

EL PODER JUDICIAL ESPAÑOL ANTE LA UNIÓN EUROPEA

Luis López Guerra

Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

1. La apertura de un proceso constituyente europeo y sus repercusiones sobre el poder judicial español
2. La peculiaridad del poder judicial en la Comunidad Europea
3. El cambio en la posición constitucional del juez
4. El Tribunal Constitucional ¿camino de la marginación?
 - a) Un dato previo: la exclusión de la jurisdicción constitucional sobre la adecuación de la ley a los tratados internacionales
 - b) El control del Tribunal Constitucional sobre la adecuación de la ley al derecho comunitario
- c) Tribunal Constitucional y planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE
5. Las «líneas de defensa» del Tribunal Constitucional
 - a) Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y derecho comunitario
 - b) Derecho comunitario originario y reforma de la Constitución
6. (Posibles) novedades en el proceso de integración
 - a) El reconocimiento constitucional de la primacía del derecho europeo
 - b) La carta de derechos fundamentales
 - c) Consecuencias de un eventual rango constitucional del texto constitutivo de la Unión

1. La apertura de un proceso constituyente europeo y sus repercusiones sobre el poder judicial español

En cumplimiento de los acuerdos adoptados con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de Niza, el Consejo de Laeken, el año 2001, procedió a la convocatoria de una Convención europea, cuyo Presidium elaboró un anteproyecto de tratado constitucional que presentó a la Convención en la sesión plenaria de 28 de octubre de 2002. El anteproyecto, intitulado «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», supuso así el inicio, al menos formalmente, de un proceso constituyente de duración y consecuencias difíciles de predecir hoy. Sin duda, la pretensión, contenida en el artículo 1.1 del texto articulado que desarrollaba el anteproyecto y que sirvió de base de trabajo a los miembros de la Convención, de crear «una Unión [...] que gestionará, según un modelo federal algunas competencias comunes» no será de fácil consecución, y cualquier predicción al respecto está sujeta, hoy por hoy, a verse desmentida por una realidad futura más o menos próxima. No obstante, algunas características del procedimiento iniciado, así como de los primeros pasos que dentro de él se han dado, permiten ya aventurar algunas consecuencias posibles de este proceso, en el supuesto de que se mantengan en el futuro, cercano o lejano, las líneas generales que hasta ahora se han apuntado. Consecuencias que, por otra parte, y como se tratará de mostrar, quizás sean más fáciles de esbozar en relación con el poder judicial que en relación con otros poderes nacionales.

Para comenzar, valga tener en cuenta el uso que se hace, en el mismo inicio de las tareas de la Convención, de los términos para definir su objetivo, que no es otro

que instituir una «Constitución para Europa». El uso del término «Constitución» no es desde luego inocente, y el concepto de Constitución tiene un significado preciso y bien definido en el lenguaje jurídico.¹ El instrumento para llegar a esa Constitución será, en los términos del anteproyecto elaborado por el Presidium, un tratado; pero la situación jurídica creada, a partir de la finalización del proceso, en el supuesto de que esa voluntad constituyente se plasmara en la realidad, sería bien distinta de la actual, fundada, no en una Constitución así formalmente designada, sino en los tratados originarios y subsiguientes modificaciones.

Una constitución vale, a menos que nos movamos voluntariamente en un mundo de entequeias jurídicas, como «derecho superior» y es esa superioridad la que justifica su misma existencia: derecho superior a cualquier otra normativa existente en el seno de la comunidad política, sea cual sea el nombre que adopte esa normativa. La definición de la norma básica de la Unión como una Constitución vendría a colocar la relación entre el derecho de la Unión Europea y las constituciones nacionales en un marco de relaciones distinto del actual, pues ya no se configuraría el derecho europeo en el contexto de las constituciones nacionales, y como resultado permitido por éstas, sino que serían las constituciones de los países de la Unión Europea las que se colocarían en el marco de la Constitución de la Unión Europea, como derecho superior.

2. La peculiaridad del poder judicial en la Comunidad Europea

Uno de los factores determinantes para el progreso de la integración europea ha sido sin duda la acción del poder judicial de la Comunidad, al establecer criterios de interpretación y aplicación de los mandatos contenidos en los tratados fundacionales que trascienden la literalidad de éstos y que han supuesto y suponen un permanente impulso a favor del proceso de integración. Sería difícilmente comprensible la actual situación de este proceso en ausencia de creaciones jurisprudenciales como, por ejemplo, los principios de efecto directo y primacía del derecho comunitario, y de la continua aplicación de estos principios.

El papel del poder judicial en el proceso de integración resulta aún más llamativo si se tiene en cuenta la naturaleza y características de ese poder dentro de las instituciones de la Unión Europea. En efecto, y con la excepción del Tribunal de Justicia de la Comunidad y del Tribunal de Primera Instancia, la Comunidad Europea no cuenta ni con órganos judiciales propios y exclusivos, ni, lo que es aún más sorprendente, con un verdadero sistema judicial, entendiéndolo tal sistema como un conjunto coordinado y estructurado de órganos judiciales.

La peculiaridad del poder judicial en la Unión Europea se hace evidente si se compara con otras fórmulas de organización judicial seguidas en diferentes comunidades políticas complejas, integradas por unidades territoriales con instituciones

1. Una consideración inicial sobre la terminología empleada en los documentos base de la Convención puede encontrarse en Bernard, M. y Salinas Alcega, S., «Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la nueva Convención», en Herrero de la Fuente, A. (ed.) *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, 2003, pp. 11 a 31, esp. p. 26.

legislativas propias. Estas comunidades —llámense estados federales, confederaciones, estados regionales o estado de las autonomías— se encuentran con un problema compartido, el de cómo conseguir una interpretación y aplicación uniforme del derecho creado por sus instancias centrales o comunes. La unidad del conjunto de entes territoriales con poder legislativo propio (estados, provincias, *Länder*, comunidades autónomas o regiones) se consigue, primeramente, mediante la existencia de un poder legislativo central, con la capacidad de dictar normas sobre un conjunto de materias que se imponen con carácter general. Ahora bien, esta unidad se vería comprometida si las normas comunes fuesen interpretadas y aplicadas en forma distinta en cada ente territorial, por las distintas administraciones, y, sobre todo, por los órganos jurisdiccionales. Pues, en efecto, es en último término la interpretación judicial en la aplicación de la ley (como expresión del poder de dictar «la última palabra» propio de la jurisdicción) la que se impone tanto al resto de los poderes públicos como a los ciudadanos. La cuestión es, por tanto, cómo organizar el poder judicial en una comunidad política territorialmente compleja para garantizar una interpretación uniforme de las normas comunes a todos sus entes territoriales.

Con todos los matices y cautelas que son del caso, el problema de la interpretación judicial uniforme del derecho común se plantea en la Unión Europea en forma similar a lo que ocurre en estados federales o, en general, políticamente descentralizados. Ahora bien, la respuesta dada en el caso europeo difiere de los modelos adoptados en los diversos tipos de estados compuestos.

Una primera fórmula (que podríamos denominar *modelo español*) consistiría en excluir radicalmente a todos los órganos del poder judicial de la distribución de poderes entre entes territoriales. La única jurisdicción existente sería la central (en España, la «estatal») excluyéndose la existencia de poderes judiciales de cada ente territorial. Un solo sistema u organización judicial, desligado de las instancias territoriales infraestatales, sería la competente para aplicar tanto el derecho común (central) como el derecho de los entes territoriales. El problema de la aplicación uniforme del derecho común se ve así resuelto mediante una fórmula muy simple.²

Una fórmula más compleja (y más respetuosa con la división territorial del poder) sería la consistente en admitir la existencia de poderes judiciales propios en los entes territoriales, reservando sin embargo la interpretación y aplicación del derecho común (federal) a una organización judicial central o federal, paralela a las organizaciones judiciales de las entidades territoriales, que culmine en un órgano superior, unificador de la jurisprudencia. Tal es el sistema de los Estados Unidos de América, basado en el dualismo entre la jurisdicción federal, presidida por el Tribunal Supremo, y las jurisdicciones de los distintos estados, presidida cada una de ellas por su respectivo Tribunal Supremo. Como regla general, el derecho federal es aplicado por los tribunales federales, asegurándose así una interpretación uniforme, gracias a la existencia de una última instancia jerárquicamente supraordenada al resto de los tribunales federales. La unidad interpretativa y aplicativa se ve garantizada por el principio *stare decisis* y la primacía de los criterios interpretativos del Tri-

2. Acerca de esta cuestión, me remito a mi trabajo «Poder judicial y comunidades autónomas», en Rodríguez Arana, J. y García Mexía, P. (ed.), *Curso de derecho público de las comunidades autónomas*, Madrid, 2003, pp. 351-371.

bunal Supremo; éste, además, resuelve los conflictos entre estados y garantiza la supremacía de la Constitución.³

Más descentralizada (en términos de distribución territorial del poder) es la fórmula seguida en la República Federal de Alemania. En este caso, no existe una doble estructura paralela de tribunales federales y de los *Länder*; sino una única organización territorial, en cada *land*, de los tribunales propios del mismo; en otras palabras, no hay (a diferencia del caso norteamericano) una judicatura federal en el nivel de *land* paralela a la judicatura territorial. Es la judicatura de cada *land* la que interpreta y aplica tanto el derecho federal como el derecho propio del *land*. La uniformidad de interpretación de las normas federales se consigue gracias a la existencia, en el nivel de la Federación, de un escalón de tribunales federales superiores, que sirven de última instancia unificadora en la aplicación del derecho. Los tribunales federales son, pues, únicamente aquellos que ocupan la cúspide del sistema judicial.⁴

Lo que caracteriza a la organización del poder judicial en la Comunidad Europea es que ni existe una jerarquía de tribunales propios, paralela a la jerarquía de tribunales nacionales (como en el caso norteamericano), ni existe una cúspide judicial a nivel europeo ante la cual quepa recurrir frente a las decisiones de los tribunales nacionales (como en el caso alemán). En otras palabras, no hay una última instancia judicial comunitaria ante la cual pueda recurrirse, mediante técnicas como la casación, la apelación o cualquier otra, frente a la interpretación y aplicación del derecho comunitario efectuadas por los tribunales de los diversos países. La presencia y actuación de un órgano judicial propio de la Comunidad (el Tribunal de Justicia de la Comunidad) responden a planteamientos distintos.

En efecto, en el diseño del poder judicial en la Comunidad Europea prima esencialmente el principio de subsidiariedad, en cuanto que se encomienda a los mismos órganos judiciales nacionales la aplicación jurisdiccional del derecho comunitario. Serán, pues, los órganos judiciales de cada país, de acuerdo con sus propias normas de procedimiento, los que apliquen las normas de la Unión Europea. Pero, contrariamente a lo que ocurre en los ordenamientos complejos arriba expuestos, esta aplicación no estará sujeta a la revisión, por vía de recurso, de una instancia superior unificadora. En otras palabras, no hay un tribunal supremo, o un tribunal de casación comunitario, al que pueda accederse por vía de recurso frente a las decisiones de las más altas instancias jurisdiccionales de cada país.⁵ El Tribunal de Justicia no se configura en forma alguna como un tribunal de casación respecto de instancias nacionales. Si bien dispone de diversas competencias en relación con el cumplimiento de la normativa comunitaria por los órganos de la Comunidad y

3. Para una visión inicial del sistema norteamericano, ver Ruiz, G., *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Madrid, 1994.

4. Sobre el sistema alemán, Wolf, M., *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, Munich, 1987, esp. pp. 50-53.

5. Aun cuando en algún momento (como en el llamado Proyecto Spinelli, de 1984) se pudo proponer la creación de un Tribunal de casación europeo. Ver Ruiz-Jarabo Colomer, D., «La articulación de los tribunales de la Unión Europea y de la estructura judicial de los estados miembros», en E. García de Enterría (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 509-519, esp. p. 511. Del mismo autor, y en relación con esta cuestión, Ruiz-Jarabo Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, pp. 28 y ss.

de los estados miembros, esas competencias no se extienden al examen y revisión de las decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales.

El instrumento de que dispone el Tribunal de Justicia para asegurar una interpretación uniforme del derecho europeo por parte de los órganos jurisdiccionales de los diversos países miembros es, como es bien sabido, el proporcionado por el artículo 234 del TCE, esto es, la cuestión prejudicial, mediante la cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden (o, en el caso de las últimas instancias, deben) pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de normas de derecho comunitario. Ahora bien, tal cuestión prejudicial no se configura, como es evidente, como un remedio o recurso frente a decisiones judiciales ya adoptadas, sino como una vía para obtener, en el curso de un procedimiento en que hayan de aplicarse normas de derecho europeo, una guía autorizada sobre la interpretación que debe darse a esas normas.⁶

Se ha señalado que esta original fórmula separa netamente las funciones de interpretación del derecho comunitario (que corresponden en último término al Tribunal de Justicia) por un lado, y de aplicación de ese derecho por otro (función que quedaría a cargo de los tribunales nacionales).⁷ Por ello se indicaba más arriba que, en puridad, no puede hablarse de un sistema judicial europeo, en tanto que no hay un último escalón jurisdiccional que, por la vía de recursos, imponga una línea jurisprudencial común. Lo que hay son diversos sistemas jurisdiccionales nacionales, cada uno con su órgano u órganos de última instancia, cuya jurisprudencia deberá verse unificada por la interpretación proveniente del Tribunal de Justicia.

El juez nacional es, pues, a la vez el juez ordinario del derecho europeo: el Tribunal de Justicia se configura como un órgano jurisdiccional que dispone únicamente de las competencias que específicamente se le han atribuido, entre las que no se cuenta la de revisar o corregir por vía de recurso las decisiones de los tribunales nacionales. Se mantiene por lo tanto una radical descentralización en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de manera que, con las excepciones correspondientes a las atribuciones específicas del TJCE, corresponde a los jueces nacionales entender de los casos planteados en aplicación de las normas comunitarias.

La ausencia de una jerarquía europea de tribunales viene a tener relevantes consecuencias en la relación «horizontal» entre jueces y tribunales, relación que, dentro del denominado «espacio judicial europeo», está dando lugar a la aparición de una serie de instrumentos de colaboración ciertamente novedosos.⁸ Pero, sobre todo, la definición del juez nacional como juez comunitario viene a afectar profundamente a la posición del juez respecto de la jerarquía de fuentes; en algún caso, como en España, supone incluso un cambio en su papel constitucional.

6. Un iluminador comentario en relación con este tema es el de Rodríguez Iglesias, G. C., en «La función del derecho y el juez en la Unión Europea», en *Arbor*, 657 (2000), pp. 57-77, esp. p. 71.

7. Ruiz-Jarabo Colomer, D., «El papel del juez nacional en la aplicación del derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 16 (1997), p. 123.

8. Sobre este aspecto de colaboración horizontal (que no puede ser objeto de tratamiento en estas líneas) contamos ya con abundante literatura. Ver, como ejemplo, Borrás, A., (coord.) *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Madrid, 2001. También, Rancé, P. y De Baynast, O., *L'Europe judiciaire. Enjeux et perspectives*, París, 2001, así como Arias Rodríguez, J. M., «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», en *Revista del Poder Judicial*, 66 (2002), pp. 75-105.

3. El cambio en la posición constitucional del juez

El proceso de integración europea está representando, y probablemente seguirá representando en el futuro, una alteración en la posición del juez respecto del sistema de fuentes, así como en la concepción tradicional de su sujeción al imperio de la ley, de tal naturaleza que sin duda podría definirse adecuadamente como una revolución constitucional.⁹ Ello deriva, por una parte, de la fórmula descentralizada de configuración del poder judicial en la Comunidad Europea; pero también, y conjuntamente, de la naturaleza y efectos del derecho comunitario, tal y como han sido definidos, a partir de la interpretación de los tratados constitutivos, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, particularmente en lo que se refiere a las notas de efecto directo y primacía que se atribuyen a ese derecho. La combinación de todos estos elementos conduce a una redefinición del papel del juez, y a un notable reforzamiento de su posición en el conjunto de los poderes públicos.

El efecto directo del derecho comunitario (proclamado inicialmente, como es bien sabido, en la Sentencia *Van Gend and Loos*, de 1963, por el Tribunal de Justicia) supone «la posibilidad de que los particulares invoquen ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de derecho interno, a condición de que dichas normas sean suficientemente precisas e incondicionales».¹⁰ No se requiere, pues, necesariamente en tal supuesto, una acción estatal «transformadora» del derecho comunitario en derecho nacional. El derecho comunitario, por su misma naturaleza, definida por el Tribunal de Justicia, crea inmediatamente derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales.

A este efecto directo, como nota esencial del derecho comunitario, viene a unirse (creación también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) la primacía de ese derecho. El Tribunal de Justicia ha establecido a este respecto que la eficacia del derecho comunitario no puede hacerse depender de su acuerdo o concordancia con normas nacionales: en caso de conflicto entre esas normas y las de origen comunitario, originario o derivado, debe primar el derecho comunitario. Esta afirmación, contenida ya en *Costa v. Enel* (1964), vino a verse precisada en *Simmenthal* (1988) en el sentido de que, en el supuesto de conflicto entre normas comunitarias y nacionales, la aplicación preferente de las primeras no debería depender de pronunciamiento alguno previo relativo a la validez o constitucionalidad de las normas nacionales. En otras palabras, en caso de conflicto, el juez nacional, actuando como juez comunitario, debería simplemente aplicar la norma comunitaria e inaplicar la nacional, sin necesidad de que él mismo, u otro tribunal, entrase a analizar el estatus de la norma nacional.

En términos prácticos ello supone que el juez debe inaplicar la norma interna, en favor de la aplicación del derecho comunitario. Ahora bien, esta inaplicación reviste una especial trascendencia, tanto en el caso español como en el de los demás

9. Así, Ruiz-Jarabo, «El papel...», *cit.*, p. 125: «La función del juez interno queda enriquecida al ser instituido como juez de derecho común del ordenamiento jurídico comunitario. Su condición constitucional queda modificada de manera importante».

10. Rodríguez Iglesias, «La función...», *op. cit.*, p. 65.

países de la Unión Europea, cuando se plantea en relación con normas internas (posconstitucionales) con rango de ley. En efecto, su inaplicación vendría a introducir una relevante excepción, o al menos matización, a la concepción clásica del principio general de sujeción del juez a la ley, tal como se expresa en el artículo 117.1 de la Constitución española. Esta sujeción supone, en efecto, que el juez no podrá inaplicar una ley posconstitucional vigente, incluso en el caso de que considerase que la ley contiene mandatos inconstitucionales. La única vía de que dispone el juez para evitar la aplicación de una ley que el mismo juez reputase inconstitucional sería el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución. En palabras de Ruiz-Jarabo, «[*Simmenthal*] confiere al juez nacional un poder tal, al permitirle controlar la sumisión al derecho comunitario de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los estados miembros».¹¹

Pero los principios de efecto directo y de primacía del derecho europeo afectan decisivamente a la posición del juez frente a la ley nacional: a diferencia de lo que ocurre desde la perspectiva constitucional «interna», si bien el juez español no puede inaplicar una norma con rango de ley si considera que se opone a la Constitución, desde una perspectiva que parta del derecho europeo el juez nacional sí dispone de la posibilidad de inaplicar normas nacionales con rango de ley. Existe así un sistema que pudiera calificarse de control difuso de la adecuación de las leyes nacionales al derecho comunitario, originario o derivado, derecho que, en la práctica, y en virtud de las decisiones *Costa* y *Simmenthal*, se colocaría en un nivel jerárquico superior a las normas «internas». Este sistema de control sería, *mutatis mutandis*, similar al control difuso de constitucionalidad propio de aquellos ordenamientos en los que el juez ordinario dispone de la posibilidad de llevar a cabo un control de la constitucionalidad de las leyes. En lugar de control de constitucionalidad habría que hablar, con referencia a la posición del juez en aplicación de la norma europea, de un control de comunitariedad (o europeidad) de la norma nacional. Lo que importa es que, dentro del ordenamiento europeo, el juez se convierte de hecho en juez de la ley nacional. Ciertamente, en su tarea puede o debe verse ayudado por el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE ante el Tribunal de Luxemburgo. Pero no hay que olvidar que esa cuestión, y el correspondiente pronunciamiento del TJCE, no versará, al menos directamente, sobre la ley nacional y su eventual inaplicación, sino sobre la interpretación que habrá de darse a normas de derecho europeo. El juez nacional, a la vista de la respuesta a su cuestión por el Tribunal de Justicia referente a la interpretación de la norma europea, habrá de adoptar, por sí mismo, la oportuna decisión relativa a si aplica o no la norma nacional relevante para el caso.

Difícilmente cabría exagerar la importancia de esa transmutación del papel del juez, de pasar de estar sujeto al imperio de la ley a convertirse en juez de la misma ley. Por una parte, el aumento acumulativo de la densidad del derecho comunitario irá sin duda incrementando el número de supuestos de su aplicabilidad por el juez nacional, así como la posibilidad de conflictos entre la normativa comunitaria y la

11. Ruiz-Jarabo, «El papel...», *cit.*, p. 128.

normativa nacional con rango de ley; en consecuencia, aumentarán también las posibilidades de que el juez nacional actúe como juez de la ley, con la colaboración, en su caso, del Tribunal de Justicia mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial.¹²

Pero además hay que recordar un dato adicional. En los sistemas jurisdiccionales nacionales, la vía de recurso, dentro de la estructura de los tribunales, conduce a que sea en último término el Tribunal Supremo el que, a través de la casación, acabe decidiendo sobre aquellos casos en que se plantea la aplicación o inaplicación del derecho nacional a la vista de los mandatos del derecho comunitario. Sin duda, las formas en que este tipo de cuestiones llegue al conocimiento del Tribunal Supremo serán muy diversas:¹³ pero (en forma similar a lo que ocurre en los sistemas de jurisdicción constitucional difusa) en lo que se refiere a la evaluación de la ley nacional, tomando el derecho comunitario como canon, será el Tribunal Supremo, en definitiva, quien actúe como juez último de la ley o, si se quiere, de la «comunitariedad» de la ley.

Un segundo aspecto puede merecer alguna atención. En la formulación tradicional del papel del juez respecto a la ley, al Tribunal Constitucional le correspondía el «monopolio del rechazo». Esto es, el juez nacional ordinario podía ciertamente llevar a cabo una evaluación sobre la constitucionalidad de la ley que debía aplicar en un caso concreto y, como consecuencia de esa evaluación, podía bien aplicar la ley si consideraba que era conforme a la Constitución, bien, si no lo consideraba así, elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional; lo que no podía hacer, obviamente, en el ordenamiento español, era inaplicar la ley. El Tribunal Constitucional conservaba así, no el monopolio en la evaluación de la ley, pero sí el «monopolio del rechazo». Ello colocaba al Tribunal Constitucional en una posición central en el sistema, en cuanto único órgano que podía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley, sometido únicamente a la Constitución y a su ley orgánica, de acuerdo con el artículo 1 LOTC.

Puede observarse que las frases que preceden están en tiempo pasado. El «monopolio del rechazo» es también algo pretérito, al menos en lo que se refiere a la relación entre ley nacional y derecho comunitario, a la luz de lo arriba dicho. Si bien el Tribunal Constitucional mantiene el monopolio del rechazo en el área de la constitucionalidad, en el sentido de ser el único poder del Estado que puede formalmente declarar la inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, de una disposición con rango de ley, no es menos cierto que el sistema «difuso» de control de adecuación de las normas nacionales a la normativa comunitaria conduce a que el rechazo por inaplicación de una norma legal (similar a lo que algunos ordenamientos latinoamericanos llaman «inconstitucionalidad en el caso concreto») sea ahora

12. Así y todo, no es necesario exagerar la entidad cuantitativa del procedimiento prejudicial. De acuerdo con *el Informe del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, correspondiente al año 2001 (Luxemburgo, 2002), se habían planteado hasta ese año 4.618 cuestiones prejudiciales: de ellas, correspondían a órganos judiciales españoles 134.

13. Como es lógico, el Tribunal Supremo no puede revocar el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de un órgano judicial inferior; pero sí puede decidir plantearla él mismo cuando el órgano inferior no lo haya hecho.

patrimonio de todos los jueces o, al menos, de todos los jueces que tienen que aplicar derecho comunitario.

Ello no resulta únicamente de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sino de la misma doctrina del Tribunal Constitucional. Como se verá, éste, en efecto, ha rechazado —correctamente a la vista de *Simmenthal*— que deba entender de la contradicción entre la normativa nacional y la normativa comunitaria, por cuanto su misión se restringe a vigilar por la adecuación de las normas legales a las normas de rango constitucional. En el marco del ordenamiento europeo la función de aplicar las normas comunitarias correspondería, como se ha dicho, al juez ordinario; la tarea de interpretar éstas últimas, en último término, al Tribunal de Justicia de Luxemburgo. La posición del Tribunal Constitucional queda así notablemente desdibujada.

4. El Tribunal Constitucional ¿camino de la marginación?

Frente al reforzamiento de los poderes del juez ordinario, el proceso de integración puede suponer (y de hecho está suponiendo) una afectación negativa de la relevancia de la jurisdicción constitucional. Si bien continúa formalmente manteniendo el monopolio del rechazo (sólo el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una ley), su posición como órgano superior de depuración del ordenamiento y de intérprete supremo de la Constitución y, por tanto, de la ley se ve considerablemente disminuida. Y ello tanto en virtud de la misma fuerza vinculante del derecho comunitario, y los principios de efecto directo y de primacía, cuanto como consecuencia de decisiones del mismo Tribunal Constitucional, restringiendo su ámbito de actuación al análisis y examen de la constitucionalidad de actos y decisiones de los poderes públicos españoles.

a) *Un dato previo: la exclusión de la jurisdicción constitucional sobre la adecuación de la ley a los tratados internacionales*

Con anterioridad a la formulación por el Tribunal Constitucional de su posición respecto del papel de la jurisdicción constitucional en cuanto a la relación entre derecho interno y derecho europeo, el Tribunal había fijado una doctrina que en parte puede considerarse como precedente lógico de esa posición. Esa doctrina se formuló en relación con la cuestión de la compatibilidad entre tratados internacionales ratificados por España y normas legales que contradijeran los mandatos contenidos en esos tratados. El artículo 96 CE dispone que tales tratados formarán parte del ordenamiento interno, y que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional». Ello ha venido a plantear la cuestión de si el Tribunal Constitucional sería competente para enjuiciar la constitucionalidad de una ley que, tras la aprobación de un tratado, introdujera mandatos contrarios a las disposiciones de éste. ¿Cabría considerar que esa ley vulneraría en tal caso el art. 96 CE, siendo así susceptible de una declaración de inconstitucionalidad?

El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así y ha rechazado su competencia para enjuiciar la supuesta contradicción entre las disposiciones de un tratado y una ley posterior. El Tribunal Constitucional, ante la cuestión relativa a la «adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento anterior», se ha pronunciado en el sentido de que «el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal» (STC 49/1988, FJ 14). Se trataría (en ausencia de una derogación, modificación o suspensión explícita del tratado, o de alguna de sus disposiciones) de una cuestión relativa a la selección de la norma aplicable, tarea esta que correspondería al juez ordinario, y no al Tribunal Constitucional.

b) *El control del Tribunal Constitucional sobre la adecuación de la ley al derecho comunitario*

Esta doctrina dejaba abierta, en el ámbito del derecho comunitario, la pregunta de si la posición, digamos de autorrestricción, del Tribunal en relación con la contradicción entre tratados y leyes posteriores se extendía también a la contradicción entre la normativa legal nacional y las disposiciones del derecho comunitario, tanto originario (tratados fundacionales) como derivado. La respuesta del Tribunal, en forma no sorprendente, fue positiva, y se expresó en forma clara en su Sentencia 28/1991 (caso *Elecciones al Parlamento Europeo*) y, más ampliamente, en decisiones posteriores. Vale la pena reproducir el bien conocido fragmento del fundamento jurídico 5 de la Sentencia en el caso *Elecciones*:

«Ahora bien, es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, y que por tanto deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, FJ 14 *in fine*) sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.»

La cita es larga, pero refleja un punto de vista que, aun cuando en ocasiones criticado¹⁴ (y parcialmente matizado en la misma doctrina constitucional), sigue representando la postura oficial del Tribunal Constitucional en cuanto a su negativa a entrar en el análisis de las eventuales contradicciones entre derecho nacional y co-

14. Por ejemplo, y tempranamente, por Ruiz-Jarabo, en *El juez nacional...*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

munitario.¹⁵ Esta postura, por otro lado, aparece como la más congruente con la doctrina *Simmenthal*.

c) *Tribunal Constitucional y planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE*

La negativa del Tribunal Constitucional a entrar en el examen de la compatibilidad entre derecho nacional y derecho comunitario confirmaba la posición del juez ordinario como auténtico juez europeo, así como de juez de la «comunitariedad» del ordenamiento. Se confirmaba también un nuevo y notable poder del juez ordinario: el de inaplicar normas con rango de ley, como resultado del análisis de su adecuación al ordenamiento comunitario, sin necesidad de recurrir, para tal inaplicación, al Tribunal Constitucional.

Este poder, sin embargo, no es, ni podría ser, ilimitado. La necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario implica la correlativa necesidad de una interpretación uniforme: y en este aspecto, el recurso a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cobra una importancia central, en cuanto que sirve para unificar esa interpretación. La cuestión procederá, en efecto, cuando el juez nacional estime necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia, interpretativa de las normas comunitarias, para poder emitir su fallo. Y es en este aspecto donde al Tribunal Constitucional le podría quedar un margen para desempeñar un papel relevante en el ámbito del derecho comunitario: es decir, en lo que se refiere al control del planteamiento por los jueces de la cuestión prejudicial.

En efecto, este planteamiento depende de la decisión del juez nacional en los términos del art. 234 TCE. Pero las decisiones de los jueces nacionales sí quedan sujetas a la revisión del Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, en el supuesto de que resulten afectados derechos fundamentales. Al menos en hipótesis, cabría considerar que la negativa ilegítima de un juez nacional a plantear la cuestión prejudicial podría suponer una vulneración de algún derecho fundamental, como el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Por esta vía (revisando la pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial) el Tribunal Constitucional podría seguir ostentando competencias relativas a la adecuación del derecho nacional al derecho comunitario.

Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional también ha rechazado esta posibilidad. Diversas sentencias se han enfrentado explícitamente con este tema, con ocasión de recursos de amparo en que se pide al Tribunal que estime la vulneración del derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución ante la negativa de los tribunales a formular la cuestión prejudicial relativa a una interpretación

15. Un análisis de la posición del Tribunal puede encontrarse en López Castillo, A., «La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas», *Revista de Estudios Políticos*, 99 (1998), pp. 189-215, y Ortiz Vaamonde, S., «El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61 (2002), pp. 301-347. Para un análisis exhaustivo, ha de destacarse el libro de Alonso García, R. (en prensa al redactarse estas líneas), *El juez español y del derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*.

de normas comunitarias, cuestión reputada por los recurrentes como esencial para determinar la compatibilidad con esas normas del derecho español aplicable. En la Sentencia 11/1993 (caso *API*) el Tribunal mantuvo que «ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que habría de darse a (una) directiva» (FJ 2); posición corroborada en la Sentencia 180/1993 (caso *Gómez Montelio*). En ésta se afirma que «no procederá que se suscite la cuestión prejudicial cuando el Juez no tenga duda sobre cuál sea la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria, o cuando la respuesta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda dar a dicha cuestión no sea determinante de la solución que haya de darse al litigio», y en consecuencia estima que «ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que habría de darse a (una) directiva».¹⁶

5. Las «líneas de defensa» del Tribunal Constitucional

El reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional del carácter propio del ordenamiento comunitario, y su caracterización de la contradicción entre las normas comunitarias y las normas internas como carente de relevancia constitucional, encuentra sin embargo algunos límites. La autorrestricción de la competencia del Tribunal para conocer de posibles conflictos entre el derecho comunitario y el derecho interno muestra al menos dos excepciones, con ocasión de las cuales el Tribunal se reserva la posibilidad de pronunciarse sobre actuaciones jurídicas insertas en el ordenamiento comunitario, a efectos de proteger la supremacía constitucional. Estas excepciones se refieren, por una parte, a la garantía de los derechos fundamentales, y por otra a la preservación de los mecanismos de reforma constitucional, como expresión de la supremacía constitucional. Y es de destacar que la capacidad de revisión que el Tribunal se concede respecto de la compatibilidad entre normas comunitarias y nacionales se refiere a los casos en que estas normas de derecho interno estén recogidas en la Constitución. Como se verá, las líneas que ahora se apuntan relativas a la evolución de la estructura constitucional europea no dejan de amenazar sustancialmente a estas «líneas de defensa».

a) *Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y derecho comunitario*

Por lo que se refiere a la garantía de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido a exceptuar su posición general, manifestada en el caso *Elecciones*, que remitía al juez ordinario el examen de la compatibilidad entre derecho interno y derecho comunitario. En efecto, en una decisión posterior, el Tribunal Constitucional se reserva el conocimiento de aquellos casos, mediante la vía del recurso de amparo, en que, en aplicación de normas de derecho comunitario, los po-

16. Ver sobre esta cuestión Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, 2002, pp. 114 y ss.

deres públicos españoles hubieran podido afectar a derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución española. Tal postura se manifestó con rotundidad en la Sentencia 64/1991 (caso *Apesco*), en que se planteaba el tema de la extensión de la jurisdicción de amparo del Tribunal Constitucional en los supuestos en que los poderes públicos españoles hubieran actuado en ejecución de normas comunitarias, afectando derechos fundamentales.

La doctrina se ha ocupado abundantemente de comentar las afirmaciones del Tribunal en *Apesco*.¹⁷ En forma resumida, pueden señalarse tres ideas básicas contenidas en esa Sentencia. Primeramente, que el Tribunal no considera que sea su función proteger el cumplimiento de mandatos del derecho comunitario («en el presente asunto a este Tribunal no le corresponde resolver si la actividad de los poderes públicos aquí impugnada se acomoda o no al derecho comunitario europeo») sino examinar si se han respetado derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española («el único problema sobre el que hemos de pronunciarnos es el de si la normativa estatal y los actos de ejecución aplicados a los recurrentes se compadecen o no con las exigencias de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución»). En segundo lugar, el Tribunal considera irrelevante, a efectos de afirmar su jurisdicción, el hecho de que las autoridades administrativas españolas actúen en ejecución de normas comunitarias: ello no les priva de su carácter de Administración nacional, ni las convierte en autoridades comunitarias, ni en «agentes comunitarios no sujetos al derecho interno». Finalmente (y éste sería el pronunciamiento fundamental a los efectos de esta exposición), el Tribunal mantiene que el control de un acto del poder público dictado en ejecución del derecho europeo que pudiera lesionar un derecho fundamental corresponde a la jurisdicción constitucional. Por esta vía, pues, el Tribunal mantiene que el examen de la contradicción entre el derecho comunitario y el régimen nacional de los derechos fundamentales *sí* sigue siendo competencia suya.

Las (potenciales) consecuencias de esta posición son evidentes, al mantener el Tribunal Constitucional como canon irrenunciable de la legitimidad de cualquier actuación de los poderes públicos las disposiciones constitucionales referentes a derechos fundamentales y reservarse la apreciación del respeto a ese canon. En hipótesis, la aplicación de una norma comunitaria, en interpretación confirmada como correcta por el mismo Tribunal de Justicia, podría verse sin embargo anulada por el Tribunal Constitucional por contraria a la Constitución. Siquiera como supuesto, se ve apuntada una «línea de defensa» frente a la primacía del derecho comunitario, en materia de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.¹⁸

17. P. ej., López Castillo, *op. cit.*, pp. 213-214.

18. Si bien es cierto que se trata de una posibilidad hasta el momento teórica, de la que el Tribunal no ha hecho uso, al menos hasta el momento. En palabras de P. Pérez Tremps, «Es cierto que en ningún momento se ha rechazado expresamente que pueda existir un conflicto de ese tipo entre la Constitución y el derecho comunitario, pero también lo es que, pudiendo haberse dicho algo al respecto, no se ha hecho: por el contrario, y de ahí el calificativo no peyorativo de “colaboracionista”, sobre todo el Tribunal Constitucional se ha manifestado partidario de acogerse al *ius commune* de los derechos humanos para evitar conflictos», en «La Constitución española antes y después de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, 13 (2001), pp. 275-276.

b) *Derecho comunitario originario y reforma de la Constitución*

Una segunda reserva a favor de su propia jurisdicción ha sido la establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho comunitario originario, esto es, respecto de los tratados constitutivos. Tal reserva se refiere (y en esto presenta un elemento común con la anterior) a supuestos de incompatibilidad entre el derecho comunitario y las previsiones contenidas en el texto constitucional. La ocasión para la expresión por el Tribunal de esta reserva ha sido, hasta el momento, la Declaración de 1 de julio de 1992 (caso *Maastricht*), relativa a la compatibilidad entre las reformas introducidas en el Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht y el mandato contenido en el art. 13 de la Constitución.

Como es bien sabido, la cuestión planteada, en el fondo, versaba sobre el alcance del artículo 93 de la Constitución: esto es (y sumariamente), sobre si la habilitación concedida por ese artículo a la ley orgánica para que se «atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» incluía la posibilidad de reformar materialmente las cláusulas contenidas en el texto de la Constitución. En otras palabras, si los tratados celebrados de acuerdo con ese artículo prevalecían sobre la misma Constitución. El artículo citado supondría por tanto una vía *sui generis* para la revisión constitucional.

El Tribunal se pronunció en contra de tal posibilidad, y al hacerlo así, estableció su propia competencia para examinar la compatibilidad de las reformas de los tratados (y, obviamente, las disposiciones de los mismos) con la Constitución.¹⁹ En palabras del Tribunal, «en virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidos y mediante la modificación expresa de su propio texto». El Tribunal, pues, establece un límite a la reforma de los tratados constitutivos, límite apreciable bien *ex ante*, mediante el recurso previo de inconstitucionalidad, bien de acuerdo con la lógica del sistema de control de constitucionalidad, y esto resulta especialmente significativo, *ex post*, esto es, mediante un eventual recurso o cuestión de inconstitucionalidad frente al texto de los tratados ya aprobados. Precisamente, se ha señalado abundantemente que la razón del recurso previo de inconstitucionalidad reside en evitar las dificultades que surgirían de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado. Pero no es menos cierto que la Ley orgánica del Tribunal Constitucional considera a los tratados internacionales como objeto posible de la declaración de inconstitucionalidad (art. 27.2 *c* LOTC) como algo distinto del pronunciamiento respecto de tratados sobre los que aún no hubiera recaído el consentimiento del Estado (art. 78.1 LOTC) El Tribunal Constitucional se configura así como juez de la constitucionalidad de los tratados constitutivos y de la reforma de dichos tratados.

19. Ver Pérez Tremps, P., *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, 1993, pp. 71 y ss. y bibliografía allí citada.

6. (Posibles) novedades en el proceso de integración

El resultado del proceso de reformas iniciado en Niza, y cuyo culminación habría de producirse en la Conferencia Intergubernamental de 2004, resulta en el momento de escribirse estas páginas difícil de predecir con una mínima seguridad. No obstante, algunos datos pueden deducirse de los documentos producidos hasta el momento: datos referentes, no a las concretas actuaciones que se lleven a cabo en ese año de 2004, sino más bien a las tendencias presentes en el proceso, tendencias que, cabe suponer, cristalizarán más pronto o más tarde en reformas de la estructura de la Unión Europea. El ritmo con que se llevan a cabo esas reformas puede ser más lento o más rápido: probablemente la fecha de 2004 sea exageradamente optimista. Pero no parece exagerado imaginar que, de llevarse a cabo alguna vez una reforma en profundidad en las estructuras de la Unión, esa reforma se realizará dentro de los cauces y en la dirección que ya apuntan los trabajos en curso.

Los documentos hasta ahora producidos, y que reflejan esa dirección, no dejan dudas sobre la extensión e intensidad con que esa reforma quiere llevarse a cabo. La lectura de la Declaración de Laeken, por ejemplo, ofrece, como temas propuestos para el futuro de la Unión Europea, bajo el epígrafe «Desafíos y reformas para una Unión renovada», una lista que integra una mejor división y definición de competencias en la Unión Europea, la simplificación de los instrumentos de la Unión, mayor democracia, transparencia y eficiencia en la Unión Europea, y una constitución para los ciudadanos europeos. Como se señaló, la convocatoria de la Convención Europea se integraría en este último apartado, aun cuando sus tareas, obviamente, puedan también encuadrarse en cualquiera de los anteriores.

Las materias que caben en una constitución son muy variadas. Desde la perspectiva de los cambios que puedan afectar a la posición del poder judicial en los países de la Unión, es posible, sin embargo, seleccionar algunos aspectos del texto sobre el que hoy trabaja la Convención que podrían tener alguna incidencia sobre ese poder, bien ya en 2004 (lo que no parece muy probable), bien más adelante. Tales materias serían las relacionadas con la consagración del principio de primacía del derecho de la Unión sobre los derechos nacionales, la proclamación formal de una Carta de derechos de la Unión y, *last but not least*, la misma consideración como constitución del texto fundamental de la Unión.

a) *El reconocimiento constitucional de la primacía del derecho europeo*

El artículo 9.1 del texto articulado presentado a la Convención (hoy artículo 10.1 del texto definitivo) establece que «la Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que aquella les atribuye primarán sobre el derecho de los estados miembros». Esta fórmula supone, desde luego, una confirmación formal, en el nivel constitucional, de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en *Costa y Simmenthal*. La aplicación preferente del derecho comunitario vendrá así a verse respaldada por un precepto constitucional. Pero probablemente venga a significar algo más: puede representar un factor de disuasión frente a pretensiones de inaplicación del derecho europeo derivado sobre la base de su eventual falta de cobertura en el reparto de competencias. Si bien no se ha producido declaración al-

guna en este sentido por parte del Tribunal Constitucional español, es bien conocido que otros tribunales se han reservado el derecho de declarar inaplicable el derecho europeo si éste se emitiera fuera del ámbito competencial propio de la Unión, o lo que es lo mismo, versase sobre materias fuera de las competencias de ésta delimitadas en los tratados.²⁰ La redacción del artículo que se comenta no impide que esto se lleve a cabo, ya que predica la primacía únicamente del derecho emitido por la Unión en el ámbito de sus competencias. Pero puesto que la interpretación del derecho europeo, derivado y originario, es competencia del Tribunal de Justicia, será éste en último término, y no los tribunales nacionales (ni siquiera los tribunales constitucionales), el que deberá decidir qué materias caen (o no) bajo la competencia de la Unión, de acuerdo con el texto constitutivo aceptado por los estados miembros. En la práctica, pues, será el Tribunal de Justicia quien disponga de una especie de *Kompetenz/Kompetenz*. La proclamación expresa en el derecho originario de la primacía del derecho europeo dentro del ámbito de competencias de la Unión convertirá en ilegítima toda inaplicación de ese derecho en beneficio del derecho nacional, cualquiera que sea el nivel (incluso constitucional) de éste.

Ello puede acarrear una consecuencia adicional: el reforzamiento de la obligación, por parte de los tribunales de última instancia (y entre ellos los tribunales constitucionales), de acudir al Tribunal de Justicia para delimitar las respectivas esferas competenciales cuando quepan dudas sobre el sentido de los preceptos de la Constitución de la Unión. Sin duda, tal obligación existe ya; no obstante, cabe suponer que la nueva situación forzará a los tribunales constitucionales a hacer un uso mucho más frecuente de la cuestión de lo que viene siendo usual hasta el momento. Como se sabe, y con escasas excepciones, los tribunales constitucionales de los estados miembros han mostrado una notable renuencia a dirigirse al Tribunal de Luxemburgo.

b) *La Carta de derechos fundamentales*

Esta nueva situación se hace más evidente (y afecta directamente a la posición del Tribunal Constitucional español) si se tiene en cuenta la previsión que contiene el artículo 5 del texto inicialmente presentado a la Convención: «La Carta de los derechos fundamentales forma parte integrante de la Constitución». Ello supone que la carta pasa de una situación jurídicamente indefinida²¹ (como texto proclamado pero no in-

20. Lo que resulta especialmente relevante en lo que se refiere a las competencias implícitas de la Unión. Sobre esta cuestión ya tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su famosa decisión sobre el Tratado de Maastricht. Ver López Castillo, A., «De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994), pp. 207-240, esp. pp. 219-220.

21. El texto definitivo aprobado por la Convención reza (art. 7.1): «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de derechos fundamentales que constituye la segunda parte de la presente Constitución.» Para la eficacia jurídica de la Carta de derechos, ver Alonso García, R., «Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de los derechos de la Unión Europea», *Azpilicueta. Cuadernos de Derecho*, 17 (2001), pp. 49-62; Matía Portilla, F. J., «La eficacia de la carta de Niza», en Matía Portilla, F. J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 123-167, y García Roca, J., «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: los tests de constitucionalidad y convencionalidad», en Herrero de la Fuente, *La Carta...*, *op. cit.*, pp. 49-69.

cluido en los tratados constitutivos) a formar parte del derecho constitucional de la Unión. Se convierte así en derecho vinculante, bien que con una proyección reducida: vinculará, de acuerdo con su artículo 51, «a las instituciones y órganos de la Unión [...] así como a los estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión». Así y todo, y en este ámbito, la admisión de la fuerza vinculante de la Carta tendrá consecuencias sobre la posición del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la defensa de los derechos fundamentales. Como se vio, el Tribunal español se ha reservado la verificación de la adecuación de las actuaciones de ejecución del derecho comunitario a los mandatos constitucionales en materia de derechos fundamentales. Hasta el momento, el canon a emplear ha sido exclusivamente el texto constitucional, interpretado, desde luego, de acuerdo con el mandato del artículo 10.2 CE, incluyéndose por ello el derecho comunitario como canon auxiliar de interpretación. Pero la adopción formal de la Carta de Niza supondrá, en no pocos casos, que el derecho fundamental en su caso invocado ante el Tribunal Constitucional en esos supuestos se encuentre recogido no sólo en la Constitución, sino también en las disposiciones de la Carta, esto es, configurándose tanto como derecho fundamental «nacional» cuanto como derecho fundamental «de la Unión». No cabrá ya por tanto (salvo supuestos de *acto claro*) que el Tribunal Constitucional lleve a cabo en forma aislada e independiente de la jurisprudencia europea la definición del contenido de esos derechos, puesto que en los casos de duda sobre ese contenido la interpretación última corresponderá, por la vía de la cuestión prejudicial, al Tribunal de Luxemburgo.

También en este caso, por tanto, se verá reforzada la posición *sui generis* del Tribunal de Justicia como tribunal constitucional,²² al convertirse en fuente de interpretación de derechos fundamentales formalmente consagrados. Ello implica una función sin duda más intensa que la labor pretoriana llevada a cabo hasta ahora en este campo sobre la base de los principios generales del ordenamiento comunitario, las tradiciones comunes de los países miembros y otros fundamentos de impreciso alcance.²³ Y en contrapartida, la función del Tribunal Constitucional deberá, muy posiblemente, orientarse hacia una más estrecha colaboración con el Tribunal de Justicia.

c) *Consecuencias de un eventual carácter constitucional del texto constitutivo de la Unión*

Ya se señaló que el Tribunal Constitucional español no ha renunciado a lo que podría considerarse la última línea de defensa del ordenamiento nacional frente al derecho europeo: la posibilidad de declarar la contradicción entre el derecho originario de la Unión y la Constitución, bien mediante vías procesales *a priori*, frente a reformas de ese derecho aún no aprobadas definitivamente, bien, como se deriva lógicamente, *a posteriori*, a través de procedimientos de inconstitucionalidad frente a las disposiciones de los textos constitutivos ya en vigor. Pero las líneas marcadas en el actual proceso

22. Un análisis de la posición del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional puede encontrarse en Saiz Arnaiz, A., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», en Morodo, R. y De Vega, P., *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid 2001, tomo IV, pp. 2425-2460.

23. Me remito sobre este punto a mi trabajo «La protección de los derechos fundamentales en el proceso de integración europea», en *Liber Amicorum Hector Fix Zamudio*, San José de Costa Rica, 1998, vol. II, pp. 987-1001.

de renovación de esos textos hacen dudar sobre el mismo mantenimiento de esa posibilidad, al menos en un hipotético futuro en que esas líneas se plasmen en el ordenamiento europeo. Ello resulta del carácter constitucional que se predica de la norma básica de la Unión. Si cabe dudar de que ese carácter sea una realidad en fecha tan próxima como el año 2004, resulta claro sin embargo que los documentos que hoy se están proponiendo muestran que la cuestión está ya expresamente planteada *pro futuro*.

El empleo del término «constitucional», como se apuntó, no es inocente,²⁴ y si el texto así designado fuera consecuente con su propia denominación, un resultado sería inevitable: el carácter superior de sus preceptos, incluyendo los relativos a su propia modificación. La calificación de constitucional de un texto supone que no podrá revisarse la corrección jurídica de su contenido a la luz de un texto superior, de existencia, por definición, imposible. Tal revisión, *a priori* o *a posteriori*, no sería lógicamente coherente con su carácter constitucional.

Si un texto constitucional establece la forma de su revisión, tal revisión, si se efectúa correctamente, de acuerdo con las reglas para la reforma, será vinculante para los sujetos a ese texto, sin que sea necesaria una aceptación al efecto por todos y cada uno de ellos.²⁵ Aceptar la primacía de una constitución en su versión originaria (o, en términos más correctos, aceptar un texto como constitucional y, en consecuencia, como superior) supone aceptar también la primacía del texto, en su caso reformado, de esa constitución. En el caso de la Unión Europea, si se mantuviera en el texto finalmente adoptado la denominación de *Constitución* (o de *Tratado constitucional*) empleada en los documentos de trabajo por la Convención, y si el contenido de ese texto fuera coherente con tal denominación, las reformas futuras de la Constitución no dependerían necesariamente, para su efectividad dentro de cada país miembro, de su aceptación, sino únicamente de que se hubiera seguido el procedimiento adecuado de reforma.

Si se mantuviera, pues, el carácter constitucional de la norma básica europea, y se aprobase como tal, no cabría ya en el futuro subordinar la fuerza vinculante de esa constitución europea a su adecuación a la constitución de cada país ni, por ello, cabría una revisión de las futuras reformas de la constitución europea por los tribunales constitucionales para verificar su adecuación a la norma constitucional propia. Esas futuras reformas, por ello, no podrían someterse a revisión ni *a priori* ni *a posteriori* por la jurisdicción constitucional de cada país, una vez aceptado formalmente el carácter constitucional (es decir, supremo) de la norma fundamental europea. Desaparecería así la última barrera a la efectiva primacía del derecho comunitario, y la capacidad revisora del Tribunal Constitucional quedaría restringida al ámbito exclusivo del derecho nacional.

Claro está que una norma no tiene por qué ser coherente, y cabe perfectamente (y aún más, resulta previsible) que se decida denominar *Constitución* o tratado constitucional a algo que no lo es. Pero también conviene reconocer que diferir la solución de los problemas no significa necesariamente resolverlos.²⁶

24. Sobre esta cuestión sigue siendo esencial el trabajo de Díez-Picazo, L. M., «Tratados y Constitución» recogido en el volumen del mismo autor *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 81-109.

25. A menos, naturalmente, que la reforma del texto constitucional exigiera la unanimidad. Pero en tal caso cabría dudar de la naturaleza «constitucional» del texto.

26. A la vista de lo dispuesto en el artículo IV-7, apartado 3, de las «Disposiciones generales y finales», del texto definitivo, las líneas anteriores se mantienen en el ámbito de un futuro hipotético.