artículo I-60 TCE,<sup>355</sup> ahora regulado en el artículo 50 del TEU-Lisboa). Dogmáticamente, este derecho se hace derivar de la garantía de la estatalidad, o del núcleo<sup>356</sup> resistente a la integración del principio democrático concebido a escala nacional.<sup>357</sup> Sólo con un derecho de retirada de ese tipo se podrá decir que el Estado está aún en posición de decidir como responsable último respecto de su propio futuro, de su población y territorio y si aún puede ejercer su derecho a la libre autodeterminación.<sup>358</sup> Privado del derecho de retirada, el Estado no podría librarse de una derrota en las votaciones en los órganos de la UE, ni siquiera en aquellos casos en los que la mayoría vaya en contra de sus intereses elementales.

En lo que respecta a Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha definido como parte del contenido intangible del principio de democracia la relación de legitimación y de imputación entre el poder público y el pueblo. En otras palabras, que “el ejercicio de tareas y atribuciones públicas... tienen su origen fundamentalmente en el pueblo y por principio se debe rendir cuen-

<sup>354</sup> Países Bajos: Wessel/van de Griendt, IPE, § 19, marg. 60 a mi entender; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 17.

<sup>355</sup> Italia: Panara, IPE, § 18, marg. 40, con la condición establecida de que en Italia una salida de la UE requeriría de una reforma de la Constitución; Polonia: Biernat, IPE, § 21, margs. 40, 46; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 62.

<sup>356</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 40.

<sup>357</sup> Véase también BVerfGE 89, 155, 190 – *Maastricht*; Di Fabio (N. p. 44), p. 124; Huber, *Maastricht – ein Staatsstreich?* (Maastricht – un golpe de Estado) (N. p. 44), p. 40 s.; mismo autor (N. p. 23), § 4, marg. 58.

<sup>358</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 48, habla con miras a España de una “responsabilidad restante” del Estado nacional.

ta de ellas ante éste” (artículo 79.3 de la LF).<sup>359</sup> Ciertamente el Tribunal Constitucional alemán ha admitido el desgaste del principio democrático y de la soberanía popular alemana en relación con el *derecho de sufragio* en el ámbito local en consideración a la especial legitimación constitucional de la integración europea en términos admitidos como compatibles con la previsión del artículo 79.3 de la LF, no obstante declarado que la extensión de este derecho de sufragio a los *Länder* y al Parlamento federal o Bundestag entraría en colisión con el artículo 79.3 de la LF.<sup>360</sup> Se ha puesto con ello un límite definitivo al desarrollo ulterior de la ciudadanía comunitaria (artículo 22 Tratado de la CE), al menos desde la perspectiva alemana.<sup>361</sup>

### C. La cuestión de los “señores de los tratados”

No sólo según el criterio alemán, los Estados miembros deben ser y seguir siendo —como lo formula el Tribunal Constitucional Federal— “señores de los tratados”.<sup>362</sup> En este sentido, el principio de la soberanía del pueblo también descarta la concesión de autonomía constitucional a la UE, es decir, la posibilidad de decidir en forma autónoma sobre su “derecho constitucional” hacia los tratados. Por lo tanto, el artículo 20, apartados 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana y garantías comparables parten de la premisa de que al menos el “derecho constitucional comunitario” es legitimado por el elector nacional respectivo.<sup>363</sup> Una faceta de este problema lo constituye la *competencia de competencias*,

<sup>359</sup> BVerfGE 89, 155, 182 – *Maastricht*.

<sup>360</sup> BVerfGE 83, 37, 59 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*.

<sup>361</sup> Acerca de los límites de la igualdad de los ciudadanos comunitarios, véase *Wollenschläger* (N. p. 297), p. 335 ss.; acerca de su carácter dinámico, véase *idem*, pp. 115 s., 324 s., 357 s.

<sup>362</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 48.

<sup>363</sup> *Ibidem*, marg. 25, acerca de la prohibición de la Constitución española de abrir el derecho constituyente a la integración.

que igualmente debe permanecer con los Estados miembros.<sup>364</sup> El principio de atribución, que aparecía regulado en el artículo I-11, apartado 1, párrafo 1 del Tratado Constitucional,<sup>365</sup> se encuentra actualmente previsto en el artículo 5 del TUE-Lisboa.

Los Estados miembros se están viendo expuestos también a una paulatina *erosión de sus competencias* a causa de la continua ampliación de las competencias individuales de la UE. En tal sentido no solamente se objeta la constitucionalidad de algunas cesiones de competencia sino también el hecho de que cada cesión individual es parte de un proceso a largo plazo que amenaza con minar los fundamentos constitucionales de los Estados miembros. Mientras que por un lado el Tribunal Constitucional Federal alemán exige que las competencias nacionales deberían dominar en la UE, que los Estados miembros deberían seguir siendo centros de decisión democráticamente legítimos y que “una mayoría de funciones y competencias” deberían permanecer en manos de los Estados nacionales, sobre cuyo cumplimiento (para el caso de Alemania) debería decidir en primer término el Parlamento alemán o Bundestag,<sup>366</sup> el Tribunal Constitucional polaco emplea la formulación de que la transferencia de competencias a la UE no debe tocar “el núcleo de los derechos soberanos”. Sería el caso, por ejemplo, cuando por ello deje de tener sentido la existencia de un órgano del Estado.<sup>367</sup>

#### D. Estructura estatal interna de los Estados miembros

En Alemania, el artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental sustrae en tres ocasiones la estructura federal de la capacidad de

<sup>364</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 35; también Nergelius, IPE, § 22, marg. 58; López Castillo, IPE, § 24, marg. 19, tematiza esto como prohibición de desappropriarse de todas las competencias; Sonnevend, IPE, § 25, marg. 24.

<sup>365</sup> Sommermann, IPE, § 14, marg. 35.

<sup>366</sup> BVerfGE 89, 155, 186 – *Maastricht*.

<sup>367</sup> Tribunal Constitucional polaco, sentencia K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 17.

reforma del legislador constitucional: la división de la Federación en Estados federados o *Länder*, su participación por principio en el Poder Legislativo y el principio del Estado federal contenido en el artículo 20, apartado 1 de la Ley Fundamental. Según la jurisprudencia —por supuesto no referida a la UE— esta última exige particularmente que en virtud de la paulatina erosión de competencias los *Länder* no pueden ir cayendo hasta convertirse en “corporaciones territoriales a la máxima potencia”, sino que les debe quedar un “núcleo de funciones propias inalienables”.<sup>368</sup> Pero también en Austria el principio de estatalidad federal forma parte de las “leyes de construcción de la Constitución Federal”, y en Suiza, anticipándose a una posible adhesión, ya se está discutiendo sobre si la condición de Estado miembro en la UE afectaría el “núcleo esencial” del federalismo.<sup>369</sup>

### E. *El contenido esencial de los derechos fundamentales*

El “contenido esencial de los derechos fundamentales” o una “tutela constitucional comparable en su esencia” con la Constitución nacional, los “estándares de protección irrenunciables de las garantías constitucionales”, los “derechos inviolables del hombre” o la “protección de derechos y libertades” tal como están establecidos en la respectiva Constitución nacional y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Alemania,<sup>370</sup> Italia,<sup>371</sup>

<sup>368</sup> BVerfGE 34, 9, 19 s.; Sommermann, IPE, § 14, marg. 26.

<sup>369</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 29.

<sup>370</sup> BVerfGE 37, 271, 280 ss. – *Solange I*; E 73, 339, 376 – *Solange II*; E 89, 155 – *Maastricht*; E 102, 147, 164 – *Bananenmarkt*; Huber, P. M., “Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung”, *AöR*, 116 (1991), pp. 210, 235 y ss.; Dreier, H. (ed.), *GG*, tomo I, 2004, artículo 19 apartado 2, marg. 5; detalles sobre la discusión en Huber (N. p. 23), § 4, marg. 28.

<sup>371</sup> Corte Costituzionale, sentencia núm. 183 del 27 de diciembre de 1973 – *Frontini*; Panara, IPE, § 18, marg. 33 ss.

Polonia,<sup>372</sup> Suecia,<sup>373</sup> España,<sup>374</sup> y otros Estados miembros forman parte de las garantías a prueba de integración de la Constitución nacional. La forma en que éstas se han de determinar en cada caso en particular presenta dificultades sobre todo en aquellos casos en los que —como en Alemania— sólo se exige un estándar de protección reducido.<sup>375</sup> Esto se torna aún más complicado cuando se hace la distinción entre requisitos jurídico-constitucionales “simples” y requisitos constitucionalmente irreformables. Con miras a la situación jurídica alemana es mucho lo que habla en favor de la idea desarrollada por G. Dürig<sup>376</sup> de que casi todo derecho fundamental alberga un contenido relativo a la dignidad humana,<sup>377</sup> que constituye *a su vez el contenido esencial y que pertenece por consiguiente a la categoría de los principios irreformables e inmutables al proceso de integración que contiene el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn.*<sup>378</sup>

### III. DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL CEDH

Por mucho tiempo el CEDH existió a la sombra de las Constituciones nacionales, pues la mayoría de los Estados europeos habían partido del supuesto de que de todos modos la tutela constitucional de los derechos fundamentales estaba muy por enci-

<sup>372</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 17.

<sup>373</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 13.

<sup>374</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 69.

<sup>375</sup> Sentando bases Streinz, R., *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989.

<sup>376</sup> Dürig, G., en Maunz y Dürig (eds.), *GG*, artículo 79, marg. 49.

<sup>377</sup> En detalle Huber, en v. Mangoldt y otros (eds.) (N. p. 257), artículo 19 apartado 2, marg. 127 ss.

<sup>378</sup> Huber, en v. Mangoldt y otros (eds.) (N. p. 257), artículo 19 Abs. 2 marg. 136 s.; Brenner, A. M., “Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts”, *Der Staat*, 32 (1993), S. 493, 507; Geddert-Steinacher, T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, pp. 188 y ss.; crit. Zacharias, D., “Die sog. Ewigkeitsgarantie des Artikel 79 Abs. 3 GG”, en Thiel (ed.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, pp. 57, 77 y ss.

ma del nivel exigido internacionalmente.<sup>379</sup> Sin embargo, con el tiempo el CEDH ha adquirido un papel clave e imprescindible para el derecho constitucional en el espacio jurídico europeo. Al garantizar a cada uno un estándar constitucional mínimo común frente a todos los Estados europeos e incluso al tender a resguardarlo de posibles erosiones como las derivadas de la transferencia de derechos de soberanía,<sup>380</sup> ha llegado a ser una especie de carta magna del ciudadano europeo que desplaza progresivamente a un segundo plano las garantías constitucionales paralelas existentes a nivel de la Unión y a nivel nacional. Cada vez más, el CEDH sirve también de modelo para los catálogos de derechos fundamentales en Constituciones nacionales más recientes.<sup>381</sup>

### *1. La incorporación del CEDH en el orden jurídico nacional (parcial)*

Aunque creado ya en 1950, transcurrió mucho tiempo hasta que el CEDH fuera reconocido sin limitaciones en todos los Estados del espacio jurídico europeo.<sup>382</sup> A causa de la Guerra de Argelia, por un lado, debido a que temía efectos negativos para su soberanía y su radio de acción político, por el otro, pero en parte también por temor a una “perturbación” o incluso una “reducción” de los estándares nacionales de protección, Francia, uno de los Estados signatarios, tardó casi un cuarto de siglo en ratificar el CEDH.<sup>383</sup> No fue sino hasta después de la muerte del presidente gaullista Pompidou, que el presidente del Senado, Alain Poher, quien ejercía como jefe de Estado interino, aprovechó el momen-

<sup>379</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 55; Países Bajos: Wessel/van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46.

<sup>380</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 24833/94, sentencia del 18 de febrero de 1999, *Revista Europea de Derechos Fundamentales (EuGRZ)* 1999, p. 200 – *Matthews/Reino Unido*.

<sup>381</sup> Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 7; Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 61.

<sup>382</sup> Suiza: Keller, IPE, § 23, marg. 9.

<sup>383</sup> Haguena-Moizard, IPE, § 15, margs. 4, 39 ss.

to para depositar el acta de ratificación. La demanda individual apenas fue admitida en 1981,<sup>384</sup> en Grecia lo fue sólo en 1985.<sup>385</sup> En lo que respecta al CEDH, Gran Bretaña, que sigue el modelo dualista, se limitó a asumir las obligaciones de derecho internacional a finales del siglo XX, aunque se abstuvo de incorporarlas al derecho nacional. Eso cambió sólo con el Human Rights Act 1998 (HRA 1998), que finalmente también hace posible la demanda individual ante el TEDH.<sup>386</sup> Sin embargo, varios Estados manifestaron reservas, entre ellos Alemania, por ejemplo, a la así llamada Cláusula de Nuremberg en el artículo 7, apartado 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>387</sup> mientras que el HRA 1998 en Gran Bretaña sólo incorporó una parte del mismo, si bien la parte esencial.<sup>388</sup>

La incorporación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al orden constitucional nacional varía sustancialmente de país a país. En algunos países, sobre todo en Austria, tiene vigencia con rango constitucional desde 1964,<sup>389</sup> lo que trajo como consecuencia que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo prácticamente han desplazado los derechos fundamentales austriacos originarios de la Ley Fundamental del Estado de 1867.<sup>390</sup> En Italia, el artículo 117 apartado 1 incorporado a la Constitución italiana concedió a los tratados internacionales —y con ello también al CEDH— rango constitucional, lo que trajo como consecuencia que cualquier violación del legislador sólo podría ser determinada por la Corte Costituzionale.<sup>391</sup> También en Gran Bretaña —si es que se admite la jerarquización fáctica de las

384 Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 41.

385 Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 47.

386 Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 46 y s.

387 BVerfGE 95, 96, 134 s. – *Mauerschützen*.

388 Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 49 y s.

389 *Gaceta Federal* [Austria] 1964/59.

390 Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 59, 68.

391 Panara, IPE, § 18, marg. 60. Sin embargo, está por verse hasta qué punto la Corte Costituzionale seguirá esta interpretación.

leyes británicas—<sup>392</sup> el CEDH ha adquirido una especie de calidad constitucional material, en la medida en que sus estipulaciones sean coincidentes con las del HRA 1998.

No obstante, la mayoría de los Estados europeos concede al CEDH el mismo rango que a otros tratados internacionales. Por eso en Francia (artículo 55 CF), Grecia (artículo 28, apartado 1 Constitución griega), Holanda (artículo 93 s. Grondwet),<sup>393</sup> Polonia,<sup>394</sup> Suiza<sup>395</sup> y Hungría<sup>396</sup> precede a las leyes nacionales, posee “una autoridad superior que la de las leyes nacionales”,<sup>397</sup> mientras que en Alemania (artículo 59, apartado 2 Ley Fundamental alemana),<sup>398</sup> en Gran Bretaña<sup>399</sup> y en Suecia<sup>400</sup> sólo posee el rango de una ley simple.

Es obvio que la importancia del CEDH y del TEDH para el derecho constitucional nacional es particularmente alta en aquellos países donde aquél tiene rango constitucional. Por ello en Austria, conjuntamente con los protocolos adicionales, no solamente constituye el “núcleo del acervo constitucional de derechos fundamentales”.<sup>401</sup> Como el derecho constitucional austriaco no conoce el “recurso de inconstitucionalidad de sentencia”, el CEDH es también el único canon de constitucionalidad de las sentencias emanadas de los tribunales civiles.<sup>402</sup>

Sin embargo, en aquellos países en los que no goza de rango constitucional, el CEDH se erige paulatinamente en canon

<sup>392</sup> Véase al respecto Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 39.

<sup>393</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46.

<sup>394</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 54.

<sup>395</sup> Keller, IPE, § 23, margs. 57, 61.

<sup>396</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 40 ss.

<sup>397</sup> Hagenau-Moizard, IPE, § 15, margs. 43, 49 s.; Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 48.

<sup>398</sup> BVerfGE 111, 307, 317 – *Görgülü*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 56.

<sup>399</sup> Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 56.

<sup>400</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 64.

<sup>401</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, margs. 59, 64.

<sup>402</sup> *Ibidem*, § 20, marg. 65.

de evaluación de hechos referidos a derechos fundamentales,<sup>403</sup> independientemente de si la vinculación de entes nacionales al CEDH y la jurisprudencia del TEDH obedece a una disposición constitucional o legal o a la formación del derecho por parte de los jueces. En Italia,<sup>404</sup> Holanda (artículos 93 y 94 Grondwet),<sup>405</sup> Polonia (artículo 91, apartado 1 y 2 Constitución polaca),<sup>406</sup> Suecia, Suiza<sup>407</sup> y España<sup>408</sup> el CEDH ha adquirido cada vez más el papel de una “constitución paralela” jurídico-internacional.<sup>409</sup> De esta manera es posible basar directamente en él demandas negativas y de eliminación y el Convenio también constituye la base para reclamaciones por indemnización.<sup>410</sup> Aún más, en todos los países el CEDH sirve de patrón para la interpretación del derecho nacional.<sup>411</sup> Esto es válido para Francia, donde la Cour de Cassation y el Conseil d’Etat por lo general sólo interpretan el derecho nacional a la luz del —en realidad preminente (artículo 55 CF)— CEDH y al hacerlo también toman en consideración el “espíritu” de la jurisprudencia del TEDH,<sup>412</sup> situación que llega al extremo de adop-

<sup>403</sup> Un ejemplo impresionante de la anticipación de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se halla en Nergelius, IPE, § 22, marg. 69.

<sup>404</sup> Panara, IPE, § 18, marg. 61 y s. Sin embargo, de los tribunales superiores italianos sólo la Corte di Cassazione parte del supuesto de que del CEDH se pueden derivar en forma inmediata derechos de los ciudadanos, es decir, que no hay mediatización a través del derecho nacional.

<sup>405</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, margs. 49 y ss.

<sup>406</sup> Biernat, IPE, § 21, marg. 55.

<sup>407</sup> Keller, IPE, § 23, margs. 50 y 64.

<sup>408</sup> López Castillo, IPE, § 24, margs. 86 y ss.

<sup>409</sup> En las jurisprudencias de Italia, Polonia y Suecia aún no ha quedado definitivamente claro hasta qué punto puede constituir el CEDH en forma inmediata la base para reclamaciones de los ciudadanos contra el Estado.

<sup>410</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 68.

<sup>411</sup> Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 55; Suecia: Nergelius, IPE, § 22, marg. 62.

<sup>412</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 44 ss. Con ejemplos de la influencia del artículo 6 CEDH sobre los códigos de Procesamiento Civil y Penal, así como el procedimiento ante los tribunales profesionales, del artículo 8 CEDH sobre el artículo 9 del Código Civil, del artículo 3 CEDH sobre el procedimiento de expulsión con puesta en la frontera.

tar por parte del Conseil d'Etat la prohibición para las escolares de llevar el velo islámico —decisión *Leyla Sahin/Turquía*—. <sup>413</sup> Sin embargo, también es válido para la mayoría de la jurisprudencia en Italia, Polonia o Hungría. <sup>414</sup>

## 2. *Importancia del CEDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el derecho constitucional nacional*

En mayor o menor grado, al interpretar el derecho nacional, examinando la relación entre las garantías de derechos fundamentales de las Constituciones nacionales y el CEDH, hoy en día se puede comprobar una *interpretación conforme con los derechos humanos* que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH toman en consideración. Algunas Constituciones —por ejemplo artículo 10, apartado 2 de la CE<sup>415</sup> o artículo 10 de la Constitución de Rumania— incluso establecen expresamente el mandato de una interpretación de los derechos fundamentales nacionales “conforme con los derechos humanos”. Mientras que en los Estados miembros de la UE hasta entrados los años noventa se partía mayoritariamente del supuesto de que el nivel de protección alcanzado por la respectiva Constitución nacional era tan superior al estándar (mínimo) del CEDH que éste carecía de importancia práctica, mientras tanto los tribunales (constitucionales) subrayan que a la luz de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la UE —y eso significa a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH— los derechos fundamentales de la Constitución nacional siempre que sea posible deberán interpretarse de manera “conforme con los derechos humanos”. <sup>416</sup> En ese

<sup>413</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, margs. 48, 50.

<sup>414</sup> Sonnevend, IPE, § 25, marg. 43.

<sup>415</sup> López Castillo, IPE, § 24, marg. 72.

<sup>416</sup> Alemania: BVerfGE, 358, 370; E 111, 307, 317 s. – *Görgülü*; Sommermann, IPE, § 14, marg. 53 ss.; acerca de las consecuencias procesales, véase Grabenwarter, C., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht” (Derecho constitucional europeo y nacional), *VVDStRL*, 60 (2001), p. 290, 306; Italia:

sentido también el Conseil Constitutionnel considera al CEDH como “fuente de inspiración”,<sup>417</sup> mientras que en Gran Bretaña ya se había impuesto una interpretación conforme del *common law* antes de la promulgación del HRA 1998.<sup>418</sup> El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, lo considera “criterio de interpretación valioso para confirmar el sentido y el alcance del derecho fundamental concreto reconocido por nuestra Constitución”.<sup>419</sup> Aun cuando de esta interpretación conforme —fundamentado en Alemania en el artículo 1, apartado 2 de la Ley Fundamental alemana, en Grecia en el artículo 2, apartado 2 de la Constitución griega—<sup>420</sup> no resulta una primacía del CEDH y de su concreción por parte del TEDH sobre la Constitución nacional, al final ciertamente conduce a un creciente paralelismo de los estándares de protección de los derechos fundamentales a nivel europeo y nacional.<sup>421</sup>

Mientras que la salvaguarda de los derechos fundamentales del CEDH va más allá que la Constitución griega,<sup>422</sup> del HRA 1998 o también de la forma de gobierno de Suecia<sup>423</sup> y por lo tanto las complementa, aquellos Estados que disponen de un estándar de derechos fundamentales reconocido y comprobado debieron constatar con sorpresa en los últimos años, que la influencia del CEDH y del TEDH también puede obligarles a efectuar correcciones en la parte dogmática de su Constitución nacional. Sobre todo en el caso de relaciones multipolares entre derechos fundamentales puede llegarse a modificaciones de las formas de solución de conflictos vigentes hasta ahora en la relación entre los

Parana, IPE, § 18, marg. 62 ss.; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 56; Hungría: Sonnevend, IPE, § 25, marg. 43.

<sup>417</sup> Haguena-Moizard, IPE, § 15, margs. 48, 50.

<sup>418</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, margs. 42 ss., 49.

<sup>419</sup> STC 292/2000; López Castillo, IPE, § 24, marg. 76.

<sup>420</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 52.

<sup>421</sup> Véase también López Castillo, IPE, § 24, marg. 74.

<sup>422</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, margs. 53, 56.

<sup>423</sup> Nergelius, IPE, § 22, marg. 66.

derechos de la personalidad y las libertades de comunicación,<sup>424</sup> en colisiones entre el bienestar del niño y el derecho de custodia de los padres<sup>425</sup> y en el futuro probablemente en la evaluación del ordenamiento dual del espacio radioeléctrico y la posición de la que disfrutaban los entes públicos de radio y televisión.<sup>426</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán exige a los jueces especializados una ponderación entre la vinculación con la jurisprudencia del TEDH y las consecuencias que ello podría acarrear para áreas codificadas del derecho.<sup>427</sup> Suecia ha tenido una experiencia comparable: a pesar de que al ratificar el CEDH, el gobierno consideró prácticamente imposibles los conflictos con el derecho sueco, posteriormente han surgido una serie de áreas de fricción.

Los Estados europeos tienen problemas principalmente con el *derecho a un proceso equitativo y sin dilaciones indebidas* del artículo 6 del CEDH. Es de hacer notar que la conformación institucional de la tutela judicial efectiva a través de tribunales independientes ha sido y es deficitaria en una serie de Estados miembros. En este sentido Gran Bretaña,<sup>428</sup> Holanda,<sup>429</sup> Austria<sup>430</sup> y

<sup>424</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 59320/00, sentencia del 24 de junio de 2004, rep. 2004-VI = NJW 2004, p. 2647 – *von Hannover/Deutschland*; BVerfGE 97, 125 – *Caroline von Monaco I*; E 101, 361 – *Caroline von Monaco II*.

<sup>425</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 74969/01, sentencia del 26 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 3397 – *Görgülü/Deutschland*; BVerfGE 111, 307 – *Görgülü*.

<sup>426</sup> Huber, P. M., “Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen”, *BayVBl.*, 2004, pp. 609 y 616; Sommermann, IPE, § 14, marg. 60. Para el derecho civil austriaco esto ya rige por el solo hecho de que, a falta de un recurso de inconstitucionalidad de sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aquí es una especie de “Tribunal Constitucional sustitutivo”, Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 65.

<sup>427</sup> BVerfGE 111, 307, 319 – *Görgülü*; E 112, 1, 25 – *SBZ-Enteignungen*.

<sup>428</sup> Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 61.

<sup>429</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 53 s.

<sup>430</sup> Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 67 acerca del alcance del control del Tribunal Contencioso-Administrativo de Austria.

Suecia presentaron deficiencias sustanciales —es decir, de origen histórico— que condujeron a medidas de reorganización de largo alcance. Además, prácticamente todos los Estados europeos adolecen de deficiencias más o menos graves en cuanto a dilaciones indebidas en la tutela judicial.<sup>431</sup>

### 3. *El CEDH y el espacio jurídico europeo*

A pesar de que el Consejo de Europa y el TEDH —a diferencia de la UE y el TJCE— no son entes “supranacionales” a los cuales los Estados miembros transfieren el ejercicio de derechos de soberanía frente a los ciudadanos, es decir, como sólo se trata de relaciones jurídicas de derecho internacional público entre los Estados signatarios de la Convención y de relaciones jurídicas de derecho público entre Estado y ciudadano, la jurisprudencia del TEDH ha ganado sustancialmente en poder de penetración durante los últimos años. A ello contribuye, sobre todo, la posibilidad de la demanda individual (artículo 34 CEDH) introducida en los años noventa, de la que los ciudadanos de Europa están haciendo uso en tal medida, que el TEDH amenaza de colapso bajo la avalancha de demandas.<sup>432</sup> Pero también contribuye a ello el hecho de que el TJCE se oriente minuciosamente con la jurisprudencia del TEDH. A pesar de que inicialmente impidió el ingreso de la UE al CEDH,<sup>433</sup> después de 1974 basó la totalidad de su jurisprudencia relativa a la protección de los derechos fundamentales (artículo 6, apartado 2 UE) de forma determinante en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH que la concretiza, estando dispuesta

<sup>431</sup> Grecia: Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 57; Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 57 haciendo referencia a Corte Europea de Derechos Humanos, núm. 30210/96, sentencia del 26 de octubre de 2000, rep. 2000-XI – *Kudla/Polen*; España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 81.

<sup>432</sup> Cifras para Francia: Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 42; para los Países Bajos: Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 46; para Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 57; para España: López Castillo, IPE, § 24, marg. 79.

<sup>433</sup> TJCE, Dictamen 2/94, Slg. 1996, I-1759 – *Gutachten EMRK*.

incluso a corregir su propia jurisprudencia.<sup>434</sup> De esta manera el CEDH participa de forma indirecta<sup>435</sup> también en la primacía del derecho de la Unión. Finalmente, las condiciones distintas imperantes desde 1989-1990 podrían constituir otra razón para su marcha triunfal, la recién ganada franqueza y transparencia de los sistemas constitucionales nacionales de Europa central y del este, la aspiración de esos Estados y también de Turquía por ingresar a la UE y los “criterios de Copenhague”<sup>436</sup> formulados por el Consejo de Europa en junio de 1993 como condición para ello.

En líneas generales, el CEDH y el TEDH tienen un efecto armonizador sobre el derecho constitucional nacional, tanto desde el punto de vista institucional como del material. Así, para Francia se puede comprobar, por ejemplo, que la influencia del CEDH ha elevado el papel de los derechos individuales en el proceso contencioso-administrativo acercándolos a la concepción alemana.<sup>437</sup> El derecho constitucional británico se ve expuesto a una creciente “presión de juridificación”<sup>438</sup> por la influencia del CEDH, lo cual hace que se desdibujen aún más las diferencias existentes con el continente. Especialmente la posibilidad de acogerse a los derechos del CEDH ante cualquier tribunal creado con el HRA 1998 no sólo ha cambiado la posición del individuo frente al poder público, sino también la postura de los tribunales frente al legislador. Los tribunales superiores británicos hoy en día tienen la posibilidad de la llamada *Declaration of Incompatibility*,<sup>439</sup> que si bien no da pie para un derecho de desestimación, sí trae consigo

<sup>434</sup> Compare en TJCE, Res. Conj. 46/87 y 222/88, Repertorio 1989, 2859, 17 s. – *Hoechst/Kommission*, frente a Res. C-94/00, Slg. 2002, I-9011, 29 – *Roquette Frères*.

<sup>435</sup> Acerca de esta discusión en Grecia, véase Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 49.

<sup>436</sup> Conclusiones del Consejo de Europa de Copenhague, Bol. CE 6/1993, p. 13; *Chr. Calliess*, en: Calliess/Ruffert (eds.), *Verfassung der Europäischen Union*, 2006, artículo I-1, marg. 56.

<sup>437</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 48.

<sup>438</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 61.

<sup>439</sup> *Ibidem*, margs. 51 y ss., esp. 58.

una modificación acelerada de la ley. Esto es válido en forma parecida para Holanda, donde a los tribunales tampoco les asiste un derecho de revisión en cuanto a la constitucionalidad de las leyes (artículo 120 Grondwet), pero sí la facultad de imponer la primacía del CEDH sobre la Constitución.<sup>440</sup> Asimismo, en Suecia y en Suiza,<sup>441</sup> que no conocen el derecho de revisión y de desestimación de los tribunales en cuanto a las leyes federales, la invocación del CEDH finalmente abre a los tribunales competentes un significativo aumento de su competencia.

Desde el punto de vista material, el examen trifásico de las violaciones de derechos humanos que practica el TEDH apoyándose en la dogmática jurídica alemana de los derechos fundamentales,<sup>442</sup> ha relegado filigranas jurídicas nacionales (desarrolladas con el tiempo) a un segundo plano. Esa estructura relativamente clara tiene la incalculable ventaja de ser susceptible de ser adoptada en la totalidad del espacio jurídico europeo. Eso no debería perderse de vista en el desarrollo de nuevos enfoques en la jurisdicción (constitucional) nacional. Sobre todo, el Tribunal Constitucional Federal alemán desde hace tiempo corre el peligro de alejarse y aislarse del acervo común europeo.<sup>443</sup>

<sup>440</sup> Wessel y van de Griendt, IPE, § 19, marg. 52.

<sup>441</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 63 con miras al control de leyes federales por parte del Tribunal Federal.

<sup>442</sup> Acerca de la influencia de los jueces británicos, véase Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 62 s.

<sup>443</sup> Véase por ejemplo BVerfGE 102, 197 y ss. – *Spielbanken BW*; E 105, 252 y ss. – *Glykol*; E 105, 279 ss. – *Osho*; Tribunal Constitucional Federal, resolución del 13 de junio de 2006, 1 BvR 1160/03 = NJW 2006, p. 3701 – Adjudicación de órdenes por debajo de los valores límites; Hoffmann-Riem, W., “Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch”, *AöR*, 130 (2005), pp. 5 y ss.; crít. Huber, P. M., “Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe”, *JZ*, 2003, p. 290; Kahl, W., “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt”, *Der Staat*, 43 (2004), p. 167; del mismo autor, “Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik”, *AöR*, 131 (2006), p. 579.

#### IV. CONCEPCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL INTEGRADA SEGÚN LA PERSPECTIVA EUROPEA

Con el avance de la integración y ampliación de la CE y a la UE, que hasta ahora han proporcionado a todos los Estados miembros tanto paz como consolidación política, jurídico-estatal y económica, los intereses específicos de los Estados miembros pasan cada vez más a un segundo plano. Mientras tanto, la federación de Estados y Constituciones de la UE —en algunos aspectos esto es válido también para el espacio jurídico europeo más allá de la Unión— se ha convertido en el marco regulatorio dentro del cual los Estados nacionales de Europa conservan su identidad nacional (artículo 6, apartado 3 UE / artículo I-5 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa —TCE— y ahora en el artículo 4.2 TUE-Lisboa) al tiempo que las estructuras de los Estados nacionales pueden trascender allí donde ello sea necesario en el interés de la paz, la libertad, la justicia social y solidaridad, la sostenibilidad ecológica y la autoafirmación internacional en el proceso de globalización.<sup>444</sup> En dicho sentido, el interés nacional determina el tipo y la magnitud de la participación en la UE y demás instituciones de la integración europea.<sup>445</sup>

##### 1. *“Derecho constitucional europeo” nacional como fundamento del espacio jurídico europeo*

La disposición de los Estados nacionales europeos a abrir su ordenamiento jurídico a la influencia del derecho internacional público, al derecho y los actos jurídicos de organizaciones internacionales y supranacionales, así como a los actos de otros Estados y a prescindir —en distinta medida— del requerimiento de

<sup>444</sup> Huber (N. p. 23), § 6, marg. 16; del mismo autor (N. p. 110), pp. 194, 240 y ss.; España: López Castillo, IPE, § 24, margs. 32, 36 s.

<sup>445</sup> Tan explícito para el Consejo Federal Suizo, Keller, IPE, § 23, marg. 45.

una transformación, constituye condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la UE y del espacio jurídico europeo.

Mientras tanto, todas las Constituciones de los Estados miembros de la UE contienen cláusulas de apertura en favor de la integración europea, de modo que la existencia de ese *derecho constitucional europeo nacional*<sup>446</sup> y, en asociación con éste, la aceptación de una extensa relativización de las decisiones fundamentales, valoraciones y modelos de resolución de conflictos propios pueden considerarse parte de los principios generales de derecho, comunes a todos los Estados miembros de la UE.<sup>447</sup>

A la inversa, los Estados de Europa continúan siendo en su esencia Estados nacionales autosuficientes.<sup>448</sup> Esa condición no ha sido alterada ni por la adopción de nuevas y extensas cláusulas de integración como el artículo 23 de la Ley Fundamental alemana ni por la aceptación general del acervo comunitario a través de la reforma constitucional aprobada en Grecia en 2001. Ni siquiera el intento en Francia de asegurar de forma global la participación en la UE bajo las condiciones del TCE en un refundido artículo 88-1 de la CF ha aportado algo absolutamente nuevo.<sup>449</sup> La “lealtad a la identidad nacional”, el “rechazo de un Estado federal europeo”<sup>450</sup> y la “defensa de la soberanía nacional”<sup>451</sup> siguen siendo aspectos centrales en el discurso jurídico-constitucional europeo. Esta circunstancia de los Estados nacionales abiertos como base de la UE

<sup>446</sup> Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht und ‘Verfassung’ der EG”, en Schwarze (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998, p. 11, 18 s.

<sup>447</sup> Huber (N. p. 23), § 4, marg. 1; Austria: Grabenwarter, IPE, § 20, marg. 76; López Castillo, IPE, § 24, marg. 90, quien habla acertadamente de una “abierto disonancia”.

<sup>448</sup> Para Alemania, Huber, P. M., “Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?”, dictamen D para el 65o. DJT, 2004, D 31; para Polonia: Biernat, IPE, § 21, marg. 62.

<sup>449</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 14.

<sup>450</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 73.

<sup>451</sup> Haguenu-Moizard, IPE, § 15, marg. 1 y ss.

y del espacio jurídico europeo, justifica el mirarlas y dirigirlas<sup>452</sup> también a través de la lente del derecho constitucional nacional.

El derecho constitucional nacional constituye en un principio la reserva de recepción *más importante* para el derecho público común europeo en general y el derecho de la Unión en particular. Esto último se pone de manifiesto en el artículo 6, apartados 1 y 2 UE, que para los principios de democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales refieren a los principios comunes a todos los Estados miembros así como a la responsabilidad del Estado establecida en el artículo 288, subinciso 2 del Tratado CE. Pero también es sustentado por la jurisprudencia del TJCE, que no sólo ha extraído la mayoría de los derechos fundamentales,<sup>453</sup> sino también los principios de proporcionalidad, de protección de la confianza,<sup>454</sup> de la seguridad jurídica o de la buena administración<sup>455</sup> de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

## 2. Derecho constitucional europeo y nacional como ordenamientos de absorción recíproca

### A. Unión Europea

Por una parte, el ordenamiento jurídico de la UE se basa en la apertura del derecho constitucional nacional al “programa de integración” que sólo obliga a los Estados miembros a ajustarse a los requisitos de homogeneidad estipulados en el artículo 6 y

<sup>452</sup> Iliopoulos-Strangas, IPE, § 16, marg. 63.

<sup>453</sup> EuG, res. T-119/95, Slg. 1979, 3727 y ss. – Hauer/Rat und Kommission, donde en el 20 hace referencia al artículo 14 apartado 2 de la Constitución alemana, artículo 43.2.2 cost. y artículo 42 apartado 2 cost., para fundamentar una socialización de la propiedad también para el derecho de la Unión.

<sup>454</sup> Acerca de las raíces francesas del principio de irretroactividad, Braibant, G. y Stirn, B., “Le droit administratif français”, 2005, pp. 218 y ss.

<sup>455</sup> TJCE, Res. Conj. C-174/98 P y C-189/98 P, Slg. 2000, I-1, 29 – *van der Wal/Kommission*; Haibach, G., “Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens”, *NVwZ*, 1998, pp. 456, 461 y ss.

siguientes del Tratado de la UE. En este sentido, la condición de Estado miembro en la UE implica el fin de hecho de la autonomía constitucional nacional.<sup>456</sup> Por otra parte, ahí donde el derecho constitucional nacional no permite esa apertura o se abandona el programa de integración aprobado por el mandato de aplicación del derecho nacional, éste se impone frente al derecho de la Unión.<sup>457</sup> Así, en su relación recíproca el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional se interactúan y se complementan mutuamente,<sup>458</sup> poseen proporcionalidad complementaria, tienen en cada Estado miembro la función de *ordenamientos de absorción recíproca*.<sup>459</sup> Así, los derechos constitucionales comunitario y nacional son *constituciones complementarias*,<sup>460</sup> partes de una *confederación constitucional multinivel*<sup>461</sup> diseñadas para complementarse mutuamente y reducidas en cada caso al papel de una Constitución parcial.<sup>462</sup> Su unión tiene lugar a través de los tratados. Ubicados en la intersección entre el derecho constitucio-

<sup>456</sup> Pernice, I., *Europäisches Verfassungsrecht im Werden*, pp. 25 y 35; Gran Bretaña: Birkinshaw/Künnecke, IPE, § 17, marg. 67 s.

<sup>457</sup> Pernice, I., en Dreier (ed.), *LF*, tomo II, 2006, artículo 23, marg. 30, habla de un “derecho de urgencia” de los Estados miembros.

<sup>458</sup> Alemania: *BVerfGE*, 52, pp. 197 y 200. *Vielleicht*; E 73, 339, pp. 367 y ss. *Solange II*; Francia: CC núm. 92-308 DC del 9.4.1992, EuGRZ 1993, pp. 187 y 190. *Maastricht I*: El ordenamiento jurídico de la Unión es un ordenamiento jurídico propio “que, aun cuando está incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, de todas maneras no forma parte de la estructura institucional de la República francesa”; Italia: Corte Costituzionale, núm. 170/1984, Giur. Cost. 1984, 1099, 1113; No. 389/1989 del 11.7.1989, *Rid-DPC* 1991, p. 1065, 1068: “tra loro coordinati e comunicati”.

<sup>459</sup> Huber (N. p. 110), p. 227.

<sup>460</sup> Pernice (N. p. 455), p. 25, 35; *idem*, (N. p. 456), artículo 23, marg. 20

<sup>461</sup> Acerca del término, Pernice (N. p. 455), pp. 25, 26 y ss., 33; *idem*, (N. p. 456), artículo 23, marg. 20; *idem*, (N. p. 234), p. 866, 870; acerca del concepto del “sistema multinivel” empleado en ciencias políticas, véase Morlok, M., “Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene”, en Häberle y Skouris (eds.), *Staat und Verfassung in Europa*, 2000, pp. 73 y 88.

<sup>462</sup> Acerca de la idea de la Constitución como mera “Constitución parcial”, véase von Bogdandy (N. p. 295), pp. 163 y 166: “*fragmentarische Ordnung*”; Pernice (N. p. 455), pp. 25, 26 s., 33; Steinberg, R., “Grundgesetz und Europäische Verfassung”, *ZRP*, 1999, pp. 365 y 373.

nal nacional y el derecho derivado, e idénticos tanto al derecho originario como a las leyes de aprobación/actas de adhesión de los Estados miembros, éstos se revelan como un instrumento de “acoplamiento estructural”<sup>463</sup> mediante el cual los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros se unen entre sí y se orientan hacia el programa de integración. Con ellos los Estados miembros poseen una Constitución parcial idéntica, y en el derecho de la Unión poseen un ordenamiento jurídico parcial idéntico. Así, sólo cuando se miran conjuntamente, el derecho de la Unión y el derecho (constitucional) nacional se aprecia el ordenamiento jurídico completo de la UE, en el cual —según las palabras del Tribunal Constitucional polaco— el derecho nacional y el comunitario “coexisten bajo el principio de la interpretación amistosa y aplicación cooperativa recíproca”.<sup>464</sup> Esto debe considerarse en la interpretación y aplicación tanto del derecho de la Unión como del derecho nacional.

Esta complementariedad material entre el derecho de la Unión y el derecho constitucional nacional obliga tanto a los órganos de la UE como a los de los Estados miembros a cooperar —en la legislación,<sup>465</sup> la administración<sup>466</sup> y la jurisprudencia—. <sup>467</sup> Visto así, el ordenamiento jurídico de la UE es también un *ordenamiento cooperativo*, en el cual los estilos de política, administración y jurisprudencia<sup>468</sup> de los Estados miembros se fecundan mutuamente.

<sup>463</sup> Di Fabio (N. p. 44), p. 99; Huber (N. p. 110), p. 209.

<sup>464</sup> Tribunal Constitucional polaco, sentencia K 18/04, EuR 41 (2006), p. 236; Biernat, IPE, § 21, marg. 10.

<sup>465</sup> Huber (N. p. 23), § 19.

<sup>466</sup> *Ibidem*, § 20; Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (N. p. 235).

<sup>467</sup> TJCE Res. 244/80, Slg. 1981, 3045, 14 ss. – *Foglia/Novello II* (en relación con el artículo 234 UE); BVerfGE 89, 155, 175 – *Maastricht*; Huber (N. p. 23), § 21.

<sup>468</sup> Birkinshaw y Künnecke, IPE, § 17, marg. 72.

### B. *Espacio jurídico europeo en un sentido más amplio*

Esta búsqueda de un *ordenamiento recíproco de absorción y cooperación* —referido a la UE como comunidad de integración más estrecha e importante— tiene efectos aún más allá de sus fronteras. En última instancia la totalidad del espacio jurídico europeo, aunque con graduaciones sustanciales, está caracterizada por un acervo jurídico común cada vez más denso y una influencia y cooperación recíproca. Los acuerdos de asociación de numerosos terceros Estados con la UE, el concepto suizo del bilateralismo,<sup>469</sup> así como la participación en el régimen del CEDH exigen a cada Estado europeo —desde Suiza hasta Rusia— un mínimo de apertura de su ordenamiento constitucional nacional a la influencia de este derecho constitucional comunitario “vivo” por ser dinámico y un permanente proceso de adaptación. Por otra parte, abren a los involucrados la posibilidad de influir sobre estos patrones y su desarrollo de acuerdo con sus propios intereses.

### 3. *Resumen*

La apertura a la influencia del derecho supranacional, la inclusión en los Estados europeos y la interconexión constitucional e incluso la incorporación prioritaria de una base jurídica supranacional sobre el ámbito de la Unión así como sobre el derecho de otros Estados caracterizan por lo tanto la Constitución europea integradora nacional. Sin embargo, ninguna de las Constituciones nacionales ha decidido explícitamente sobre este concepto. No obstante hoy en día es la base para la autoridad de derecho público en el espacio jurídico europeo.

<sup>469</sup> Keller, IPE, § 23, marg. 19 ss.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTHONY, Gordon, *United Kingdom Public Law and European Law: The Dynamics of Legal Integration*, 2002.
- BADURA, Peter, “Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften”, *VVDStRL*, 23 (1966).
- BAUER, Hartmut *et al.* (Hg.), *Demokratie in Europa*, 2005.
- BERNITZ, Ulf, *European Law in Sweden*, 2002.
- BIRKINSHAW, Patrick, *European Public Law*, 2003.
- BOGDANDY, Armin von, “Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?”, *AöR*, 130 (2005).
- (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003.
- CANANEA, Giacinto della, *L’Unione europea*, 2003.
- CARTABIA, Marta, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 1995.
- COTTIER, Thomas y KOPŠE, Alwin R. (eds.), *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union: Brennpunkte und Auswirkungen*, 1998.
- DI FABIO, Udo, *Das Recht offener Staaten*, 1998.
- GAUDIN, Hélène (ed.), *Droit constitutionnel et droit communautaire: vers un respect réciproque mutuel?*, 2001.
- HOBE, Stephan, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998.
- HUBER, Peter M., *Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union*, 2001.
- , *Recht der Europäischen Integration*, 2002.
- HUMMER, Waldemar y Schweitzer, Michael (eds.), *Österreich und das Recht der Europäischen Union*, 1996.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio *et al.*, *Constitución española y Constitución europea*, 2005.
- MAUS, Didier (ed.), *La Constitution face à l’Europe*, 2000.
- ÖHLINGER, Theo, *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union — ausgewählte Abhandlungen*, 1999.

- PERNICE, Ingolf *et al.*, “Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht“, *VVDStRL*, 60 (2001).
- SCHWARZE, Jürgen (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000.
- SELMER, Peter, *Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH*, 1998.
- STREINZ, Rudolf, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989.
- TOURARD, Hélène, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, 2000.
- VOGEL, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964.