

Problemas constitucionales en la recepción del Derecho derivado comunitario (5 noviembre 1979)

Leyenda: El Boletín del Ministerio de Justicia publica el 5 de noviembre de 1979 un ensayo del Magistrado Juan de Miguel Zaragoza acerca de los problemas constitucionales en la recepción del Derecho derivado comunitario con vistas a la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (CEE).

El autor comienza exponiendo una serie de presupuestos teóricos del derecho derivado comunitario, para pasar a describir posteriormente los sistemas de recepción y efectividad en los derechos internos, así como la recepción y la efectividad en el Derecho español, es decir, la constitucionalidad de los Tratados comunitarios y del derecho derivado. El documento finaliza con una nota sobre las fuentes del Derecho español con vistas a su adhesión.

Fuente: Secretaría de Estado para la Unión Europea, Madrid, 1016.I.III ESP 9c), 05.11.1979.

Copyright: (c) Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España

URL:

http://www.cvce.eu/obj/problemas_constitucionales_en_la_recepcion_del_derecho_derivado_comunitario_5_noviembre_1979-es-11e24ccc-bc8d-45ca-9542-30be1353c5c8.html

Publication date: 20/02/2014

COLABORACION

saludo y
 9/2/11
 Monca 1979 11.188

Problemas constitucionales en la recepción del Derecho derivado comunitario

Boletín de jurisprudencia
 Ministerio de Justicia

Por JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA
 Magistrado
 Diplomado del Centro Universitario de Altos
 Estudios Europeos de Estrasburgo

SUMARIO:

- I. *Planteamiento.*
- II. *Presupuestos teóricos del Derecho derivado comunitario.*
- III. *Sistemas de recepción y efectividad en los derechos internos.*
 - 1) Organos.
 - 2) Metodología.
 - 3) Efectos.
- IV. *Recepción y efectividad en el Derecho español.*
 - 1) Constitucionalidad de los Tratados comunitarios.
 - 2) Constitucionalidad del derecho derivado.
- V. *Nota sobre las fuentes del Derecho español en la perspectiva de la adhesión a la C. E. E.*
 - 1) Derecho estatal y derecho de la Comunidad autónoma.
 - 2) Competencias concurrentes y regla de conflicto.
 - 3) La Comunidad autónoma en la aplicación del Derecho comunitario.

I. PLANTEAMIENTO

La Constitución española permite la transferencia de competencias estatales a organizaciones internacionales y supranacionales y asegura la efectividad (1) del derecho nacido de dichas organizaciones.

En la perspectiva de la adhesión de España a la C. E. E. es útil plantearse ya cómo se insertará el orden jurídico comunitario en el sistema de fuentes formales establecido por la Constitución, tanto en relación al derecho estatal como al derecho, de límites y contenido no uniforme, de las Comunidades autónomas.

El Estado español va a realizar, gradualmente, una doble cesión de competencias, hacia arriba (organizaciones internacionales) y hacia abajo (organizaciones subestatales), quedando con unas competencias de atri-

(1) El término «efectividad» no lo empleo en el sentido que se da en la doctrina internacionalista como límite al relativismo y expresión de una cierta objetivación (Carrillo, *Soberanía del Estado...*, págs. 181 y sigs.), sino en el sentido usual en el derecho interno, como positivación y vigencia efectiva.

bución y otras residuales. Este esquema plantea problemas técnico-jurídicos del más alto interés, aunque el nivel de investigación doctrinal y experiencia histórica es muy diferente en cada proceso, pues mientras en el primer campo se dispone de una amplia investigación doctrinal y un considerable arsenal de medidas legislativas y soluciones jurisprudenciales, en el Derecho comparado y en el derecho de la C. E. E., en el segundo se pisa un terreno nuevo en el que faltan todavía estudios especializados, ya que ni siquiera se han empezado a identificar los problemas concretos. Por ello, la aproximación a esta temática, debe realizarse con profunda modestia y, desde luego, con espíritu constructivo, no recreándose en los errores o insuficiencias de la Constitución, sino procurando extraer su efecto útil.

II. PRESUPUESTOS TEORICOS DEL DERECHO DERIVADO COMUNITARIO

Algunos de los más importantes problemas técnico-jurídicos planteados por los Tratados comunitarios han sido superados merced a un esfuerzo doctrinal importante y sobre todo a una acción convergente del Tribunal de Justicia de las Comunidades y los diferentes tribunales nacionales, por el cauce de las llamadas cuestiones prejudiciales. Así, el problema de la constitucionalidad de aquellos tratados, que se planteó en una primera fase, como consecuencia de la inadaptación de las Constituciones europeas al llamado derecho constitucional comunitario o el de la primacía absoluta y vigencia directa de una parte del derecho derivado, que en el terreno de los principios ya nadie discute y del que es una culminación la contundente y reciente sentencia Simmenthal (2), que marca un hito, difícilmente reversible, como en su día lo fue el que estableció la sentencia Costa.

Pero como es bien sabido, el derecho comunitario no es sólo un derecho codificado en los tratados institucionales, sino un proceso continuo de creación de normas, empleando este término en un sentido muy amplio, para no reproducir una vez más las discusiones acerca de la propiedad de calificar como legislativo el poder normativo comunitario (3). Y es, justamente, en el estadio de recepción y aplicación diaria del derecho derivado, en el seno de los sistemas jurídicos nacionales, donde se sitúan ahora los problemas (4). Esta temática es de suma complejidad para los nuevos

(2) Sentencia de 9-III-78. Texto en *Revue trimestrielle de Droit Européen*, septiembre 1978, pág. 540. Ver igualmente interpelación de M. Debré al Ministro de Justicia de Francia en 20-X-77. *R. T. D. E.*, marzo 1977, pág. 170.

(3) La C. E. E. se define como «Estado de Derecho», creo que por primera vez en 1976. Cfr. *Dixième Rapport sur l'activité des Communautés en 1976*, página 301. El Poder legislativo sería uno de los elementos de ese Estado de Derecho. El Tribunal de Justicia ha empleado la terminología de «actos cuasi-legislativos» (sentencias de 16-VII-56, *Recueil de la Jurisprudence*, vol. II, 227) y en otras sentencias la de «poder normativo legislador comunitario» (sentencias de 18-III, 18-VI y 15-VII-1970, *Recueil de la Jurisprudence*, vol. XVI, págs. 69, 451, 662). El citado asunto Simmenthal en su Considerando 18 dice rotundamente: «poder legislativo de la Comunidad».

(4) En el pasado año 1978 se han iniciado 100 procesos por presuntas infracciones al tratado C. E. E. y emitido 46 informes en el marco del artículo 169 del Tratado de Roma. Por primera vez en la historia jurídica comunitaria se han

países, que deberán aceptar y digerir, en bloque, toda la masa de ese derecho derivado, sin necesidad de notificación expresa (directivas), tal y como se estableció en el artículo 149 del Acta de Adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y como verosíblemente se hará en el tratado que se concierte con España.

Esa complejidad no es sólo técnica, sino fundamentalmente política, en una perspectiva de Estado, no partidista, pues en la distinción formal entre las dos fuentes típicas del derecho derivado, el reglamento y la directiva (dejando aparte otras atípicas, como los Acuerdos en Consejo, etc.), es preciso ver dos distintas concepciones o dos tiempos de marcha, en la intensidad del proceso de integración. Cuando se dice, en transcripción literal del artículo 189 del Tratado de Roma que el reglamento es obligatorio en todos sus elementos y que la directiva lo es sólo en cuanto a los resultados, pero no en cuanto a los medios, hay que darse cuenta que el reglamento revela el máximo de transferencias de competencias, funcionales y materiales, difuminándose el Estado en la fase de aplicación de la norma, que recibe sin acto alguno de transformación, mientras la directiva revela unas competencias retenidas, en materias que no se han querido «comunitarizar». Esta es una distinción que vamos a reencontrar en países que, como España, presentan un cuadro interno de redistribución vertical del poder. Aquella distinción condiciona en buena medida el proceso de efectividad del derecho comunitario y está presente en el ánimo de sectores de las burocracias y hombres políticos europeos. Un interesante ejemplo sería la reciente decisión del Consejo de Estado francés, en el asunto referido al Decreto administrativo de expulsión del, en otra época, conocido dirigente estudiantil Cohn-Bendit, donde entre los diversos temas jurídicos que se tocan aparece una frase, como perdida, en la que se recuerda que en materia de orden público los Estados no han transmitido a la Comunidad la competencia para legislar por vía de reglamento, sino sólo por vía de directiva (5), razonamiento que está alineado con conocidas tesis de notables de la mayoría.

Si desde el lado comunitario existen los problemas que derivan de la novedad y complejidad de la estructura de ese orden jurídico, desde el lado interno hay que añadir las disfuncionalidades que pueden surgir de las peculiaridades constitucionales, legislativas y administrativas. En el caso de España, esas dificultades son máximas, dada la inexperiencia sobre la aplicación de la Constitución y las insuficiencias que se revelan en una primera lectura de sus artículos 143 y siguientes. El problema es reductible, creo, a dos coordenadas: de una parte, a la necesidad de evitar que la primacía y la efectividad del derecho comunitario sean contradichas por dificultades técnicas internas y, de otra, por la necesidad de evitar que se reproduzca ese problema general que ha señalado Herrero de Miñón (6), consistente en la alteración del equilibrio institucional inter-

publicado estos informes en el *Boletín de las Comunidades*. Fuente: *Douzième Rapport*, Luxemburgo, febrero 1979, pág. 318.

(5) Decisión de 22-XII-78. Ministerio del Interior contra Cohn-Bendit. Texto del informe del Comisario del Gobierno y de la Decisión, en *R. T. D. E.*, marzo 1979, págs. 157 y sigs. Ver también J. BOULOIS, «L'applicabilité directe des directives. A propos d'un arrêt Cohn-Bendit», *Revue du Marché Commun*, marzo 1979.

(6) En torno al artículo 14 de la Ley de Cortes, *Boletín Informativo de Ciencias Políticas*, núm. 8/1971. Ver también José Luis CASCAJO: «Nota sobre el con-

no por la actividad exterior del Ejecutivo. A este respecto no se debe desconocer que si bien la norma comunitaria es institucional, es decir, teóricamente «europea», sin embargo, en las instancias burocráticas previas continúa actuando el aparato intergubernamental, lo que puede conducir a que se intente «colar», vía Bruselas, decisiones que podrían ser rechazadas por el legislador interno (7). Este es también un problema interno de la Comunidad, pues la alteración o trasvase interno de competencias puede alterar la voluntad inicial de los Estados en el momento de la cesión (8). Por ello debe realizarse un análisis, ~~por~~ de toda esta problemática, en el sistema comunitario y en los sistemas nacionales, con el esquematismo que corresponde a este trabajo.

En el derecho comunitario, la vigencia directa del reglamento, su inmediatividad y su virtualidad derogatoria de toda norma anterior que se le oponga, junto al cierre del sistema, es una doctrina firmemente establecida por una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tribunales nacionales y órganos comunitarios (9), que puede muy bien resumirse, en el Informe final de la Comisión, previo a la ampliación en 1972:

«... el orden jurídico establecido por los Tratados instituyendo las Comunidades se caracteriza esencialmente por la aplicabilidad directa de ciertas de sus disposiciones y de ciertos actos dictados por las instituciones de la Comunidad, por la primacía del derecho comunitario sobre las disposiciones nacionales que le contradigan y por la existencia de procedimientos que permitan asegurar la uniformidad de interpretación del derecho comunitario; que la adhesión a las Comunidades implica el reconocimiento del carácter vinculante de estas reglas, cuyo respeto es indispensable para garantizar la eficacia y la unidad del derecho comunitario.»

Si esa primacía parece fuera de duda, como autolimitación asumida por el legislativo interno que legitimó la cesión y el ejecutivo que la negoció, el problema es de más difícil solución, cuando se plantea a nivel judicial y ha provocado, tradicionalmente, perplejidades de la doctrina, deseosa de salvaguardar la independencia del Poder judicial y al tiempo hacer efectivo aquel conjunto de principios. El juez interno, enfrentado a un conflicto de normas de esta naturaleza, puede verse en la necesidad, para asegurar la primacía del derecho comunitario, de desconocer su propia Constitución o extender sus propios poderes (10). Pero actualmente la respuesta comunitaria es contundente, en el asunto Simmenthal (sentencia de 9 de marzo de 1978) que citaba al principio:

«El Juez nacional, encargado de aplicar en el marco de su competencia las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando, en su caso, sin aplicación, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional,

trol parlamentario de la política exterior», en el vol. *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, 1978, pág. 352.

(7) Jean FOYER: «Le contrôle des Parlements nationaux sur la fonction normative des Institutions communautaires», *R. M. C.*, mayo 1979, pág. 161.

(8) El *statu quo* de Luxemburgo de 1966, mal llamado Acuerdo de Luxemburgo o las reticencias en torno a un uso largo del artículo 235 del Tratado de Roma, responden a esa problemática.

(9) Para datos más amplios, cfr. mi ensayo *Elementos jurídicos de la integración europea*. Ed. Ministerio de Justicia, 1976.

(10) Jacques FERSTENBERT: «L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national», *R. T. D. E.*, marzo 1979, pág. 43.

incluso posterior, sin que deba solicitar o esperar la previa eliminación de aquélla, por vía legislativa o cualquier otro procedimiento constitucional.»

En el Considerando dieciocho de esta sentencia se encuentra el fundamento de esta doctrina, al sentarse, como presupuesto filosófico jurídico, que el hecho de reconocer cualquier eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invadan el dominio en cuyo interior se ejerce el Poder legislativo de la Comunidad o de otra forma incompatible con las disposiciones del derecho comunitario, equivaldría a negar el carácter efectivo de los compromisos asumidos por los Estados, «incondicional e irrevocablemente» y cuestionaría las bases mismas de la Comunidad.

Si el principio de preeminencia está fuertemente asegurado en los países miembros originarios (11), los tres nuevos países miembros han hecho modificaciones legislativas expresas en tal sentido. En el Reino Unido, el artículo 2.1 de la European Communities Act (12) de 1972, se reconoce esta vigencia para todos los derechos creados por los Tratados o en virtud de ellos, sin que sea necesario «texto alguno ulterior»; en Irlanda, el artículo 2 de la Ley de 1972 declara que «los Tratados instituyendo las Comunidades europeas y los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad son obligatorios para el Estado y son parte integrante de su derecho interno en las condiciones definidas por los Tratados»; en Dinamarca, la ley 477, de 11 de octubre de 1972, declara directamente aplicables las disposiciones de los Tratados y de los actos comunitarios anteriores a la adhesión, y en cuanto a los posteriores, el artículo 2 estipula que los poderes que corresponderían a las autoridades danesas pueden ser ejercidos por la Comunidad en el campo de aplicación de los Tratados (13).

Pero si el problema está resuelto, en sus grandes líneas para las normas comunitarias con carácter *self-executing* (sea de los tratados, sea de los reglamentos), el problema es más complejo para las normas *not self-executing* y, más concretamente, en las directivas, que lo son por definición. Dada la estructura de esta fuente formal, podría decirse que el Estado tiene un poder reglamentario derivado del legislador comunitario. Este poder reglamentario, dirigido a un hacer o un abstenerse, tiene un límite temporal (por lo general, dieciocho meses) y unos límites materiales concretados en las bases que fija la directiva. Por consiguiente, cualquiera que sea el órgano interno que recibe este poder (legislativo o ejecutivo) realiza una función ejecutiva y debe moverse en aquellos límites, independientemente, de los que le imponga su propio orden constitucional.

III. SISTEMAS DE RECEPCION Y EFECTIVIDAD EN LOS DERECHOS INTERNOS

El esquema teórico que intenta explicar el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y, en consecuencia, el papel del Estado en el plano de la efectividad del derecho comunitario, ha dado

(11) Respuesta de la Comisión en 13 de octubre de 1977 a Cuestión escrita número 385/77 del diputado Durieux.

(12) Texto íntegro de la Ley en R. T. D. E., núm. 2/1973.

(13) Fuente: *Septième Rapport...* Luxemburgo, 1974, pág. 476.

lugar a amplias controversias doctrinales que, en síntesis, pueden reducirse a una posición federalizante, frente a otra más centralizadora. En la primera hipótesis se hablaría de «habilitaciones normativas», mientras en la segunda se hablaría de «habilitaciones administrativas» (14). El Tribunal de Justicia, celoso guardián del principio de la jerarquía normativa y la uniformidad de interpretación aplicación del derecho comunitario, se muestra favorable a la segunda hipótesis, que pone en menor riesgo dichos principios. La cuestión, aunque tiene mucho de académica, presenta también aspectos prácticos, pues condiciona la respuesta acerca de si el Estado es órgano o no de la administración comunitaria y ésta puede dar instrucciones directas al órgano interno competente. Personalmente comparto la tesis de Kovar, en el sentido de distinguir, en cada caso, si la actividad del Estado se desenvuelve en el marco de ese deber general de fidelidad comunitaria, contenida en la llamada cláusula de lealtad del artículo 5 del Tratado C. E. E., o en virtud de habilitaciones expresas, distinción a la que se superpone, la ya analizada, entre reglamento y directiva.

Cualquiera que sea el fundamento teórico del rol del Estado en el campo de la aplicación interna del derecho comunitario interesa, a los efectos de este trabajo, analizar las técnicas seguidas en los diferentes Estados en esa tarea, teniendo a la vista la relativa proximidad del problema para España.

1) Organos

El análisis de las diversas soluciones que presenta el Derecho comparado permite establecer que no se han creado dispositivos orgánicos especiales para dicha tarea, sino que se han utilizado los diversos dispositivos existentes. Una segunda constatación sería que los Ejecutivos nacionales se han reforzado, al existir una práctica generalizada, tendente a eliminar a los Parlamentos en la tarea incesante de aplicar el derecho comunitario. Así, la ley británica y la irlandesa establecen una habilitación general al Ejecutivo. El artículo 2.2 de la European Communities Act dispone:

«Su Majestad, en cualquier momento, una vez en vigor esta ley, puede adoptar por Decreto y cualquier ministro o Servicio, por vía de reglamento, las disposiciones precisas.»

El artículo 5.º de la ley danesa no concede esta habilitación general más que en tres campos específicos, pero que cubren un amplio espectro de competencias comunitarias: derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de trabajadores.

En Francia se utiliza el cauce de los artículos 34 y 37 de la Constitución, donde al establecerse competencias reservadas al legislativo y al ejecutivo, determina en lo que concierna a la efectividad del derecho comunitario, la utilización preferente del ejecutivo y del reglamento, aunque a veces se utilizan habilitaciones legislativas. Este sistema es también seguido en Italia y Alemania, aunque se registran reticencias a que el eje-

(14) Ver Robert KOVAR: «L'effectivité interne du droit communautaire», en el volumen *La Communauté et ses Etats membre*. Ed. Facultad de Derecho de Lieja, 1973, pág. 201.

cutivo nacional asuma, de hecho, competencias directas desde las autoridades comunitarias, sin pasar por el legislativo nacional (15). En Holanda se admiten subdelegaciones y el sistema parece funcionar ágilmente. En Luxemburgo, la ley 1971 dispone en su artículo 1.º que la ejecución y la sanción de directivas y decisiones, así como la sanción de los reglamentos de las Comunidades europeas se harán por «reglamento de administración pública», en los que se determinarán los órganos competentes y las demás medidas necesarias para la ejecución de directivas.

El sistema de habilitaciones generales que, como vemos, funciona con carácter general en ciertos países, o generalizándose, de hecho, en otros, ha sido naturalmente criticado en medios parlamentarios, en cuanto entraña una pérdida de competencias en los legislativos, crítica que se agudiza en ciertos notables que a su condición de parlamentarios añade la de nacionalistas. Por ello, han surgido prácticas parlamentarias o disposiciones legales, estableciendo un cierto control parlamentario en relación al derecho derivado, en el conjunto de los países miembros. En unos casos se trata de un Comité mixto de ambas Cámaras (Irlanda), con participación de los parlamentarios que a su vez lo son del Parlamento europeo; en otros, se han constituido Comités especializados (Dinamarca, Italia, Reino Unido), y en otros, finalmente, las diferentes Comisiones permanentes tratan los asuntos europeos, en razón de las distintas materias (República Federal Alemana y Holanda) (16). En el Reino Unido, los Select Committees on European Communities funcionan en las Cámaras de los Comunes y de los Lores, teniendo como misión «examinar las proposiciones de legislación derivada y otros documentos publicados por la Comisión que deban ser sometidos al Consejo de Ministros, informar acerca de si estas proposiciones plantean cuestiones de importancia jurídica o política, fundamentar su informe, extendiéndole a las implicaciones políticas posibles, indicando en qué medida el derecho del Reino Unido podría verse afectado, formulando, en su caso, recomendaciones para un examen más amplio de la Cámara (17).

Como regla general, puede decirse, en conclusión, que de acuerdo con el mecanismo de adopción de decisiones institucionales, en las Comunidades tales intervenciones parlamentarias no tienen, ni pueden tener, otro carácter que el informativo o consultivo, aunque, naturalmente, las burocracias de cada país las tendrán muy en cuenta en las fases previas de negociación más o menos oficiosa antes de la decisión comunitaria.

2) Metodología

La vigencia y aplicación del derecho derivado comunitario varía en función de la fuente formal (reglamento o directiva) y del carácter ejecutivo o no de aquélla, siendo normalmente completo el reglamento (aunque hay casos de reglamentos incompletos) e incompleta la directiva, aun-

(15) Ver discusión del *Rapport Kovar* en el vol. citado en nota 14, pág. 240.

(16) Ver J. FOYER: *Le contrôle...*, citado en nota 7.

(17) Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE: «Le Parlement britannique et les Communautés Européennes», *R. T. D. E.*, diciembre 1978, pág. 596. Misma autora: «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques au cours de l'année 1978», *R. T. D. E.*, junio 1979, pág. 290.

que a la inversa se pueden citar casos de directivas prácticamente completas. De hecho, pues, ambas fuentes formales tienden a confundirse.

El reglamento, calificado con frecuencia como ley federal, con caracteres de generalidad, abstracción, efecto directo, inmediatez y primacía (18), no necesita acto alguno de derecho interno tendente a su positividad. Su vigencia se produce en el conjunto de los países miembros a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial de las Comunidades* (19) y no necesita de publicación en los Boletines nacionales, mostrándose hostil, la doctrina, a esta publicación, en cuanto puede inducir a error sobre la verdadera fuente material de donde emana. Por el hecho de su vigencia engendra derechos individuales directamente aplicables, prevaleciendo sobre cualquier norma contraria. El juez interno es garante de estos efectos.

Por el contrario, las directivas deben ser «nacionalizadas». Entramos así en el terreno de las habilitaciones legislativas de la Comunidad a sus Estados miembros y dentro de éstos, eventualmente, de los legislativos a los ejecutivos, bien por el sistema de la habilitación general, bien por el de habilitaciones concretas. El Estado debe moverse en los límites temporales y materiales de la directiva, límites que deben ser trasladados a las habilitaciones legislativas internas que eventualmente sean necesarias.

El método de trasposición de directivas es muy variable de país a país e incluso de directiva a directiva, según la naturaleza de su mandato. No obstante, se han podido aislar ciertos criterios generales que han conducido a dos métodos: la trasposición por recepción en el sistema o la trasposición por referencia (20).

En el primer método, la legislación interna es modificada, sin necesidad de hacer referencia a la directiva, para adaptar el derecho interno al comunitario. Este método puede resultar cómodo respecto a aquellas directivas que simplemente contienen prohibiciones, pero es más confuso cuando contiene obligaciones de hacer respecto a los Estados. En este caso la práctica es la de reproducir íntegramente la directiva dentro de la norma interna que la positiviza.

En el método de trasposición por referencia se hace un reenvío a la directiva a tener en cuenta en una determinada materia, incluyendo a veces las directivas futuras, produciéndose así una delegación anticipada de competencias a los órganos comunitarios.

3) Efectos

Dejando aparte los controles políticos y los controles jurídicos generales —que quedan fuera del campo de este trabajo— y que funcionan en relación al reglamento, el control específico para la directiva es el establecido por el artículo 169 del Tratado de Roma (21), así como las infor-

(18) Más ampliamente en mi trabajo «Elementos jurídicos de la integración europea», pág. 75.

(19) El Reglamento 1.182/71, de 3 de junio, establece reglas para la computación de plazos.

(20) M. AYRAL: «La transposition des directives dans les droits nationaux», *Revue du Marché Commun*, octubre de 1977, y bibliografía allí citada sobre diferentes Estados.

(21) El artículo 169 del Tratado de Roma dispone: «Si la Comisión estima que un Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben

maciones de la Comisión a través de lo que en la terminología burocrática de la Comisión se llama «el 169».

La resolución del Tribunal comunitario en este tipo de litigios, tanto si las partes son los Estados —hipótesis rarísima en la práctica— como la Comisión contra el Estado, es puramente declarativa. Naturalmente, ello no quiere decir que no sea obligatoria. Lo que quiere decir es que el Tribunal de Justicia no declara el acto (o la abstención) como «nul et non avenu», como sucede en el contencioso de la legalidad del art. 173, sino que por versar sobre una problemática general, con frecuencia condicionada por obstáculos constitucionales o legislativos internos, el contenido de la sentencia se limita a constatar el incumplimiento del Estado (*manquement*), que puede tener matices muy diversos y exigir soluciones muy dispares, por lo que el Estado queda obligado a «adoptar las medidas que comporte la ejecución de la resolución del Tribunal» (art. 171).

La índole de los problemas y la complejidad de las soluciones puede vislumbrarse en este fragmento de la sentencia de 5 de mayo de 1970 (22):

«La responsabilidad de un Estado miembro en relación al artículo 169 se produce cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción o inactividad sea causante del incumplimiento, incluso si se trata de una *institución constitucionalmente independiente*».

Esta doctrina no es sino traducción de un principio general de derecho internacional tal y como ahora figura codificado en el artículo 27 de la Convención de Viena.

La doctrina se pregunta si la decisión del Tribunal debe limitarse a un pronunciamiento general de constatación del incumplimiento o si sería posible avanzar alguna concreción. En alguna sentencia se ha llegado a legitimar algún tipo de precisión más allá del pronunciamiento abstractamente declarativo, y así, en la de 12-VII-1973 se precisa, en cierto modo, el alcance de este tipo de proceso declarativo, cuando se establece que:

«Pertenece a las autoridades comunitarias que tienen como misión asegurar el respeto del Tratado, determinar la medida en la que la obligación que incumbe al Estado miembro afectado puede, eventualmente, concretarse en los informes o decisiones emitidos en virtud del artículo 169...»

Concretando más la pregunta, Pescatore (23) plantea la cuestión de si podría el Tribunal, además de constatar la naturaleza del incumplimiento, determinar sus consecuencias y, más específicamente, si podría servir de título para una posterior demanda indemnizatoria, recordando a este respecto la jurisprudencia del Tribunal de La Haya, a partir del asunto «Fábrica de Chorzow» (1927), acerca de la identidad entre el valor jurídico lesionado y el que tiene lugar en el plano de la responsabilidad y que se concreta en estos términos: «Es un principio general de derecho internacional que la violación de un compromiso entraña la obligación de reparar

en virtud del presente Tratado, emite un informe razonado, a este respecto, previa audiencia a dicho Estado. Si el Estado en cuestión no se aquieta al informe, en el plazo establecido por la Comisión, ésta puede acudir al Tribunal de Justicia. (Recordemos que a partir del año pasado estos informes se publican.)

(22) Asunto 77/69. Comisión contra el Reino de Bélgica. *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, vol. XVI, pág. 244.

(23) *Le Droit de l'integration*. Leiden, 1972, pág. 95.

de una manera adecuada. La reparación es, pues, el complemento indispensable de un incumplimiento de una convención, sin que sea necesario que esta consecuencia sea inscrita en la misma convención».

¶ Junto a esta forma de control, en que la legitimación activa recae sobre un órgano comunitario, la Comisión a los Estados, sin necesidad de un interés específico en obrar, se plantea el problema específico en relación a las directivas, de la legitimidad procesal del particular (operadores económicos, por ejemplo), ante la actividad o inactividad de su Estado, contrarias al derecho comunitario. El problema surge porque, como es sabido, la directiva, a diferencia del reglamento, no se dirige al individuo, sino al Estado, y es solamente a éste a quien se notifica como requisito para su vigencia. A diferencia del reglamento no establece derechos para el individuo, sino deberes para los Estados, sean positivos o negativos.

Pese a estas diferencias estructurales entre ambas fuentes, el Tribunal ha realizado una extensión de su jurisprudencia en torno al reglamento, atendiendo más que al carácter formal de la fuente a su contenido material. Es decir, cuando las normas son *self-executing* o, más específicamente, cuando son «precisas sin reservas, no suponen para su puesta en vigor ningún acto jurídico de las instituciones comunitarias y no dejan al Estado responsable un verdadero poder de apreciación en cuanto a la aplicación de la regla» (24), es directamente aplicable, con todas sus consecuencias. Mas, específicamente, en la reciente sentencia Van Duyn (1977) se dice que «en el caso en que las autoridades comunitarias hubiesen obligado por *directiva* a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los *justiciables* no pudieran acudir a los Tribunales y las jurisdicciones nacionales no pudieran tomarla en consideración, en tanto que elemento del derecho comunitario».

Por ello, la Decisión del Consejo de Estado francés, de 22-XII-1978, que hemos citado en otro lugar (asunto Cohn-Bendit), ha provocado la sorpresa de la doctrina. Al margen del problema interno del ordenamiento jurídico francés, acerca de si el juez administrativo debería fallar sin remisión al tribunal comunitario, por vía de cuestión prejudicial, el problema que se planteaba era si la decisión administrativa francesa de expulsión violaba la directiva comunitaria de 25-II-1964, adoptada para coordinar las medidas especiales en materia de residencia, por motivos de orden público, referidas a extranjeros. La cuestión concretamente planteada era la situación derivada de la expiración del plazo fijado en la citada directiva, sin que las autoridades francesas hubiesen legislado en cumplimiento de la directiva. Tanto el comisario del Gobierno como el Consejo siguen esta tesis:

«El no respeto de esta fecha límite por el Estado no entraña la aplicación de pleno derecho de la directiva, sino que autoriza simplemente a la Comisión o a un Estado miembro a ejercitar una acción, con fundamento en los artículos 169 y 170 del Tratado, tendente a constatar que el Estado que no ha cumplido las medidas de orden interno de aplicación de la directiva ha incumplido sus obligaciones.»

Y el Consejo concluye, acogiendo la tesis del comisario del Gobierno, que las directivas no pueden ser invocadas por los ciudadanos de los Es-

(24) *Dixième Rapport*, junio 1967, pág. 424.

tados para fundamentar un recurso dirigido contra un acto administrativo individual.

IV. RECEPCION Y EFECTIVIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

La proyección de la problemática precedente sobre el sistema jurídico español exige plantearse, en primer término, el problema de la constitucionalidad de los Tratados y del derecho derivado, para examinar después la inserción de todo el sistema jurídico comunitario, en el complejo sistema español organizado por la Constitución y sus primeros desarrollos.

1) Constitucionalidad de los Tratados comunitarios

La Constitución española ha sido redactada en el tiempo histórico, en que las relaciones con las nuevas instituciones europeas, ya iniciadas bajo el sistema político anterior, empezaban a registrar un cambio cualitativo, puesto que de la participación en conferencias técnicas y la adhesión a cierto número de Convenciones de las llamadas abiertas, en el área del Consejo de Europa (25), o del tratado comercial con la C. E. E., se iba a pasar a la adhesión el Estatuto del Consejo y a la Convención de Derechos del Hombre (24-XI-1977), así como a otras Convenciones de las llamadas cerradas y del Tratado comercial a la futura adhesión a la C. E. E. La especial naturaleza jurídica de esta Organización no pudo pasar desapercibida y no pasó a los constituyentes, por lo que el artículo 93 de la Constitución estableció un precepto, sin precedentes en nuestra historia constitucional, legitimando la cesión de competencias, por tratado y mediante ley orgánica a Organizaciones internacionales o supranacionales, aceptando así un concepto de la soberanía como algo divisible que se apartaba esencialmente del que consagraba la anterior Ley Orgánica del Estado.

La Constitución se anticipa así a eventuales reproches de inconstitucionalidad del reparto de competencias (si no se quiere hablar de cesión de poderes) que pudieran plantearse en su momento, como ha sucedido, en algunos países europeos, cuyas Constituciones, anteriores a la concreción jurídica del actual proceso integrador, no preveían una operación jurídica de tal magnitud, en la medida en que partían de un concepto de la soberanía, no parcelable, mientras que los tratados comunitarios aparecen concebidos, como ya señaló De Wischer (26), precisamente, para desmantelar tales soberanías. Incluso en Estados que, como Alemania, hay una clara provisión constitucional al respecto, no se ha podido evitar el planteamiento del problema, en la famosa decisión del Tribunal de Renania-Palatinado de 1963, cuando entendió inconstitucional la adhesión a la Comunidad Económica Europea, en la medida en que se transferían a ésta, atribuciones legislativas que violarían el principio constitucional interno de división de poderes que no tenía un equivalente en la estructura comunitaria donde, como es constantemente repetido, no existe un verdadero Parlamento. La cuestión ha vuelto a repetirse en 1974 a un nivel más ele-

(25) Cfr. mi trabajo «España y las convenciones del Consejo de Europa», separata de *Documentación Jurídica*, 1974.

(26) Ch. de WISSCHER: «Les tendances internationales des Constitutions modernes», *Recueil des Cours de la ADIH*, I, 513-573.

vado, el Tribunal Constitucional Federal, en la Decisión de 29-IV-1974, por la que se da preferencia al derecho alemán sobre el comunitario, en materia de protección de los derechos y libertades fundamentales, tal y como se garantizan en la Constitución, que serían desconocidos en la estructura jurídica comunitaria (27).

Sin embargo, admitida la constitucionalidad de la futura cesión de competencias por Tratado, continúa subsistente un problema que es general del ordenamiento jurídico español y que no fue resuelto en la reforma del Título preliminar del Código Civil, ni tampoco en la Constitución: el rango de los Tratados y ello dejando de lado el planteamiento simplista que reduce el Derecho internacional a sólo los tratados. En este sentido, el artículo 96 se mueve en las mismas coordenadas que el artículo 1.º-5 del Código Civil, puesto que sólo se dice cuál es el mecanismo de transformación de los tratados pero no su rango en el sistema. La versión final de la Constitución se apartó del Anteproyecto, que inspirándose en el artículo 55 de la Constitución francesa, le asignaba un rango supralegal. No obstante, ahora aparece una nota más: sus disposiciones sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional, precepto que plantea la duda de si contiene un mandato al legislador o en su caso al ejecutivo, limitando sus respectivas potestades o si también constituye un precepto jurídico vinculante para el juez, quien estaría habilitado a solucionar el conflicto, con arreglo a las técnicas interpretativas usuales. Por otra parte, así como se regula la recepción del derecho internacional convencional, no se regula la de las «normas generales del derecho internacional», aunque al utilizarse éstas como límite a la posibilidad de derogación de tratados, impuesto al legislativo y al ejecutivo, la explicación puede ser que la Constitución sigue así una tesis monista y supone, como dato no discutible, que tales normas tienen vigencia sin necesidad de transformación. Nos parece que esta interpretación puede ser útil, en la perspectiva de la integración europea, en cuanto supera otra demasiado literal y se adapta a los criterios generales interpretativos del artículo 31 de la Convención de Viena. Por otra parte, tampoco sería un injerto totalmente extraño al sistema, puesto que el artículo 10 de la Constitución introduce como fuente interpretativa de los derechos y libertades fundamentales la Declaración Universal de 1948 que ni siquiera es un Tratado.

2) Constitucionalidad del derecho derivado

La previsión constitucional sobre el traspaso de competencias se complementa con la constitucionalización del llamado derecho derivado, al que se alude, en orden a su efectividad, cuando se habla, en expresión que podría ser mejorada, de las «resoluciones» emanadas de los organismos titulares de la cesión. Pero resalta una omisión, cuando se excluye del circuito de su aplicación interna al Poder judicial, encomendándose aquella únicamente al legislativo y al ejecutivo. Se trata de una laguna notable, puesto que así como el sistema comunitario ha sido definido como un «gobierno de jueces», también los jueces internos constituyen una pie-

(27) EHLERMANN: «Primauté du Droit communautaire mise en danger par la Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne», *R. M. C.*, enero 1975.

za esencial tanto para su interpretación, mediante el deber y la facultad exclusiva de plantear cuestión prejudicial al Tribunal comunitario, como para su aplicación, juzgando derechos individuales, cuya fuente se sitúa en el derecho derivado comunitario. Pero esta laguna puede ser salvada, con carácter general en la ley de adhesión, sin más que recoger los principios esenciales que se deducen de los tratados y la abundante jurisprudencia comunitaria en la materia.

En la vía legislativa y reglamentaria, prevista en la Constitución, la efectividad del derecho derivado debe producirse tanto en función de la naturaleza y contenido de la norma comunitaria como del rango de la materia en el derecho español, según entre en el campo de la ley o del reglamento. Como se deduce del conjunto de datos de derecho comparado, expuestos en este trabajo, no parece aconsejable, en vista de la dinámica del derecho derivado, ni es usual el desarrollo legislativo ordinario; pero parece difícil, desde la perspectiva de nuestra Constitución, que se pudiera establecer una habilitación general al ejecutivo, que vendría a violar el esquema de la delegación legislativa previsto por el artículo 82, aunque, previsiblemente, podría funcionar en ciertos casos. Quizá pudiera utilizarse el cauce de las Comisiones legislativas permanentes previsto en el artículo 75, pues aunque contiene una fórmula vaga, excluyendo de su competencia las «cuestiones internacionales», parece referirse, en interpretación sistemática, referida a los artículos 93 y siguientes a la negociación de tratados.

En todo caso, una interpretación progresiva del derecho comunitario, con fuerte apoyatura jurisprudencial, permite excluir a tal orden jurídico del derecho internacional, por responder a otras premisas muy específicas.

V. NOTA SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL EN LA PERSPECTIVA DE LA ADHESION A LA C. E. E.

1) Derecho estatal y derecho de las Comunidades autónomas

La Constitución española no establece un principio de competencia universal del Parlamento, como consecuencia de una nueva distribución vertical del poder, que autoriza a pensar, que de hecho se ha establecido un sistema cuasi federal (28), aunque tal término no aparezca en la Constitución. Pero la redacción de los primeros Estatutos de autonomía replantea la discusión precedente a la elaboración del texto constitucional, desapareciendo en ellos toda referencia al pueblo español, como totalidad y como

(28) Ver T. R. FERNÁNDEZ: «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas», *Revista de Estudios de la Vida Local*, marzo 1979. Del mismo, «La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución», en el vol. *Lecturas sobre la Constitución española*, Ed. Universidad a Distancia, 1978. Para el citado profesor, «la ambigüedad es, en efecto, la característica dominante del título VIII de la Constitución y el fruto inevitable de la propia ambigüedad de las fuerzas políticas que han contribuido a su formación, que han querido sentar plaza de federalismo por entender que era una postura más progresista y más rentable electoralmente, sin ser realmente federalistas».

soporte sociológico común de la Nación (29) y con ello un nuevo concepto de la soberanía que, en cierto modo reproduce en el interior de España, el sistema de reparto de competencias y funciones entre la Comunidad Económica Europea y sus Estados miembros.

En el sistema establecido, el Estado no tiene una competencia universal (y no se trata aquí del concepto de Estado total), sino las concretas competencias materiales que le reserva el artículo 149 y las residuales que a su arbitrio y conveniencia le dejen las diferentes Comunidades Autónomas, en la lista de materias que aquellas pueden asumir, junto a los nuevos campos de actividad pública, que no sean asumidos por las Comunidades (art. 149.3). Así puede decirse que el Estado queda encerrado en esas limitadas competencias de atribución y otras residuales, mientras las Comunidades tienen una potestad expansiva.

En el plano formal y como un reflejo de ese sistema de reparto del Poder, no existe el principio, que aparece en algunas Constituciones, expreso o implícito, según el cual el dominio de la Ley es ilimitado. Pero tampoco aparece un deslinde de campos entre la ley y el reglamento, del tipo del establecido por la Constitución francesa, mediante «reservas de ley» y «reservas reglamentarias», con prohibición de trasvases de competencias (30). El sistema se articula, en definitiva, en reservas de ley concretas (orgánicas u ordinarias) y normas con «rango de ley» (Decretos legislativos), junto a las que hay que alinear las «leyes» o «disposiciones normativas» de las Comunidades autónomas.

La doctrina que había criticado el sistema normativo del régimen político precedente ha acogido bien la regulación dada a los Decretos legislativos y la reducción de la potestad reglamentaria que entraña. Sin entrar en un enjuiciamiento más general de este viejo problema de la doctrina administrativista, cabe decir que, en la perspectiva de la aplicación futura del derecho europeo, el sistema no nos parece progresista, sino justamente al contrario y que el afán rupturista ha impedido aquí matices que hubieran sido útiles en un futuro muy próximo. El sistema establecido por el artículo 82 ha olvidado en suma la dimensión europea del problema al establecer un sistema rígido para las habilitaciones legislativas. Hubiera sido pertinente flexibilizar éstas cuando se tratase de la aplicación de normas, cuya fuente mediata no se encontrará en las Cortes, sino en los «organismos» internacionales o supranacionales a los que se cederán competencias y de cuya efectividad quedan constitucionalmente encargadas las propias Cortes.

Por lo que se refiere al sistema de fuentes de las Comunidades autónomas, las dudas que en orden a su potestad legislativa o al rango de ciertas de sus «disposiciones normativas» (31) pudieran existir, a la vista del

(29) Las Constituciones USA, Alemania y Suiza sí hacen una referencia a la nación o al pueblo respectivo. El Libro Blanco para la devolución de poderes a Escocia y Gales habla del «firme marco del Reino Unido» y de «todo el pueblo del Reino Unido». En los Estatutos vasco y catalán no hay un concepto semejante, pues la referencia a España en el catalán parece concebir a España como una construcción jurídica más que como una realidad sociológica con rasgos comunes.

(30) Ver Enrique LINDE PANIAGUA: «Ley y Reglamento en la Constitución», en el vol. *Lecturas...*, cit., vol. I.

(31) Ya Peces-Barba las denominaba «leyes» antes de la redacción de los

sólo texto constitucional, quedan despejadas, ya que junto a las disposiciones normativas de ejecución o en desarrollo de leyes marco, aparecen las «Leyes de Cataluña», emanación del poder legislativo autónomo (cfr. artículos 29 y 32 del Estatuto catalán), y las «Leyes del Parlamento Vasco» (cfr. arts. 20, 25, 38 del Estatuto vasco). Como reflejo del sistema constitucional tampoco aparecen, por ahora, en los Estatutos unas reservas de ley o reglamentarias, pudiendo sostenerse que los Parlamentos catalán o vasco pueden atraer al terreno de su competencia cualquier materia, en principio, práctica que es de suponer se generalizará, sobre todo en materias dudosas, por cuanto las leyes no están sujetas a control político o jerárquico alguno, sino al control de constitucionalidad.

2) Competencias concurrentes y regla de conflicto

La idea de las competencias concurrentes, muy característica del derecho alemán, donde tiene un sentido específico (32) y que un conocido teórico germano (33) ha trasladado al derecho comunitario, es una metodología operativa en ese sistema, que ha servido al Tribunal de Justicia de las Comunidades para resolver problemas diversos en las relaciones de la Comunidad con sus Estados. Quizá el campo más fecundo de aplicación de esta teoría ha sido la delimitación del poder exterior de las Comunidades, asumiendo competencias de los Estados, mediante el establecimiento del principio del paralelismo entre las competencias internas y externas (sentencia A. E. T. R. de 1971), resolviendo el problema de las competencias concurrentes, en el sentido de permitir a los Estados ejercer sus competencias, en tanto la Comunidad no haga uso de sus poderes, en cuyo caso devienen exclusivas de aquélla (34).

Planteado el problema, en el derecho español, según el esquema constitucional que hemos esbozado, el profesor T. R. Fernández entiende que no cabe hablar de competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades autónomas, pues en realidad las competencias son exclusivas, sea del Estado, sea de la Comunidad autónoma, y lo que puede ser común es la materia, interpretando el artículo 149 de la Constitución, en el sentido de que caben competencias parciales, bien porque no se reclamen todas las allí previstas, bien porque en cada materia sólo se reclame un determinado sector competencial. A ello cabe añadir una serie de áreas en que confluyen el ordenamiento estatal y el subestatal.

Quizá esta distinción resulte más clara y con ello se aproximaría la terminología española a la que se utiliza en el derecho comunitario (prin-

primeros Estatutos en el estudio «La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho», *Documentación Administrativa*, núm. extraordinario, 1978.

(32) El artículo 72 de la Constitución alemana dispone: «En el campo de la legislación concurrente, los *Länder* pueden legislar en tanto la Federación no haya hecho uso de ese derecho».

(33) Manfred ZULÉEG: «La répartition de compétences entre la Communauté et ses Etats membres», en el vol. *La Communauté...*, cit., nota 14.

(34) Ver sentencias de 18-XI y 18-VI-1970. *Recueil*, XVI, págs. 451 y 69. Sentencias de 31-III-71 (AETR), *Recueil*, 1971/3, pág. 263, y 26-IV-77 (navegación por el Rin).

Ver también Question écrite 547/77 de Seefeld a la Comisión y Question écrite de Jens Maigaard a la comisión 174/77, a la que se responde en estos términos: «La competencia de la Comunidad es en principio exclusiva a partir del momento en que es efectivamente ejercida».

principalmente para explicar el mecanismo de subsanación de lagunas establecido por el artículo 235 del Tratado de Roma) si hablamos de competencias funcionales (poderes) y competencias materiales, con lo que podríamos decir que las competencias funcionales son exclusivas mientras las materiales son o pueden ser compartidas.

A partir de este planteamiento se llega a la conclusión de las leyes estatales y las leyes de las Comunidades autónomas, no se encuentran en relación de jerarquía, en cuanto emanadas del ejercicio de competencias funcionales exclusivas del mismo rango en sus respectivos ámbitos territoriales. Ello excluye, en hipótesis, la posibilidad de conflictos de competencia y, en consecuencia, el problema no sería determinar la preferencia de rango entre normas en aparente conflicto, sino la regla de competencia material, para determinar si existe extralimitación del Estado o la Comunidad autónoma, lo que constituye cuestión distinta. Este es un criterio interpretativo, muy utilizado en el ámbito comunitario, desde su inicio, desarrollado por el Fiscal general comunitario (35). Así puede explicarse que falte en la Constitución un principio tan neto como el del artículo 31 de la Constitución alemana, dando primacía al derecho federal sobre el de los *Länder*, mientras encontramos un principio de preferencia del derecho subestatal sobre el del Estado, en materias de competencia exclusiva de la Comunidad autónoma (art. 21 del Estatuto vasco). Aunque el artículo 149.3 sí establece un principio de preeminencia del derecho estatal, la ubicación de tal artículo parece referir el principio únicamente a las competencias residuales (las no asumidas por las Comunidades autónomas), hipótesis de difícil comprensión, ya que si las competencias no son asumidas por aquéllas, quedan retenidas por el Estado y no se alcanza a comprender cómo puede surgir el conflicto. Quizá podría referirse esta regla a las normas derivadas de competencias asumidas en el marco del artículo 150.1, pero si éstas se fundamentan en una ley marco, la afirmación de tal principio, como ha señalado el profesor Fernández, sería redundante. En mi opinión, quizá se refiera al artículo 150.2, en que se permite la delegación de «facultades», lo que puede hacer aparecer una zona fronteriza, que, en efecto, plantee problemas de jerarquía de fuentes.

3) La Comunidad autónoma en la aplicación del Derecho comunitario

La adopción del término «nacionalidad» en la Constitución, interpretado a la luz de numerosas tomas de posición, desde conocidas perspectivas nacionalistas, tenía que repercutir, con toda probabilidad, en la asignación de ciertos roles a la Comunidad autónoma en materia de Derecho internacional. Ciertamente que no se ha reconocido una personalidad internacional limitada, como existe en las Constituciones de Alemania y Suiza, para los entes federados, ni era tampoco cuestión de plantearse la legitimidad del Estado vasco para celebrar un concordato con el Vaticano, como se establecía en el Estatuto de Estella de 1931. Pero en los Estatutos catalán y vasco se ha establecido un derecho de consulta, en materia de Tratados internacionales que afecten a su competencia, lo que obliga a

(35) Cfr. mi trabajo «Función del Fiscal general de las Comunidades en el proceso de integración de Europa» (contribución al cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal). Burgos, 1976.

preguntarse ya si en las negociaciones en curso para la adhesión a las Comunidades europeas será preciso ampliar el equipo negociador o, cuando menos, establecer un trámite previo de audiencia a las diversas Comunidades autónomas antes de la adhesión.

La redacción dada a los artículos 26 del Estatuto de Cataluña y 20 del Estatuto vasco, permite sostener la tesis de que las relaciones internacionales, que constituyen en principio materia reservada al Estado, no son por su naturaleza indelegables, sino que pueden ser compartidas con las Comunidades autónomas, tanto en el plano de las competencias funcionales como materiales. Lo que me parece dudoso es que sea conforme a la Constitución la delegación en bloque que se realiza por vía estatutaria, en lugar de utilizar concretas leyes orgánicas, conforme previene el artículo 149.2. La diferencia de interpretación es importante, por cuanto si se sigue el camino de delegaciones específicas, el Estado se reserva facultades concretas de control, que desaparecen por vía estatutaria. Importa recordar que el artículo 9 del Estatuto vasco de 1936 y el artículo del Estatuto de Cataluña de 1932 reservaban al Gobierno de la República la alta inspección en la ejecución de tratados internacionales, cuya competencia se atribuía a los órganos autonómicos.

Cierto número de las competencias atribuidas a las Comunidades autónomas recaen sobre materias que entran también en el campo de competencia material de la Comunidad Económica Europea, cuyo orden jurídico presenta las características especiales que hemos expuesto en lo esencial. En virtud de la tesis de las competencias funcionales excluyentes, la Administración central o el Parlamento no podrán ordenar jerárquicamente la actividad de los órganos autónomos en la fase de aplicación del derecho comunitario. Ello conduce a la situación, verdaderamente insólita en nuestra historia jurídica, de que, en función del derecho comunitario, el Estado español y cada una de sus Comunidades autónomas, se sitúan al mismo nivel, de suerte que cada una de éstas puede comprometer la actividad exterior del Estado español, de acuerdo con los principios generales de la Convención de Viena.

La hipótesis que planteo no es inverosímil, ni constituye una hipótesis de escuela, sino que trata de anticipar situaciones perfectamente posibles. El problema ya se ha planteado en Italia, pero su Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de julio de 1976, con el apoyo que le presta una Constitución menos radical que la nuestra, ha podido encontrar la solución, declarando que «la autonomía reconocida a las regiones por la Constitución no puede desbordar los límites de las obligaciones internacionales del Estado». En un artículo que publiqué antes de conocerse la primera versión de la Constitución (36) se anticipaba esta problemática, cuando decía que «siendo previsible una futura institucionalización de las regiones en España, cualquiera que sea el fundamento teórico de sus competencias, habrá que tener en cuenta la problemática europea, trasladando a este nivel subestatal los controles que, con carácter general, hemos apuntado».

Este trabajo se cierra dejando en el aire la pregunta acerca de si será posible encontrar, en este punto, soluciones sensatas, alejadas de radica-

(36) *Aspectos jurídicos de la adhesión de España a la C. E. E.*, BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, 5 junio 1977.

lismos. Y podría complementarse con esta otra que hace ciento cuarenta años, cuando en el Congreso se discutían los fueros vascos, decía un diputado: «Los Fueros y la Constitución son dos hijos de libertad, permítaseme decirlo así; dos hijos de diferente edad, de tiempos diferentes, de diferente contextura, de diferente robusted, ¿y será posible que estos dos hijos no quepan a un mismo tiempo en la casa paterna?».

CRONICA DE LA CODIFICACION ESPAÑOLA

por la

COMISION GENERAL DE CODIFICACION

MINISTERIO DE JUSTICIA

con la colaboración de

JUAN FRANCISCO LASSO GAITE



— Tomo 1. ORGANIZACION JUDICIAL. Madrid, 1970.

377 páginas.

Rústica, precio: 400 pesetas (24 × 17 cm.).

Tela, precio: 500 pesetas.

— Tomo 2. PROCEDIMIENTO CIVIL. Madrid, 1972.

339 páginas.

Rústica, precio: 400 pesetas.

Tela, precio: 500 pesetas.

— Tomo 3. PROCEDIMIENTO PENAL. Madrid, 1975.

453 páginas.

Rústica, precio: 600 pesetas.

Tela, precio: 700 pesetas.



**Pedidos: CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO
DE JUSTICIA. - San Bernardo, 66, 2.º B. - MADRID - 8**