

Soberanía estatal e integración europea

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—PROPÓSITO.—I. SOBERANÍA ESTATAL Y CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD CONSTITUCIONAL.—II. SOBERANÍA ESTATAL Y NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS TRANSFERIDAS.—III. SOBERANÍA ESTATAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO.—IV. SOBERANÍA ESTATAL Y CAPACIDAD DE DIRECCIÓN POLÍTICA INDEPENDIENTE. LAS «MARCAS» DE LA SOBERANÍA.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Este artículo tiene como fondo la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la compatibilidad entre el Tratado de Lisboa y la Ley Fundamental de Bonn, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca del proceso de integración europea y las relaciones entre el Derecho europeo y la Constitución. En semejante marco se efectúan algunas breves reflexiones de tipo conceptual a propósito de (1) los perfiles de la identidad constitucional de los Estados miembros; (2) la tutela jurisdiccional de la misma frente a las disposiciones y actos de las instituciones de la Unión Europea y las complejas conexiones al respecto entre el TC y el Tribunal de Justicia de la UE, sobre todo en materia de derechos fundamentales; (3) la inclusión en el acervo competencial de la UE de la creación hermenéutica de poderes implícitos; (4) la limitación de la primacía del Derecho europeo por las exigencias derivadas de la identidad constitucional de los Estados; (5) y, en fin, los únicos supuestos en que cabría hablar de pérdida de la soberanía estatal en el curso de la construcción política europea.

PALABRAS CLAVE: Soberanía estatal, supremacía constitucional, primacía del Derecho europeo.

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

ABSTRACT

In the frame of german Federal Constitutional Court's judgement about Treaty of Lisbon and the spanish Constitutional Court's doctrine on the relations between the european construction process and national Constitution, this article exposes some conceptual thoughts concerning: (1) EU Member States constitutional identity and (2) its jurisdictional protection; (3) EU implied powers; (4) EU Law primacy and Member States Constitutions; (5) when Member States sovereignty should become EU sovereignty.

KEY WORDS: *State sovereignty, constitutional supremacy, European Law primacy.*

PROPÓSITO

Las páginas que siguen¹ pretenden abordar algunas cuestiones teóricas que, muy especialmente a los constitucionalistas, nos suscita el proceso de integración europea. Para ello nada mejor que abordar tales cuestiones —siquiera brevemente— a partir de una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa², que, sin mengua de su carácter a menudo polémico, es un documento de una riqueza conceptual y temática impresionante, sobre el cual todos los iuspublicistas europeos estamos llamados a reflexionar desde nuestros respectivos ámbitos de especialidad pero en constante diálogo interdisciplinar. Por incluir un riquísimo *thesaurus* de *Hauptprobleme* del proceso de edificación de Europa, la Sentencia alemana (sobre la que existe ya una bibliografía inabarcable) nos convoca a revisar los fundamentos mismos de la Teoría del Estado, ya para consolidarlos, ya para reemplazarlos por otros más idóneos en orden a explicar las singularidades de dicho proceso.

¹ Este artículo se halla todavía *in fieri*, por lo que no debe el lector extrañarse de encontrar en él elementos de andamiaje, desajustes sistemáticos y, desde luego, partes precisadas de mayor elaboración. El texto procede del *paper* que me encargó la Fundación Giménez Abad para un seminario sobre «Soberanía estatal e integración europea. Cuestiones teóricas del proceso de estatalización de Europa», que tuvo lugar el 23 de junio de 2011. A ese *paper* le he ido añadiendo aquello que los avatares del temprano curso académico me han permitido, fundamentalmente anotaciones jurisprudenciales.

² He hecho uso principalmente del texto excelentemente traducido por Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez, disponible en Internet y contenido también en la obra de LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO y JOSÉ MENÉNDEZ, AGUSTÍN, *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, presentación y coordinación del propio Carlos Vidal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 203 y ss. Señalo entre paréntesis los párrafos que designan los fundamentos jurídicos de la Sentencia y que son objeto de cita.

I. SOBERANÍA ESTATAL Y CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD CONSTITUCIONAL

1. A diferencia de la Constitución española de 1978 (CE), que no contiene límites materiales a su reforma, sino únicamente límites procedimentales, competenciales y cronológicos, el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) establece una cláusula de intangibilidad o garantía de perpetuidad del siguiente tenor: «Queda prohibida toda modificación de la presente Ley fundamental que afecte a la organización de la Federación en Länder, al principio de participación de los Länder en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20». De esta manera, dice el Tribunal Constitucional Federal (TCF), la Ley Fundamental «no solamente presupone la categoría de Estado soberano de Alemania, sino que también la garantiza» (§ 216). Añade que los «principios estructurales» del artículo 20, es decir, la democracia, el Estado de Derecho, el carácter social del Estado, la forma republicana de la jefatura estatal y el Estado federal, así como el contenido de los derechos fundamentales imprescindible para el respeto de la dignidad de la persona, «no son en ningún caso susceptibles de modificación en su esencia» (§ 217). Es más, «desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el artículo 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del poder constituyente del pueblo. El poder constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar los principios constitucionales que el artículo 79.3 LFB establece como fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal vela por ello» (§ 218). Por último, la autorización para la integración europea se encuentra con «el límite de la identidad constitucional indisponible (art. 79.3 LFB)» (§ 219).

2. Según se advierte, el TCF identifica la soberanía estatal de Alemania con la inmutabilidad de su identidad constitucional. Tal apreciación resulta inobjetable si la fuerza pasiva de la Ley Fundamental se opone a cualquier pretensión innovadora ajena al Estado alemán. En ese sentido la Constitución de todo Estado es la norma interna que mejor refleja su soberanía, es decir, la validez autorreferencial y originaria del ordenamiento jurídico que el Estado personifica. Identidad constitucional e identidad estatal pueden, pues, coincidir conceptualmente si se quieren ver desde la perspectiva del respeto que la Unión Europea ha de dispensar a la «identidad nacional» de sus Estados miembros y a las «funciones esenciales» de los mismos (art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea: TUE³).

Ahora bien, la inmutabilidad constitucional no es expresión de soberanía de ningún órgano federal (tampoco, pues, del «poder constituyente del pueblo» a que se refiere el TCF), cosa que sería incompatible

³ Las citas del Tratado de la Unión Europea se refieren siempre a su versión consolidada.

con la estructura policéntrica de un Estado constitucional⁴; ni prohíbe a la República Federal de Alemania (RFA) modificar irrestrictamente su norma suprema también en lo que concierne al artículo 79.3 de la misma, so pena de cuestionar la propia soberanía *ad intra* del Estado alemán, es decir, la positividad de su Derecho⁵. Lo que sucede es que la plena capacidad revisora de la identidad constitucional alemana resulta otorgada por el artículo 146 LFB, debido a conocidas razones históricas, solamente a «una Constitución que haya sido libremente aprobada por el pueblo alemán». En tal caso el límite que el proceso de integración europea encuentra en la actual «identidad constitucional indisponible» podría modificarse⁶.

Por lo demás, cabe constatar que la propia noción de *identidad constitucional* que maneja el TCF alemán es más restringida que la de identidad nacional empleada en el TUE. Aquélla, que podemos incorporar a nuestro lenguaje técnico en el ámbito de estudio de las relaciones entre la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros, la utiliza el TCF, sin embargo, para englobar únicamente las normas constitucionales que enumera el artículo 79.3 LFB y que definen la forma estatal. En cambio, el artículo 4.2 TUE prescribe el respeto por la Unión de la identidad nacional de tales Estados, «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional». Es, pues, la Constitución de los Estados nacionales *in toto* —y no solamente las disposiciones constitucionales coesenciales a la forma del Estado o, menos aún, estrictamente las normas que, por regular el procedimiento de reforma de la Constitución, integran el llamado «núcleo constitucional»⁷, estas últimas las cuales vienen a suponer la sede de la *kompetenz-kompetenz*— la ley suprema que la UE ha de respetar a fin de no infringir la identidad constitucional de dichos Estados.

⁴ Véase sobre esto PUNSET, R., *En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)*, «Fundamentos», 1/1998, pp. 329 y ss., ensayo recogido en «Estudios parlamentarios», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 213 y ss.

⁵ Acerca de la superabilidad del límite material del artículo 79.3 LFB mediante una reforma constitucional de doble grado, conviene tener presente que, como ha escrito ALÁEZ, B., «el sistema jurídico sólo puede ver satisfecho su carácter dinámico con una interpretación del enunciado normativo del límite material que reduzca su función a la clausura parcial de su capacidad cognitiva, nunca a su clausura total. No ya porque la misma prive al Pueblo de su capacidad de autodeterminación normativa o porque su afirmación tenga carácter jurídicamente ilógico, sino porque la clausura absoluta pone en peligro el cumplimiento diferenciado por parte del sistema jurídico de su función y, con ello, la validez misma del ordenamiento» (*Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, BOE y CEPC, Madrid, 2000, p. 221).

⁶ Acerca de dicha capacidad y de las discusiones doctrinales que suscita véanse, no obstante, STERN, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 356-358, y BACIGALUPO, M., *Política y Constitución en la Alemania actual*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 75, 1992, pp. 274-276 y 288-290.

Compárese la inmutabilidad proclamada en el artículo 79.3 LFB con el axioma que hizo célebre el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures».

⁷ Cfr. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 64.

De la misma manera, la identidad constitucional española no se circunscribe a las disposiciones de la Constitución de 1978 dotadas de mayor rigidez (de una rigidez casi absoluta, por cierto) en el artículo 168.1 CE, precepto que, incluso si integra el núcleo constitucional, resulta en mi opinión reformable por el método menos agravado del artículo 167, a diferencia del artículo 79.3 LFB, totalmente intangible según la doctrina científica y la misma jurisprudencia del TCF. Es más: se puede afirmar con carácter general que identidad constitucional indisponible por la UE y mayor o menor rigidez de la Constitución no guardan relación alguna entre sí, debiendo la UE respetar igualmente la identidad constitucional del Reino Unido, cuyas normas constitucionales son paradigma de flexibilidad y se hallan, pues, a la plena disposición del legislador parlamentario nacional.

En resumidas cuentas, el artículo 4.2 TUE no permite diferenciar según su mayor o menor fuerza pasiva los preceptos de las Constituciones de los Estados miembros, que son en su totalidad intangibles por las instituciones europeas. Naturalmente, la reforma constitucional posterior a la adhesión o a los sucesivos Tratados integrantes del Derecho originario europeo cabe que entre en contradicción con éstos. Sucederá entonces que el Estado que haya aprobado la modificación constitucional opuesta a los Tratados incurrirá en responsabilidad ante la UE, pudiendo adoptarse frente a él, entre otras medidas, la de suspensión de derechos prevista en el artículo 7 TUE.

II. SOBERANÍA ESTATAL Y NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS TRANSFERIDAS

1. Dice la Sentencia del TCF que sirve de guía a estas reflexiones que la LFB autoriza una amplia transferencia de «derechos de soberanía» (*Hoheitsrechte*) a la UE, si bien tal habilitación queda supeditada a la preservación de la «estatalidad constitucional soberana» de la RFA, es decir, a la observancia del «principio de atribución singular y restringida de competencias», al respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros y a la conservación por éstos de su «capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida» (§ 226).

2. Es claro que la expresión «estatalidad constitucional soberana» puede ser ventajosamente sustituida por «soberanía estatal», mucho más precisa. En cuanto a los «derechos de soberanía», así denominados en los artículos 23.1 y 24.1, 1 a) y 2 LFB, se corresponden con las «competencias derivadas de la Constitución» cuyo *ejercicio* puede atribuirse a «una organización o institución internacional» en los términos del artículo 93 CE. Se trata, en suma, de potestades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales englobadas en las funciones estatales de creación y aplicación del Derecho. La «derivación» constitucional de dichas competencias refleja la no originariedad de las que asume el sujeto receptor de las mismas, sobre las cuales el Estado español conserva la titularidad y la facultad de revocación a ella inherente. Como señala el Tribunal Constitucional español (TC), la cesión de las competencias

entraña una «operación soberana»: son «competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables» a través del procedimiento de retirada voluntaria (actualmente previsto en el art. 50 TUE), mediante el cual se instrumenta «una renuncia... reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (Declaración del Tribunal Constitucional [DTC] 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3 y 4).

A esa revocabilidad alude también el TCF alemán. Los avances en la integración europea, observa, «deben, en razón de la Constitución, estar objetivamente limitados mediante el acto de transferencia y ser por principio revocables». De ahí que, «independientemente del compromiso de carácter indefinido adquirido mediante los tratados», la retirada del proceso de integración no pueda impedirse ni por los demás Estados miembros ni por la Unión. No hay aquí, sin embargo, una secesión respecto de una asociación de Estados (*Staatsverband*), sino, precisa el TCF, solamente la salida de una unión de Estados (*Staatenverbund*) basada en el principio del compromiso reversible (§ 233). «Este derecho de retirada, añade, subraya la soberanía de los Estados miembros» y demuestra también que en «el estadio actual de desarrollo de la Unión Europea todavía no se ha traspasado el umbral de lo que es un Estado en el sentido del Derecho internacional». Así, en consecuencia, «si un Estado miembro puede retirarse de la Unión a partir de una decisión tomada bajo su propia responsabilidad, entonces el proceso de integración europeo no es irreversible» (§ 329).

Y, en efecto, las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la UE de acuerdo con las previsiones constitucionales y teniendo como límite la Constitución misma las recibe un ente supranacional carente de carácter estatal. Tampoco se trata de una Federación de Estados que conserven, según lo estipulado en la Constitución federal (o deducido de ella por su intérprete supremo), el *ius secessionis* como último vestigio de su soberanía. De ahí que «el derecho de retirada» de los Estados integrantes de la UE encuentre en el artículo 50 TUE únicamente un procedimiento ordenado de realización y no contemple restricción alguna a la capacidad decisoria del Estado que resuelva abandonar la Unión⁸.

3. La cesión competencial *quoad exercitium* que permite el artículo 93 CE presenta, por otra parte, dos tipos de limitaciones. En primer lugar, a través del procedimiento instituido en dicho precepto constitucional no cabe autorizar la contradicción de la propia Constitución. Ello puede parecer tan obvio que resulte ociosa su advertencia, teniendo en cuenta además la completa desemejanza procesal entre el mecanismo de transferencia competencial del artículo 93 y los de reforma constitucional⁹, pero la doctrina del Tribunal Constitucional en este extremo evidencia la riqueza de matices que el aserto contiene. Mediante la DTC 1/1992, de 1 de julio, el Tribunal descarta que el artículo 93 CE pueda emplearse «como instru-

⁸ Sobre la libertad al respecto de los Estados miembros véase el § 330.

⁹ En Alemania, por el contrario, la transferencia en cuestión ha de realizarse por el mismo procedimiento que el previsto para la reforma de la Ley Fundamental (art. 23.1 LFB).

mento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales». El artículo 95.1 CE, a cuyo tenor «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional», resulta aplicable a todo tipo de tratados, excluyendo que puedan «ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere». La «función de garantía» que desempeña el artículo 95 «no debe resultar contrariada o disminuida» por lo dispuesto en el artículo 93, sino que han de conciliarse ambas previsiones constitucionales. Ello supone que «los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa» por los cauces del Título X de la misma y que la hipótesis del tratado *contra Constitutionem* ha sido, en definitiva, excluida por el artículo 95 del texto constitucional (FJ 4.º).

En segundo lugar, la competencia para decidir sobre las propias competencias es insusceptible de cesión. Lo viene a afirmar el TC en esta resolución. En virtud del artículo 93, dice, las Cortes Generales no pueden «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 establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto» (ibídem)¹⁰. También el TCF alemán hace hincapié en la prohibición de transferir la *Kompetenz-Kompetenz*, cuestión que, sin embargo, vincula no a la cesión de la potestad de reforma constitucional, sino a la no transferencia de «derechos de soberanía de tal modo que a partir de su ejercicio puedan justificarse de modo independiente nuevas competencias para la Unión Europea» (§ 233)¹¹. La imposibilidad de aquella cesión la tiene, empero, bien clara cuando afirma que «la obligación, en el Derecho europeo, de respetar el poder constituyente de los Estados miembros como señores de los Tratados se corresponde con la identidad intransferible, y en esa medida resistente a la integración, de la Constitución (art. 79.3 LFB)» (§ 235).

¹⁰ «Esta es, añade, la conclusión que impone el dictado del art. 95.1, sin que sea ocioso recordar que la operación consistente en excepcionar enunciados constitucionales a través de un Tratado, quebrando así la generalidad de las disposiciones de la Constitución, llegó a ser planteada, y no fue acogida, en el proceso constituyente (art. 55.3 del Anteproyecto de Constitución y, con otro alcance, enmienda núm. 343 de las presentadas en el Senado al Proyecto de Constitución)» (*loc. cit.*).

¹¹ Cuando se transfieren a la UE competencias de forma imprecisa o para un ulterior desarrollo, o cuando las instituciones europeas «pueden justificar nuevas competencias, terminar de perfilarlas ampliándolas o extenderlas en la práctica, corren el peligro, observa el Tribunal, de sobrepasar el programa de integración predeterminado y de actuar al margen de los límites de sus atribuciones. Avanzan por una senda en cuyo final se encuentra el poder de disposición sobre sus fundamentos constitucionales, es decir, la competencia para disponer sobre sus competencias» (§ 238).

La atribución a la UE de la competencia sobre las competencias —previa reforma al respecto de las normas constitucionales de los Estados miembros— se produciría si éstos aceptasen que en lo sucesivo la modificación de los Tratados (el Derecho europeo originario) no requiriera la unanimidad, bastando al efecto una mayoría cualificada. Es éste uno de los supuestos de «muerte» o extinción de la soberanía estatal, que se desplazaría a la UE aunque la misma careciese de una «Constitución» así denominada, pasando a adquirir los Tratados configuradores de la Unión un carácter constitucional, independientemente de su *nomen iuris*. La exigencia de unanimidad en orden a la ratificación por los Estados miembros de cualquier modificación de los Tratados que contiene el artículo 48 TUE refleja, pues, perfectamente la índole no soberana —confederal y no federal— de la Unión. Compárese este aspecto con la intervención de los Estados miembros en el procedimiento de reforma de una Constitución federal (cuando tal intervención es directa y no, simplemente, a través del Senado de la Federación), que no precisa la conformidad de todos ellos, los cuales, consiguientemente, no conservan más que nominalmente la condición estatal, debiendo alterar sus «Constituciones» para acomodarse a las sucesivas reformas de la Constitución federal si se ven afectadas por ellas.

4. De otra parte, cabe preguntarse en qué medida la transferencia de competencias desde un Estado soberano a un ente supranacional puede predeterminar en todos sus extremos el alcance y el ejercicio de las potestades objeto de cesión, teniendo en cuenta además que, entre otros mecanismos de autotutela, el cesionario posee órganos jurisdiccionales propios que asumen en plenitud su característica función hermenéutica, tanto en su vertiente nomofiláctica como nomotética.

Dispone el artículo 5.1 TUE que «la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución» y el ejercicio de las mismas por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Tales principios se definen en los apartados siguientes de este artículo¹². Por supuesto, «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros» (art. 5.2). Pues bien, a pesar de ello, y como observa sabiamente el TCF alemán, ni la predeterminación competencial aludida puede ser completa y abarcar todos los aspectos ni resulta factible eludir la tendencia institucional al reforzamiento de los poderes transferidos. «Quien opta por la integración debe siempre contar con la formación autónoma de la voluntad de las instituciones de la Unión. Se debe por ello asumir que existe una tendencia a la protección del acervo comunitario (*acquis communautaire*) y a la interpretación favorable a la eficacia de las competencias en el sentido de la doctrina estadounidense de los *implied powers* o de la regla del *effet utile* del Derecho de los tratados internacionales». Esto, concluye,

¹² Según el TC español, al preceptuarse que la UE debe ejercer sus competencias no exclusivas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, «se racionaliza y limita el fenómeno de la expansividad competencial, propiciada anteriormente por la naturaleza funcional y dinámica del Derecho comunitario» (DTC 1/2004, FJ 3).

«forma parte del mandato de integración querido por la Ley Fundamental» (§ 237).

Verdad es, no obstante, que, para respetar el principio de atribución, la creación hermenéutica de *poderes implícitos* no ha de fundamentarse más que en aquellos que los Tratados otorgan expresamente a la UE, los cuales resultan su presupuesto inexcusable y para cuya mayor efectividad las instituciones europeas reclaman los de carácter inherente.

5. Un aspecto esencial de la sentencia del TCF acerca del Tratado de Lisboa es la reivindicación —que entronca con la doctrina jurisprudencial anterior del Alto Tribunal— de la competencia de la jurisdicción constitucional alemana sobre la verificación del ejercicio *intra vires* de las potestades comunitarias y el respeto por éstas de la identidad constitucional de la República Federal. He aquí una cuestión, sin duda, de gran interés, a la que, por consiguiente, hay que dedicar la mayor atención.

5.1. Tanto el control *ultra vires*, que operaría frente a las extralimitaciones de las instituciones de la UE y las vulneraciones consiguientes de los principios de atribución y de subsidiariedad, como el control de identidad constitucional frente a la lesión de ésta por parte de dichas instituciones resultan inestables «cuando no puede conseguirse la protección jurídica en el plano de la Unión». Ambos tipos de control son susceptibles de conducir a que el Derecho comunitario sea declarado inaplicable en Alemania. Y ello bien a través de las vías procesales existentes (como son el control de normas abstracto y concreto, el conflicto entre órganos, el conflicto entre la Federación y los Länder y el recurso de amparo), bien mediante un procedimiento específico que cree el legislador (§ 240 y 241)¹³.

De otro lado, y en atención a «la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana», también sería posible que el propio legislador, igualmente con carácter excepcional, incumpliera el derecho de los tratados internacionales —aceptando, no obstante, las correspondientes consecuencias en el plano de las relaciones internacionales— si ésta fuese «la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución» (§ 340)¹⁴.

En el ordenamiento español nunca se ha planteado por el Tribunal Constitucional de manera tan clara y reiterada una reivindicación semejante. La misma idea late, empero, en la DTC 1/2004, que es, como se sabe, un

¹³ Véanse también los §§ 337 a 339. La declaración por el TCF de que el Derecho de la UE es inaplicable en Alemania ha de efectuarse, en todo caso, «excepcionalmente, y bajo condiciones especiales y estrictas», según la jurisprudencia del Tribunal (§ 340).

¹⁴ Añade el TCF que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su Sentencia de 3 de septiembre de 2008 (*caso Kadi*), adoptó una interpretación similar, según la cual cabe aducir principios jurídicos fundamentales de la Comunidad frente a la pretensión de validez, en términos de Derecho Internacional, de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El TJCE afirmó entonces la identidad de su comunidad jurídica por encima del compromiso que en cualquier otro caso respeta. «Tal figura jurídica, precisa el TCF alemán, no sólo resulta habitual en las relaciones jurídicas internacionales como invocación del *ordre public* en tanto que límite a un compromiso adquirido en un tratado; también se corresponde... con la idea de relaciones políticas entre ordenamientos que no están estructurados de forma acorde con una estricta jerarquía» (§ 340).

pronunciamiento sobre la conformidad con nuestra Norma Suprema del luego fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Dice aquí el TC que «en el caso difícilmente concebible (*sic*) de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes...» (FJ 4).

Dejando aparte la incorrecta mención de la soberanía «del pueblo español», que debería sustituirse por la invocación de la soberanía estatal¹⁵, resulta necesario destacar ante todo que ni el TCF alemán ni el TC español poseen jurisdicción sobre normas o actos que no sean de Derecho público interno. Es verdad que el TC, además del control preventivo de los tratados internacionales antes de que el Estado preste su consentimiento en orden a su celebración (arts. 95 CE y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), dispone, para la verificación de la conformidad de los mismos con la Constitución, de las vías del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 27 LOTC). Y lo mismo por la vía de la «autocuestión» de inconstitucionalidad del artículo 55.2 LOTC (cfr. STC 187/1991, FJ 1), lo que significa que cabe un recurso de amparo contra un acto interno de ejecución o aplicación de un tratado internacional, comprendidos, claro está, los actos de aplicación del Derecho de la UE, originario y derivado (cfr. STC 58/2004, FJ 11¹⁶).

Dicho lo cual, conviene precisar a continuación que la declaración de nulidad que, según el artículo 39.1 LOTC, ha de seguir a una eventual declaración de inconstitucionalidad resulta improcedente en relación con los tratados, sobre los cuales carece de jurisdicción el TC, debiendo recaer únicamente sobre el acto interno por el que se autorizan o recepcionan en el ordenamiento español (v.g., la ley orgánica de autorización prevista en el art. 93 CE en el supuesto del Derecho europeo originario). La especial fuerza pasiva de los tratados internacionales, consagrada constitucionalmente (art. 96 CE), impide que puedan ser objeto de una declaración

¹⁵ Vid. PUNSET, R., ob. cit., *passim*, para una fundamentación detallada de la afirmación del texto.

¹⁶ Se reitera, en efecto, en esta Sentencia la competencia del Tribunal «para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno» cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos y libertades enunciados en los artículos 14 a 30 de la CE (STC 64/1991, FJ 4). Ello porque «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución» (STC 64/1991, *loc. cit.*).

unilateral de nulidad¹⁷. Otra cosa es que el pronunciamiento declarativo de su antinomia con la Constitución obligue al Estado a proceder a su denuncia y a los poderes públicos estatales (especialmente a los órganos judiciales) a inaplicar las disposiciones de los tratados declaradas inconstitucionales. Podrá el Reino de España en tales circunstancias incurrir, ciertamente, en responsabilidad internacional, pero la soberanía estatal no permite resolver la antinomia verificada abdicando de la supremacía de la Constitución. Otro tanto cabría predicar de la declaración de nulidad pronunciada en una sentencia estimatoria de un recurso de amparo y que únicamente puede referirse a una «decisión, acto o resolución» (art. 55.1 a/ LOTC) de un poder público interno, aunque obligaría a la inaplicación del Derecho europeo en que se fundasen.

5.2. Ahora bien, en cualquier procedimiento en que, por parte del TC, tenga lugar, dentro de la *ratio decidendi* de su resolución, un juicio de confrontación o un examen de compatibilidad del Derecho europeo con la Constitución¹⁸ ha de intervenir previamente, de modo indefectible, el

¹⁷ En la STC 38/2007 se recogen las alegaciones del Abogado del Estado en el sentido de que «es dudoso que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado pueda llevar consigo un pronunciamiento de nulidad, siendo de la competencia del Derecho internacional determinar la validez o nulidad de los tratados, tal y como presuponen los arts. 95.1 y 96 CE (siendo de atender el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigor para España desde 1980)». Lo razonable, en cambio, sería que la sentencia estimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con un tratado fuese uno de aquellos supuestos en que el TC o bien se limitase a declarar meramente la inconstitucionalidad (SSTC 45/1989 y 235/1999), o bien pospusiera la fecha inicial de la nulidad (SSTC 195/1998 y 208/1999) para que, en un plazo razonable, se procediese a una revisión constitucional o se acudiese a las vías propias del Derecho internacional (negociación, denuncia, etc.) al objeto de hacer desaparecer la parte inconstitucional del tratado (Antecedente 7). Ciñéndose estrictamente al caso, el Tribunal responde que «la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)». En el supuesto enjuiciado sólo si esa declaración de inconstitucionalidad se produce (y ello no sucedería así) «tendrá sentido que pasemos a precisar sus consecuencias, si es que éstas, por algún motivo, no pudieran ser estrictamente las que en principio se desprenden de las previsiones literales de nuestra Ley Orgánica» (FJ 3).

¹⁸ Conviene precisar que esto no sucede cuando el Derecho europeo y su aplicación carecen de relevancia en el proceso constitucional. En efecto, siguiendo una larga línea doctrinal que separa el ámbito de la jurisdicción constitucional, y el canon de enjuiciamiento que en ella se emplea, de la nomofilaxis del Derecho europeo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 134/2011, de 20 de julio (desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de noviembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la misma), señala de nuevo (FJ 6, 7 y 8) que, si bien es de apreciar la conexión entre las dos leyes recurridas y la normativa europea, reiteradamente ha venido diciendo que «aunque se trate de disposiciones que articulan o aplican otras del Derecho derivado europeo [...] las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991 y 236/1991), la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, pues la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en

TJUE a través de la cuestión de prejudicialidad¹⁹. En efecto, si el TC es el «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), el TJUE tiene encomendada la garantía del «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» y ostenta indudablemente la supremacía hermenéutica respecto del Derecho de la Unión, así como el monopolio del enjuiciamiento de la validez de los actos adoptados por las instituciones europeas (arts. 19 TUE y 267 TFUE). De este modo, aunque es verdad que, según proclama reiteradamente el TCF alemán, los Estados miembros de la UE son, de manera permanente, «los señores de los tratados», toda vez que de ellos deriva «la autorización para ejercer competencias supranacionales» (§ 231), el TJUE es su máximo intérprete por voluntad de esos mismos Estados. De lo que se desprende que la determinación última del contenido del Derecho europeo por obra del TJUE condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los Tribunales Constitucionales. Igualmente, debiendo la UE respetar la identidad constitucional de los Estados miem-

cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental» (STC 79/1992, FJ 1). Ello no resulta óbice para reconocer que prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la normativa comunitaria «puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial» (STC 13/1998, FJ 3). Además de esto, es de advertir que «la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 [de la CE] se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E» (SSTC 28/1991, FJ 4, y 64/1991, FJ 4). Así, en suma, *el Derecho comunitario no se erige en parámetro de constitucionalidad en nuestro orden interno*, ya que «no corresponde a este Tribunal [...] pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea» (SSTC 28/1991, FJ 5, 64/1991 y 147/1996).

Más recientemente aún, la STC 136/2011, de 13 de septiembre (dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 89 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra numerosas disposiciones de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), ante la impugnación de un precepto legal a causa de su pretendida contradicción con el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), reitera (FJ 12 d)) que el Tribunal es juez de la constitucionalidad de las normas, no de su «comunitariedad»; que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho europeo, pues ese control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); y que la [verificación de la] contradicción entre una norma estatal y una norma europea es una tarea «que este Tribunal ha excluido, en principio, de los procesos constitucionales... habida cuenta de que ni el Derecho comunitario originario ni el derivado “poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley”». Añade, con abundancia de citas jurisprudenciales, que ello no impide que tanto las disposiciones de los tratados internacionales cuanto las del Derecho comunitario derivado puedan, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, cuyo concreto contenido precisará el TC «a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas», según señalaba la DTC 1/2004.

¹⁹ Preceptúa el artículo 267 TFUE que cuando se plantee ante un órgano jurisdiccional de los Estados miembros una cuestión sobre «la interpretación de los Tratados» o sobre «la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión» y las decisiones de dicho órgano «no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia (véase también el art. 19.3 b) TUE).

bros, el perfil exacto de la misma es el determinado por esos Tribunales y no por el TJUE, que ha de atenerse al respecto a la doctrina de aquéllos.

Naturalmente, la delimitación de los correspondientes ámbitos jurisdiccionales no siempre ha de resultar fácil, sobre todo en materia de derechos fundamentales, los cuales se encuentran proclamados en las Constituciones de los Estados miembros, y por consiguiente bajo la tutela de los órganos judiciales y de los Tribunales Constitucionales nacionales, pero también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que vincula a dichos Estados, bajo la nomofilaxis última del TJUE, «*cuando apliquen el Derecho de la Unión*» (art. 51.1 de dicha Carta). La CDFUE, que, según el artículo 6.1 TUE, posee el mismo valor jurídico que los Tratados, pero que en absoluto altera el régimen competencial instituido por ellos, plantea arduos problemas en el plano de las fuentes de interpretación, la cual ha de moverse en una triple dimensión: la de los derechos equivalentes a los reconocidos (1) en las Constituciones de los Estados miembros, (2) en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y (3) en «el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros». Aquí lo importante es destacar que, en la medida en que la Carta «reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones», y que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros (arts. 51.4 y 53 CDFUE).

En orden a clarificar las relaciones entre el TJUE y nuestro TC sobre derechos fundamentales, deben tenerse presentes, sin embargo, dos consideraciones doctrinales del Alto Tribunal español. En la Sentencia 64/1991 se deja bien sentado que la «interpretación» a que alude el artículo 10.2 CE no convierte a los tratados internacionales «en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos». Así, la validez mencionada debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades fundamentales, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional» (FJ 4 *a*). Como se ve, *la correcta comprensión del artículo 10.2 requiere distinguir entre la fuente normativa —únicamente la Constitución misma— y la fuente hermenéutica de los derechos*. Cuando éstos se contienen también en el ordenamiento originario europeo, como ocurre con la CDFUE, ha de operarse, según anticipaba ya la DTC 1/2004 (FJ 6), de acuerdo con la experiencia relativa a los problemas de articulación suscitados por la integración del CEDH en el sistema nomofiláctico de nuestra justicia constitucional, esto es, «en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas... para la interpretación auténtica de los convenios

internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española», teniendo presente además que la jurisprudencia del TEDH se erige «en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo» por la UE y los Estados miembros. Finalmente, la CDFUE «se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno»²⁰.

5.3. Un caso que va a poner a prueba estas intrincadas conexiones es el de la concesión de extradición pasiva en el supuesto de que el Estado requirente, miembro de la UE, permita los juicios *in absentia* sin posibilidad de impugnación ulterior. Enfrentado a un supuesto tal, el TC estableció primero, en la Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, la doctrina de la vulneración «indirecta» de derechos fundamentales. Tanto en las solicitudes de extradición como en las de homologación de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros a través del mecanismo del *exequatur*, «los órganos judiciales españoles, dice el TC, han de pronunciarse sobre la validez constitucional de resoluciones dictadas por Tribunales no nacionales, pese a que la Constitución Española rige solamente en el territorio nacional», aunque también gravita, desde luego, sobre la actuación extraterritorial de las autoridades de nuestro Estado. Y es que, como ya se señalaba en la DTC 1/1992 (FJ 4), «los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer *ad intra* sus atribuciones». Ello así, supone, según el TC, una vulneración indirecta del artículo 24.2 CE, «al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, ... acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa». En su Voto Particular a esta STC 91/2000, el Magistrado Cruz Villalón observa que «la categoría de las “vulneraciones indirectas” debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo [se refiere a la República Italiana], se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades», sometida a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De parecida guisa se expresa en otro Voto Particular el Magistrado Jiménez de Parga. El TC mantuvo, no obstante, su doctrina, considerada aplicable por la Sentencia 177/2006, de 27 de julio, al procedimiento de la orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la UE sustituye al establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957. Lo propio hizo en la Sentencia 199/2009, de 28 de septiembre, a la que se formularon dos Votos Particulares. En el del Magistrado Rodríguez-Zapata se

²⁰ Para una sinopsis de los problemas de articulación que, en materia de protección de derechos fundamentales, se producen entre la Corte Constitucional italiana, los jueces ordinarios, el TEDH y el TJUE, véase PATRONI GRIFFI, F., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudici dei diritti e giudice dei conflitti*, «Federalismi.it», núm. 20/2011, de 19 de octubre.

argumenta que «España no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea». Por su parte, el Magistrado Pérez Tremps sostiene también que «un Estado, en principio, no puede imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales»; y en todo caso una hipotética lesión de derechos fundamentales en un Estado no cabe que se repare en otro, sino que tal reparación habrá de obtenerse mediante el acceso al TEDH. Añade Pérez Tremps que si el TC entendiera que la regulación comunitaria de la euroorden vulnera un derecho fundamental, debería plantear una cuestión prejudicial de validez ante el TJUE, no inculprir dicha regulación.

En fin, el TC, mediante Auto 86/2011, de 9 de junio, acordó precisamente transitar, por primera vez, la vía prejudicial²¹. No abandona con ello la doctrina de la inconstitucionalidad indirecta, pero en esta importante determinación se plantea *en qué medida el Derecho europeo, originario y derivado, afecta al parámetro de enjuiciamiento aplicable a la resolución de un recurso de amparo*. El TC se enfrenta a un problema cuya solución, según afirma, depende en gran parte de la interpretación y de la validez del artículo 4 bis, apartado 1²², de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio (en la redacción que se le dio en 2009), así como de la interpretación del artículo 53 CDFUE. Habida cuenta de la doctrina anterior del TC sobre las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el canon de control para enjuiciar la constitucionalidad de la autorización judicial relativa a la extradición del demandante de amparo a la República Italiana «ha de ser integrado a partir, entre otras, de las normas del Derecho de la Unión Europea que protegen los correspondientes derechos fundamentales, así como de las que regulan la orden europea de detención y entrega, de donde deriva claramente la trascendencia constitucional de la interpretación que haya de darse a esas disposiciones del Derecho de la Unión». O sea, en el contexto del proceso de amparo —dentro del cual se dirime si la resolución judicial extraditoria vulneró o no indirectamente el artículo 24.2 CE— «el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar»

²¹ Son aún escasos los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la UE que han hecho uso del reenvío prejudicial: los de Bélgica (11 veces desde 1997), Austria (3 veces desde 1999), Lituania (1 vez, en 2007) e Italia (1 vez, en 2008) (cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial*, en el libro-homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de próxima edición).

²² Según el cual la autoridad judicial de ejecución podrá denegar la cumplimentación de la euroorden cuando el imputado no haya comparecido en el juicio, a menos de que conste fehacientemente su citación al mismo, junto con la advertencia de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o se dé la circunstancia de que, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, hubiera dado mandato a un letrado para que le defendiera en él y tal defensa se hubiera efectivamente producido. Estas condiciones concurren en el supuesto litigioso llevado al recurso de amparo.

aquella parte del contenido de los citados derechos constitucionales «que despliega eficacia *ad extra*²³, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde la entrega sin condicionamiento». Así, en suma, *el Derecho de la UE* que se ha mencionado *debe tenerse en cuenta a la hora de integrar el canon de constitucionalidad relevante para enjuiciar la resolución judicial impugnada en amparo* (ATC 86/2011, FJ 4 b) y c)). Por ello, el TC acuerda plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1.^a) El artículo 4 bis, apartado 1, citado, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en dicha disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado? 2.^a) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible semejante disposición con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y de los derechos de defensa previstos, respectivamente, en los artículos 47 y 48.2 CDFUE? 3.^a) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, el artículo 53 CDFUE, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, ¿permite a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, *otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la UE, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro*?

Ahora bien, según mi opinión, debe quedar claro en cualquier caso que la afectación de la interpretación del Derecho europeo al parámetro aplicable en el proceso de amparo —aunque se le conceda por el ATC 86/2011 «trascendencia constitucional» y se afirme que integra el canon de control de la constitucionalidad del acto de Derecho interno objeto de enjuiciamiento por el TC— jamás deja de ser una afectación de carácter hermenéutico. El parámetro normativo sigue siendo la Constitución misma, es decir, los derechos y libertades que ella proclama y para cuya tutela privilegiada ha instituido el recurso de amparo. No se niega con tal observación la importancia de la fuente hermenéutica internacional o supranacional de los derechos, pero se pretende destacar que su utilización por mandato del artículo 10.2 CE nunca podría oponerse al tenor literal de los preceptos constitucionales que los contienen ni eliminar la supremacía del TC en su interpretación, pues a él le compete precisar en último término su contenido, como acaba de reiterar la STC 136/2001²⁴.

²³ Para el TC hay un «contenido absoluto» de los derechos fundamentales que, «en virtud de su validez universal», se proyecta *ad extra*, obligando a los órganos judiciales españoles a valorar de conformidad con tal contenido, so pena de incurrir en inconstitucionalidad indirecta, los actos de los Estados extranjeros (cfr. STC 91/2000, FJ 7 y 8).

²⁴ Vid. *supra*, nota 18, *in fine*. Por otra parte, la función de estricto canon hermenéutico de la CDFUE se halla reconocida por el propio legislador español. El artículo 2 de Ley Orgánica 1/2008,

III. SOBERANÍA ESTATAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO

El fallido Tratado constitucional incluía, por primera vez, un precepto a cuyo tenor «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros» (art. 6). Por razones políticas —una concesión al populismo chovinista y euroescéptico— el precepto figura ahora escondido en la Declaración núm. 17 relativa a la primacía, aneja al Acta Final del Tratado de Lisboa, y se halla formulado en estilo indirecto²⁵.

1. Para el TCF alemán, puesto que el fundamento y el límite de la vigencia del Derecho de la UE en la RFA es el mandato de aplicación contenido en la Ley que autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa —«mandato que solamente puede ser impartido dentro del marco del orden constitucional vigente», reitera—, resulta indiferente si la primacía aplicativa del Derecho europeo, ya reconocida anteriormente por el propio TCF, está prevista en los Tratados mismos o en la Declaración citada. De ahí, por tanto, que tal primacía no implique «la renuncia a la estatalidad soberana o a la identidad constitucional» (§ 343).

2. Entre nosotros el TC, con ocasión del examen del artículo 6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, proclamó la inexistencia de contradicción de ese precepto con la supremacía de la Constitución española. Primacía y supremacía, explica el Tribunal, «son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados... Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamen-

de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa preceptúa, en efecto, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE y en el apartado 8 del artículo 1 de dicho Tratado, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce «se interpretarán también» de conformidad con lo dispuesto en la Carta.

²⁵ La Conferencia «recuerda», dice la Declaración, que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del TJUE, «los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Además, «la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía», de 22 de junio de 2007. Dictamen, en fin, según el cual resulta de la jurisprudencia del TJ que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del mismo, como inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En la primera sentencia al respecto (*Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964), inicio de una jurisprudencia constante, señala el Tribunal que «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». No contenía entonces el Tratado mención alguna a la primacía, continúa el Dictamen, y todavía hoy sigue sin contenerla. «El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

te con la previsión contenida en su artículo 93... En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo I-6 del Tratado» (DTC 1/2004, FJ 4). La frase destacada en cursiva no tiene, ciertamente, una redacción feliz, pues *aquello que la Constitución autoriza no es su propia inaplicación por el Derecho europeo, sino únicamente la del Derecho interno de rango infraconstitucional*. De todos modos se trata de una inexactitud puntual, pues el conjunto de la DTC 1/2004 no deja lugar a dudas acerca del estricto ámbito tanto material como formal que se atribuye a la primacía del Derecho de la UE. Si la jurisprudencia del TJCE relativa al alcance de semejante primacía pudo causar la alarma y provocar las reservas y cautelas de algunos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, la proclamación en el Tratado constitucional y en el Tratado de Lisboa del respeto por la Unión de la identidad constitucional de esos Estados debe corregir forzosamente las afirmaciones más tajantes de dicha jurisprudencia²⁶, afirmaciones que están en el origen de los Votos Particulares discrepantes con la apreciación de la DTC 1/2004 de que la primacía preceptuada no se oponía a la supremacía constitucional y también, seguramente, en la raíz de la opinión del Consejo de Estado, que no comparto, de que todas las normas integrantes del acervo comunitario, de acuerdo con el artículo 6 del Tratado constitucional, «han de anteponerse a todas las normas jurídicas españolas, incluidas las constitucionales», lo que viene a ser una «mutación constitucional (*sic*), derivada directamente del Derecho comunitario jurisprudencial»²⁷.

²⁶ Entiende nuestro TC que la cesión del ejercicio de competencias a la UE y la integración consiguiente de su Derecho en el Derecho español «imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional». Esta afirmación atestigua un concepto material de soberanía al que nos referiremos en el epígrafe siguiente. Ahora bien, prosigue diciendo el Tribunal, diversos preceptos del Tratado constitucional [luego recogidos igualmente en el Tratado de Lisboa: cfr. arts. 2 y 4.2 TUE] y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión «vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales..., garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros». Aparte de esto, la primacía establecida en el artículo 6 del Tratado «se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución...». Resulta, pues, que «las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución» (DTC 1/2004, FJ 3).

²⁷ Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 sobre modificaciones de la Constitución española, pp. 74-75.

IV. SOBERANÍA ESTATAL Y CAPACIDAD DE DIRECCIÓN POLÍTICA INDEPENDIENTE. LAS «MARCAS» DE LA SOBERANÍA

Yendo más allá de la consideración de la soberanía como la validez *a se* del ordenamiento jurídico estatal —lo que entraña un concepto formal de soberanía, entendida estrictamente como cualidad predicable de ese sujeto de imputación del Derecho que es el Estado o, más precisamente aún, como cualidad exclusiva del ordenamiento jurídico estatal—, cabe preguntarse si, en el ámbito del proceso de integración europea, resulta lícito acudir también al empleo de un concepto material o sustancial de soberanía, esto es, a la idea de un núcleo intangible o indisponible de poderes del Estado que operarían, según el lenguaje de Jean Bodin, como las «vrayes marques de la souveraineté».

1. Ya hemos dicho que, de acuerdo con la doctrina de la DTC 1/1992, a través del mecanismo de la ley orgánica del artículo 93 CE lo único que legítimamente puede hacerse es atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no transferir su titularidad, ni efectuar reformas constitucionales de ninguna clase, ni, en fin, ceder la potestad de realizar tales reformas. Lógicamente, la transferencia del ejercicio de competencias constitucionales a la UE implica una correlativa disminución de las que corresponde ejercer al Estado español. ¿Hasta dónde cabe llegar en ese proceso? Semejante interrogante equivale a inquirirse por el momento en que, dadas la entidad o naturaleza de las competencias cuyo ejercicio se ha atribuido, inherentes al Estado como fenómeno histórico, desaparece la sustancia de la soberanía estatal, que se pretende vincular de modo indisoluble con determinadas potestades o «marcas».

Esa pregunta, empero, por lo que concierne a las transferencias que autoriza el artículo 93 CE, sólo puede responderse en el sentido de que la Constitución no ha establecido expresamente límite material alguno al respecto, como, en cambio, ha hecho en el supuesto de transmisión a las Comunidades Autónomas de «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal *que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*» (art. 150.2), donde me parece que el constituyente ha tenido en cuenta la preservación de las «marcas» de la soberanía en favor de los órganos generales del Estado, tal y como ocurría con el rey en los orígenes de la teoría de la soberanía.

2. Ya hemos dejado constancia (cfr. II, 1), sin embargo, de cómo, a criterio del TCF alemán, la preservación de la soberanía de la RFA requiere que la transferencia competencial a la UE no afecte a su «capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida». Esta cuestión aparece inextricablemente vinculada en el *corpus* doctrinal del Tribunal a la preservación de los principios democráticos contenidos en la Ley Fundamental, ya que «la integración europea no debe conducir a un vaciamiento del sistema de soberanía democrática en Alemania», ni la UE puede incumplir principios democráticos fundamentales (§ 244). Todo lo

cual conlleva la realización de una compleja, agotadora y discutible (pero a veces fascinante) tarea de delimitación de las «marcas» de la soberanía del Estado alemán, o sea, de las competencias y potestades que la RFA debe necesariamente conservar en el orden socioeconómico, tributario y de gasto público, educativo y cultural, penal, militar, etc.

Para el TCF, «se produciría un déficit democrático estructural no aceptable de conformidad con el artículo 23, en conexión con el artículo 79.3 LFB, si la extensión de las competencias, el poder de dirección política y el grado de autonomía en la formación de la opinión de las instituciones de la Unión, alcanzaran un nivel similar al nivel de la Federación en un Estado federal (es decir, un nivel análogo al de un Estado), porque por ejemplo las competencias legislativas esenciales para la autodeterminación democrática se ejercieran principalmente en el plano de la Unión. *Si se produce, en el curso de la evolución del proceso de integración europea, un desequilibrio entre la clase y el alcance de los derechos de soberanía ejercidos y el grado de legitimación democrática*, le corresponde a la República Federal de Alemania, sobre la base de su responsabilidad con respecto a la integración, impulsar una reforma y, en último extremo, incluso rechazar seguir participando en la Unión Europea» (§ 264). Lo importante a la hora de analizar si las competencias que se transfirieran a la UE producen un «vaciamiento inconstitucional de las funciones del Bundestag alemán» no es, de todos modos, la cantidad de tales competencias, ni el porcentaje de actos legislativos de los Estados miembros que están ya influidos, predeterminados o determinados por la Unión, sino si la RFA «retiene posibilidades sustanciales de conformación a nivel nacional de ámbitos normativos y de ámbitos vitales centrales» (§ 351)²⁸. Y concluye que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las nuevas competencias transferidas en los ámbitos de la cooperación judicial en asuntos penales y civiles, las relaciones económicas exteriores, la defensa común y los asuntos sociales pueden y deben ser ejercidas por las instituciones europeas de manera tal que «en el plano interno de los Estados miembros permanezcan tareas de suficiente peso por su extensión e importancia que, tanto jurídicamente como en la práctica, sean premisa de una democracia viva». Las competencias citadas, pues, no son en sí mismas «elementos que crean un Estado»; tampoco desde una perspectiva global vulneran la estatalidad soberana de la RFA de forma constitucionalmente relevante (ibídem).

Según se advierte, el TCF, que se ha atribuido mediante el control *ultra vires* y el control de identidad constitucional la facultad de proteger la integridad de la LFB frente a cualquier disposición o acto adoptados por las instituciones europeas y de decretar, en su caso, la inaplicación de los

²⁸ Siguiendo esta concepción, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2011 sobre la Ayuda Europea a Grecia el TCF considera que, en tanto que expresivas de la potestad de autoorganización democrática derivada del derecho ciudadano de sufragio, las decisiones sobre ingresos y gasto público no podrían dejar de estar en manos del Bundestag, al que compete una responsabilidad presupuestaria intransferible (cfr. LÓPEZ CASTILLO, A., *La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario sucinto de la Sentencia de 07.09.2011*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 39, Madrid, 2011, pp. 487-502).

mismos en la República alemana, asume igualmente la función de preservar —tanto mediante el control de los tratados como del Derecho de la UE— la *estatalidad suficiente* de dicha República; en suma, de su *capacidad de dirección política independiente*. Ahora bien, la misión que el TCF se arroga de velar por la continuidad de la soberanía estatal sustancial le otorga un poder excesivo. Y no sólo en relación con la actividad de la UE, cuyo control de jurisdicción corresponde al TJUE, sino sobre todo en el ámbito interno. El TCF, en efecto, no quiere ser únicamente el guardián de la Constitución, sino también de la configuración y devenir históricos del Estado alemán. Desempeña, de tal guisa, un papel similar al del rey en la monarquía constitucional germánica del siglo XIX; es decir, ejerce, además de una facultad de veto ilimitado sobre una materia de contornos difusos, una función basada en un fondo de poder cercano a los orígenes de la legitimidad de la obligación política y extramuros del mismo Derecho Constitucional²⁹.

3. ¿Resulta irrelevante, en consecuencia, desde la perspectiva de la soberanía estatal, la importancia o trascendencia de las competencias a transferir? Cuando se elaboró la doctrina bodiniana de las «marcas» de la soberanía, se formuló al mismo tiempo un programa político de centralización del poder en beneficio de la monarquía francesa. En la actualidad, el desapoderamiento estatal tiene lugar *ad intra* y *ad extra*: no sólo a través de la descentralización política interior o de la apertura al Derecho internacional y al Derecho europeo, sino mediante fenómenos de desmonopolización como la denominada «huida del Derecho Administrativo». En resumidas cuentas, ¿son el Reino de España o la RFA menos soberanos tras el establecimiento de la moneda única, por poner un ejemplo clave de «marca» bodiniana de la soberanía? Y de responderse afirmativamente a esta cuestión surge inmediatamente otra: a partir de la pérdida de qué potestad del Estado cabe sostener la «muerte» de la soberanía estatal si se sigue conservando, en cambio, la *Kompetenz-Kompetenz*. A mi juicio, la UE no alcanzará la estatalidad por la acumulación de competencias y la relevancia de las mismas, sino únicamente cuando los Estados miembros decidan renunciar a su soberanía, entendida como cualidad formal (no material o sustancial) del respectivo ordenamiento, para integrar una Federación. Naturalmente, la renuncia a la estatalidad soberana precisaría, como último acto de soberanía estatal, la reforma constitucional.

V. CONCLUSIONES

1. El respeto por la UE de la *identidad constitucional* de los Estados miembros comprende la totalidad de las normas que integran sus Constituciones o leyes constitucionales, y no sólo aquella parte de ellas que se consideren coesenciales a la forma estatal, o que resulten declaradamente intangibles

²⁹ Sobre el modelo constitucional aludido véase HEUN, WERNER, *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*, en «Fundamentos», 2/2000, pp. 559 y ss.

por el poder constituyente constituido o que regulen el procedimiento de reforma de la Constitución.

2. Las competencias cuyo ejercicio transfieren a la UE los Estados miembros de acuerdo con sus previsiones constitucionales y teniendo como límite las Constituciones respectivas, las recibe un ente supranacional carente de carácter estatal. Por tanto, y como precisa el TCF alemán, el «derecho de retirada» de la UE por parte de los Estados miembros no es una modalidad de *ius secessionis*.

3. La competencia para decidir sobre las propias competencias es insusceptible de cesión. Una atribución tal, previa reforma de las Constituciones de los Estados miembros, se produciría, entre otros supuestos, si dichos Estados aceptasen que en lo sucesivo la modificación de los tratados integrantes del Derecho europeo originario no requiriera la unanimidad, bastando al efecto una mayoría cualificada. La soberanía estatal se desplazaría entonces a la UE aunque la misma careciese de una «Constitución» así denominada, pasando a adquirir los tratados una naturaleza constitucional, independientemente de su *nomen iuris*. La UE, en suma, se convertiría en una Federación.

4. Aunque la delimitación de las competencias de la UE se rija por el principio de atribución, su exacto contenido no puede determinarse completamente en los tratados, debiendo aceptarse como parte de la dinámica de la integración europea la creación hermenéutica de *poderes implícitos* dirigidos a la mayor efectividad del acervo competencial.

5. La protección de la identidad constitucional por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros frente a los tratados y frente a los actos de las instituciones europeas que la desconozcan o menoscaben ofrece aspectos problemáticos. Ciñéndonos a nuestro estudio, ni el TCF alemán ni el TC español poseen jurisdicción sobre normas o actos que no sean de Derecho público interno. Sí caben, no obstante, en el Derecho español recursos, cuestiones y autocuestiones de inconstitucionalidad en relación con los tratados, lo que significa que cabe también un recurso de amparo contra un acto interno de ejecución o aplicación de un tratado internacional, comprendidos, claro está, los actos de aplicación del Derecho de la UE, originario y derivado. Aunque la específica fuerza pasiva de los tratados, constitucionalmente establecida, impide que puedan ser objeto de un pronunciamiento anulatorio, una mera declaración de inconstitucionalidad de sus disposiciones obligaría a la inaplicación de las mismas en el territorio nacional, ya que la soberanía del Estado no permite resolver la antinomia abdicando de la supremacía de la Constitución. Otro tanto ocurriría tras la declaración de nulidad acordada en una sentencia estimatoria de un recurso de amparo formulado contra una decisión, acto o resolución de un poder público interno, porque obligaría igualmente a la inaplicación del Derecho europeo en que se fundasen.

Ahora bien, en cualquier procedimiento en que, por parte del TC, tenga lugar, dentro de la *ratio decidendi* de su resolución, un examen de compatibilidad del Derecho europeo con la Constitución ha de intervenir previa-

mente, de modo indefectible, el TJUE a través de la cuestión de prejudicialidad. Por consiguiente, la determinación última en tal caso del contenido del Derecho europeo condiciona decisivamente el juicio de compatibilidad internormativa que, en el plano de la constitucionalidad, están llamados a realizar los Tribunales Constitucionales. Del mismo modo, debiendo la UE respetar la identidad constitucional de los Estados miembros, el perfil exacto de tal identidad no puede ser otro que el determinado por esos Tribunales y no por el TJUE, que ha de atenerse al respecto a la doctrina de aquéllos. Naturalmente, la delimitación del alcance de los correspondientes ámbitos jurisdiccionales no siempre ha de resultar fácil, sobre todo en materia de derechos fundamentales, aunque en esto la jurisprudencia del TEDH puede servir de ayuda, al resultar un denominador común interpretativo tanto para la UE como para los Estados miembros.

El ATC 86/2011, de 9 de junio, supone el uso por vez primera del reenvío prejudicial. Entre otros aspectos de interés, aquí se plantea el Alto Tribunal español en qué medida el Derecho europeo afecta al parámetro de enjuiciamiento aplicable a la resolución de un recurso de amparo. Así mismo, suscita la cuestión de la compatibilidad entre los derechos proclamados en la CDFUE y un mayor nivel de protección de los derechos equivalentes reconocidos en la CE. Sin embargo, a mi juicio, debe quedar claro en cualquier caso que la afectación de la interpretación del Derecho europeo al parámetro aplicable en el proceso de amparo jamás pierde su carácter hermenéutico. El parámetro normativo sigue siendo la Constitución misma, es decir, los derechos y libertades que ella proclama y para cuya tutela privilegiada ha instituido el recurso de amparo. No se niega con tal observación la importancia de la fuente hermenéutica internacional o supranacional de los derechos, pero se pretende destacar que su utilización por mandato del artículo 10.2 CE nunca podría oponerse al tenor literal de los preceptos constitucionales que los contienen ni eliminar la supremacía del TC en su interpretación, pues a él le compete precisar en último término su contenido.

6. La primacía del Derecho europeo sobre el Derecho de los Estados miembros no puede afectar a la soberanía de éstos ni, por tanto, a su identidad constitucional. Desde luego, la CE no ha previsto, en ámbito alguno, su propio desplazamiento o inaplicación, sino únicamente los del Derecho interno de rango infraconstitucional. Aparte de esto, supone, a mi juicio, un error conceptual considerar que la doctrina jurisprudencial del TJCE sobre la primacía del Derecho comunitario incluso frente a las Constituciones de los Estados miembros —anterior en todo caso al Tratado de Lisboa y que tras él no puede tener ya igual alcance, debiendo entenderse forzosamente corregidas sus afirmaciones más tajantes— viene a ser una «mutación constitucional». La mutación no es el resultado de un conjunto de actos contrarios al texto constitucional, sino una costumbre interpretativa de éste.

7. Por último, yendo más allá del concepto formal de soberanía, cabe preguntarse si, en el ámbito del proceso de integración europea, resulta lícito acudir también al empleo de un concepto material, esto es, a la idea de

un núcleo intangible o indisponible de potestades que, por ser inherentes al Estado como fenómeno histórico, no se pueden transferir a la UE sin que desaparezca la sustancia de la soberanía estatal. La respuesta ha de ser, en mi opinión, negativa. Y ello no sólo porque la CE no ha establecido expresamente límite material alguno a las transferencias que autoriza su artículo 93, sino porque no es posible asociar la «muerte» de la soberanía estatal a una potestad determinada si se sigue conservando la *Kompetenz-Kompetenz*. Así, en suma, la UE no habrá de alcanzar la estatalidad por la acumulación de competencias y la relevancia de las mismas, sino únicamente cuando los Estados miembros decidan renunciar a su soberanía, entendida como cualidad formal (no material o sustancial) del respectivo ordenamiento, para integrar una Federación. Naturalmente, la renuncia a la estatalidad soberana precisaría, como último acto de soberanía estatal, la reforma constitucional.