

# *REFLEXIÓN BREVE SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ESTATALES DESDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA A LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y AL TRIBUNAL DE LA CONVENCION EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE*

---

J. PUENTE EGIDO

Catedrático de Derecho Internacional  
Facultad de Derecho U.N.E.D.

*A D. Antonio Truyol Serra, Maestro de maestros. Estas breves reflexiones fueron redactadas durante los meses en los que su vida terrenal declinaba, para pasar a otra mejor. Su vida fue congruente con sus convicciones, y así le conocimos quienes tuvimos el privilegio de tratarle.*

El viejo y, en parte todavía, irresuelto problema de la relación compleja entre los Derechos de los modernos Estados y el Derecho internacional, ha recibido hoy una nueva dimensión con la creación de la UE. Hay en ella, como factor dominante, la aparición de una supralegalidad constitucional, que se superpone a la tradicional de las constituciones nacionales. En este fenómeno de la formación de una instancia supranacional sobre las diferentes soberanías tradicionales de los Estados que integran esa Unión se está constituyendo una doble línea de legitimidad y legalidad constitucional. Esa relación proyecta una nueva luz sobre los distintos problemas de la tradicional relación e intersistemática entre el Derecho internacional y los ordenamientos internos estatales.

No es de este lugar entrar de lleno en el análisis de las contradicciones lógico-jurídicas en las que necesariamente incurría cualquiera de las posiciones teóricas que pretendieron explicar en el pasado esa vieja relación. Pero, por vía meramente ejem-

plar, expondremos una aporía en la que cayó la conocida posición dualista, que era entre todas, la que mejor se ajustaba a las realidades constitucionales estatales y a las internacionales del último tercio del siglo XIX y el primero del siglo XX. El poder político dominante, residenciado en las soberanías de los Estados, hacía de éstos, si ya no la única, si al menos una fuente importante de la juridicidad global. Compartimentada y fraccionada ciertamente como estaba, pero directa e inmediata. El Derecho internacional a duras penas podía ser otra cosa que un orden jurídico preferentemente interestatal, regulador primordial de las relaciones entre Estados soberanos.

Ahora bien, si el Derecho internacional era un orden jurídico en sentido propio, las conductas contrarias a los mandatos de sus normas necesariamente tenían que constituir un ilícito internacional y... sin embargo, la práctica internacional cotidiana probaba que, muchos de los actos puestos por los Estados con violación de obligaciones internacionales, eran irreformables y se consolidaban de modo definitivo. ¿Cómo explicar entonces esta contradicción?. La doctrina dualista, particularmente las escuelas italiana y alemana, apelaron para ello al mecanismo de la responsabilidad. El acto internacionalmente irregular, irreformable y definitivo, producía efectos jurídicos, si bien generaba para el Estado responsabilidad y con ella la obligación internacional de reparar el daño producido por ese delito internacional. Explicación insuficiente e insatisfactoria, porque todo sistema jurídico que se tenga por tal, en defensa de la eficacia de sus normas, no puede prescindir de un principio fundamental cual es el que «todo acto contrario a lo establecido en la ley es nulo, si la propia ley no dispone otra cosa». Es bien sabido, sin embargo, que en el orden jurídico internacional «la fuerza normativa de lo fáctico» ha tenido, y sigue teniendo un gran predicamento y vigencia.

Más aún, la apelación a la responsabilidad en la que está incurrido el Estado infractor presume una realidad inexistente, cual es que el mecanismo internacional para exigirla funcione satisfactoriamente, de modo que la reparación borre, en la medida de lo posible, las consecuencias del daño inferido. Y... sin embargo, el Derecho internacional nunca garantizó bien ni lo uno ni lo otro<sup>1</sup>.

Por esta razón hubo afortunadamente la clarividencia desde los primeros momentos de la construcción europea que la integración debería hacerse a través de mecanismos muy diferentes a los tradicionales del Derecho internacional clásico<sup>2</sup>.

Objeto principal de esta reflexión es averiguar en qué medida se está dando también un fenómeno de «doble legalidad constitucional» como una consecuencia necesaria inducida por los cambios estructurales profundos que está sufriendo el orden jurídico-internacional. Campo éste, sin embargo, donde no actúa de modo explícito e inmediato el fenómeno de las transferencias competenciales. El punto de partida de

1. En efecto, en términos generales hay que afirmar que la primera consecuencia jurídica de todo acto contrario a Derecho es la de la nulidad o, al menos, la anulabilidad de los efectos que produce o causa el acto ilícito y, por lo tanto, del acto en sí mismo considerado. Mas, en el Derecho Internacional, en virtud de la «fuerza normativa de los hechos», lo ilícito tiende en ocasiones a consolidarse. De este modo los Estados, que son los infractores más comunes, tienen siempre una cierta inclinación, a encontrar «más rentable» el incumplimiento que el cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales.

2. Vid. más adelante págs. 139 y sigs.

este fenómeno evolutivo, hoy todavía en pleno desarrollo, apareció en los años veinte del pasado siglo. Llamó entonces la atención de constitucionalistas e internacionalistas y fue caracterizado como «crisis de la soberanía de los Estados nacionales»<sup>3</sup>.

## I. ASPECTOS GENERALES

### 1. Diferentes categorías normativas en las reglas constitucionales nacionales que regulan la relación Derecho internacional-Derecho interno

Hasta donde llega nuestra información, es a la doctrina constitucional e internacional alemana a la que debemos la primera idea de la renuncia y transferencia de competencias soberanas, tradicionalmente residenciadas en los Estados, en beneficio de instituciones internacionales con el fin de crear un sistema de seguridad colectiva y de un orden europeo estable. Estos son los conceptos básicos con los que se redactó el art. 24 de la Ley Fundamental, que sigue conservando su redacción originaria<sup>4</sup>.

Valorada esta regla con los criterios del constitucionalismo anterior a este período, se trataría de una norma extraña, cuando no ya aberrante ¿No se venía tradicionalmente fundando la soberanía estatal en el dogma de un exclusivismo solipsista? Todo poder político constituido como Estado independiente era una mónada que organizaba por sí y ante sí su propio orden jurídico<sup>5</sup>. La similitud de posiciones o soluciones a los diferentes problemas jurídicos que en los distintos Estados se suscitaban, en nada atenuaba la validez normativa respectiva como fuente y origen de esa singularidad impenetrable e irreductible en el que cada orden constitucional coexistía el uno al lado del otro<sup>6</sup>.

A la Constitución de Bonn le corresponde, pues, el mérito de haber sido la primera en manifestar su disposición a abrir su orden constitucional cerrado en favor de la creación de un poder supranacional para formar una «comunidad de Estados europeos. Esta disposición constitucional dio a Alemania una base firme, que ningún otro Estado europeo tenía, en la Conferencia de París cuando se negoció el Tratado CECA que creó la primera Comunidad<sup>7</sup>. Fue sin duda alguna la arraigada tradición

3. Cfr. B. Mirkine-Guetzevich, «Derecho Constitucional Internacional» 4. Trad. L. Legaz Lacambra, prologada por N. Pérez Serrano, Madrid 1936.

4. Todavía en esa norma, como se ve por la simple lectura, ambas nociones no estaban bien diferenciadas, puesto que hay una cierta confusión entre la integración económico-política europea y la creación de un sistema universal de paz mediante la seguridad colectiva.

5. Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. Berlin, 1929, págs. 136 y sigs: Das Wesen des Staates. En especial págs. 182-3.

6. Esta fue idea central en la construcción kelseniana cuando, buscando la unidad de todo el Derecho, pretendió reducir la esencia de la norma jurídica a un receptáculo puramente formal, ajeno por completo a todo contenido material.

7. La constitución francesa se había limitado a consignar en su Preámbulo: La République Française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international... sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix».

Italia seguía anclada en su viejo dualismo riguroso, que habría –años adelante– de ser ocasión, por causa de las resistencias que éste ponía a la construcción europea, de que el TJC formulara con toda claridad el principio «constitucional» de la primacía del Derecho comunitario.

federal germana la que permitió a este país entender, mejor que ningún otro europeo, el mecanismo de las transferencias competenciales singulares a instituciones supranacionales, como elemento esencial de la integración económico-política de Europa.

\* \* \*

Prolongando y perfeccionando el antecedente del art. 4 de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn consagró otra regla basilar en la relación del ordenamiento jurídico alemán con el Derecho internacional general. Aludimos al conocido art. 25. Por él, el Derecho alemán hace de las reglas generales del Derecho internacional parte integrante del Derecho federal, prevalente sobre las leyes internas y confiere a dichas normas efecto directo, supuesta su idoneidad para generar derechos y deberes subjetivos en los «habitantes del territorio federal».

La simple mención de su contenido nos está indicando que se trata de una norma constitucional de muy diferente alcance y contenido a la del aludido art. 24. Si a éste hay que atribuirle un efecto vertical ascendente para transferir competencias soberanas, y con ello induce un «desapoderamiento» del Estado alemán en favor de instancias supranacionales, en el art. 25 se opera más bien una «apertura» del orden constitucional del Estado para permitir la irrupción de una normatividad distinta, y en cierto sentido «ajena» al propio orden constitucional. Introducción de normas que, según la posición conteste de la doctrina y jurisprudencia constitucionales, no es tampoco necesario que la regla internacional haya sido previamente reconocida y aceptada por algún órgano del Poder público alemán<sup>8</sup>.

Probablemente no hay en el Derecho constitucional comparado europeo un mejor ejemplo para captar con precisión el distinto valor jurídico de estas dos categorías que el que nos ofrece el Derecho constitucional alemán. Por obra del art. 25 de la LF, las reglas generales del Derecho internacional son recibidas como parte integrante del Derecho federal y tienen valor y dimensión de normas constitucionales<sup>9</sup> puesto que prevalecen sobre las leyes federales. Hay en ellas pues dos elementos, a saber, la incorporación o recepción, y el valor de reglas constitucionales que la propia constitución les da. La dimensión constitucional es un «préstamo», que el Derecho constitucional les confiere, pero salvo en eso la regla internacional no es alterada, sino recibida tal cual, en su estructura y contenido<sup>10</sup>. En virtud de las normas del art. 23 el Estado alemán manifiesta su voluntad de construir, en armonía con otros Estados europeos, una Europa unida a la vez que se declara dispuesto a modificar o complementar, por la vía de la revisión constitucional, aquellas normas constitucionales que, a ese fin, fuere necesario retocar (art. 23,1 LF).

8. Muy a diferencia del sistema anglosajón en la recepción de tales normas por la vía del «*International law is a part of the law of the land*», que por ser esta regla de «common law.» éstas son integradas en el Derecho del país igualmente como reglas de common law.

9. Pero eso sí sin alteración de su contenido y estructura en tanto que reglas internacionales. Aunque en su aplicación en Alemania, por órganos alemanes, sometidas a las condiciones y exigencias de la Ley Fundamental. Vid. Nota No.

10. En tanto que aplicada en el ámbito jurídico que la Ley Fundamental delimita, esa aplicación está sometida a las exigencias constitucionales de la LF. Vid. Nota N° 11.

En virtud de esas reglas constitucionales citadas, el orden jurídico germano enriqueció y perfeccionó la idea misma del Estado democrático de Derecho. A la vez, ello suponía un cierto reconocimiento de la «superioridad» del ordenamiento jurídico internacional y una ruptura con el solipsismo jurídico, al que antes hacíamos alusión.

Si tuviéramos aquí vagar para realizar un análisis detallado de las consecuencias de esa recepción de normas internacionales, así como su disposición a crear, de acuerdo con otros Estados europeos un nuevo orden internacional, el alcance y efecto de ambas sería reducido a sus justos límites. Baste a nuestro propósito con lo apuntado a lo que añadimos las breves precisiones que siguen.

Las normas generales del Derecho internacional son, en su gran mayoría, normas reguladoras de relaciones entre Estados; por principio, pues, no son idóneas para constituir *directamente* derechos y deberes en personas individuales, aunque sí de modo indirecto. En todo caso, el hecho de «*constituir parte integrante del Derecho federal*» obliga a los poderes públicos alemanes a tener un comportamiento conforme a las exigencias de las reglas internacionales<sup>11</sup>. Las reglas generales del Derecho internacional, preciso es reconocerlo, frecuentemente son imprecisas más allá de un núcleo de normatividad que se establece como seguro. En este caso, y no obstante esa recepción, no podrán ser aplicadas, sin más por ir en contra del principio constitucional de la seguridad jurídica. Aún más, Una regla internacional cuando afecta a materia que la constitución reserva a la ley, la regla general no podrá ser aplicada por ningún tribunal o instancia administrativa mientras no haya sido recogida por una ley alemana.

Y... no obstante, reafirmemos nuestra tesis: La recepción de las reglas generales del Derecho internacional como Derecho superior y prevalente sobre las leyes ha sido en el orden jurídico alemán una excelente vía de enriquecimiento y perfección con la colaboración que necesariamente se establece entre la aceptación de esa normatividad superior, transformándola en propia, y las exigencias de un Estado democrático de Derecho<sup>12</sup>.

\* \* \*

Insistamos, pues, en una distinción que es idea central en este trabajo: En el Derecho constitucional comparado de la hora presente, que tan bien ejemplifica el Derecho constitucional alemán, se dan dos momentos que, aunque temporalmente coexistentes, son de diferente signo y dimensión. Mientras que una determinada categoría de reglas constitucionales lo que hace es «abrir» el orden jurídico estatal para

11. Que en circunstancias determinadas pueden tener gran importancia. Así p. ej. en una medida de retorsión adoptada por un órgano alemán, como reacción a un acto ilícito realizado contra intereses alemanes por un Estado extranjero, la autoridad alemana que la adoptare no podría, en todo caso, desconocer el principio de la *proporcionalidad*.

12. Júzguese, entonces, cuál sería el nivel de información de los redactores de nuestra Constitución cuando decidieron eliminar del texto definitivo, la norma que contenía el Borrador. En ella, recogiendo el antecedente de la Constitución del 31, se declaraba a las normas generales del Derecho internacional parte integrante del Derecho español. La razón de esa eliminación era que tales normas carecían de valor y dimensión jurídica.

permitir la irrupción en él de reglas jurídico-internacionales, que él no elabora o si lo hace, sólo de manera muy indirecta, la otra es participativa y creadora. Pretende ésta establecer, y termina consiguiéndolo en colaboración con otros Estados que manifiesten la misma disposición, un nuevo complejo normativo supranacional, vinculante para todos los Estados que colaboren en esa nueva formación<sup>13</sup>.

En el primer caso la actitud es meramente receptiva y el préstamo jurídico que del Derecho alemán reciben es –y eso es mucho– la dimensión constitucional que esas reglas generales no tienen por sí mismas. En el supuesto del referido art. 23 LF el contenido es muy otro. Se trata de una disposición muy activa para formar, en colaboración con otros Estados de modo progresivo un nuevo orden jurídico supranacional. Con la formación de ese nuevo orden jurídico supranacional se está reconociendo implícitamente a la vez un estado carencial en los Estados que así se integran que no les permite alcanzar por sus propios medios el nivel de bienestar social, de desarrollo técnico, de seguridad interna y exterior etc. que fueron siempre quehaceres legítimos del poder político en las sociedades modernas.

En el Derecho constitucional comparado europeo, hasta donde alcanza nuestra información, no hay nada que le iguale en claridad y precisión conceptual. Las referencias que el mismo precepto 23 de la LF hace a los principios de democracia, Estado de Derecho social y federativo, así como al de subsidiariedad, que en la configuración de la armadura constitucional de la UE deberán ser tenidos en cuenta, son otros tantos límites a la voluntad de transferencias competenciales de Alemania a la UE.

Ahora bien, manteniendo esta distinción –pero a la vez superándola– entre dos clases de reglas constitucionales: unas de transferencia competencial, otras de apertura y recepción de normas «superiores, cabe preguntarse si no se da acaso entre ambas una profunda base de coincidencia. Las dos expresan la misma realidad. A saber, la insuficiencia existencial de los ordenamientos estatales<sup>14</sup>.

## 2. Referencias a la Constitución española

Siguiendo la ruta marcada por el Derecho constitucional comparado europeo de la Segunda Posguerra Mundial, la Constitución española vigente «se abrió» al orden jurídico internacional y al Europeo comunitario como es fácil comprobar en la lectura de algunos textos constitucionales a los que haremos a continuación insistente referencia.

13. No parece que la doctrina constitucionalista española tuviera, en un primer momento, conciencia clara de la radical diferencia que existe entre las diferentes reglas del Art. 93 y la del 94,1 CE. En ambos casos el objeto de regulación es el mismo: participación de las Cortes Generales en el procedimiento de conclusión de acuerdos internacionales. Pero la diferente manera de autorizar: mediante ley orgánica en el primer caso y mediante simple mayoría por acto «no de ley» en el segundo, no parece proporcional a las consecuencias que se siguen en el Derecho español según que el acuerdo internacional sea ratificado siguiendo una u otra vía. Vid. pág. 143.

14. Este aspecto ha sido tratado, por referencia a la construcción europea y sobre la base del Derecho constitucional comparado de los países de la UE, en otro lugar. Vid. J. Puente Egido, *Braucht Europa eine Verfassung?*, en Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pág. 530 y sigts.



Comencemos por uno de importancia primordial, el conocido Artículo 93 CE. Bastará un somero conocimiento del bagaje conceptual utilizado en la configuración de esta regla constitucional para captar lo esencial de su contenido normativa. Menos seguro en cambio es que, con la misma facilidad sean advertidas las carencias e imperfecciones que ella encierra.

En efecto, la citada norma pretende regular un aspecto importante del mecanismo de transferencia de competencias soberanas del Estado español a instancias internacionales y puesto que al hacerlo, instrumenta parcialmente el modo de transferir, y con ello manifiesta implícitamente de modo general la disposición del Estado español a realizar esas transferencias. En eso nuestra Constitución no hacía en 1978 otra cosa que recoger –cierto es que un tanto miméticamente– una tendencia del constitucionalismo moderno, reflejada con mejor o peor fortuna en otros textos constitucionales de Estados europeos.

Indiscutiblemente el Art. 93 CE fue redactado en contemplación del previsible ingreso de España en las Comunidades Europeas, una vez que la nueva constitución garantizaba la equivalencia de nuestras instituciones públicas con la de los Estados miembros y las propias de las Instituciones Comunitarias. Pero la misma generalidad de los términos utilizados en él nos indica que fueron concebidos para permitir el ingreso de nuestro país en otras «organizaciones o instituciones internacionales».

Pues bien, el acierto de esta fórmula general, no debe dispensarnos de anotar una notable carencia. Dice el párrafo de este artículo: «Corresponde a las Cortes o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos nacionales o supranacionales, titulares de la cesión». Olvido notable, al no hacer referencia alguna a la función de los tribunales. Ya entonces, en el momento de la redacción de esta norma, era bien conocido el efecto mutante que tenía el Derecho comunitario sobre las constituciones internas de los Estados miembros, y en esa tarea desempeñaban una función muy importante los tribunales nacionales.

La perspectiva desde la que fue concebido este precepto parece haber sido la de aquella que en el Derecho internacional tradicional se ha caracterizado como la de ejecución interna de obligaciones internacionales. Órganos directamente intervinientes en el proceso de conclusión de acuerdos internacionales tradicionalmente son el Gobierno de la nación y las Cortes Generales, a ellos pues, les corresponderá «según los casos» dice el texto constitucional, el dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por España en esos acuerdos.

La participación de los tribunales nacionales, en ese cumplimiento, sólo estaba determinada por vía indirecta. En la medida que la legalidad interna hubiera sido modificada por los órganos directamente competentes y responsables de esa modificación. Esta es la única explicación plausible del olvido por los redactores de ese precepto de la participación de los tribunales nacionales en la tarea común a todos los órganos del Estado, en esa responsabilidad de adecuación del orden jurídico interno a los Tratados internacionales así concertados. Ahora bien, tal omisión, si «disculpable» en términos generales, no lo era en modo alguno, para el caso particular de los Tratados Comunitarios.

De hecho, y a pesar de ese silencio constitucional, por ser una exigencia insoslayable de la aplicación y desarrollo del Derecho comunitario en los Estados miembros de la UE, los órganos judiciales españoles vienen cumpliendo, como no podía ser menos, esa función primordial de órganos garantes del respeto en España de la legalidad comunitaria.

Es ésta una idea central de nuestra exposición, sobre la que volveremos más tarde. Y por esta razón el art. 93 CE, no obstante la generalidad de la referencia a organizaciones o instituciones internacionales con la que conscientemente fue redactado, al colocarlo en la perspectiva del antiguo art. 23 de la LF que sirvió en su día de modelo y, sobre todo, al relacionarlo con los nuevos contenidos de la nueva redacción de ese precepto germano, adquiere su verdadera dimensión. Es una regla concebida para instrumentar transferencias de competencias soberanas, en favor de instituciones internacionales que el Estado español tradicionalmente retuvo como propias. En la incidencia interna, dentro del Derecho español, de esa transferencia competencial a instituciones supranacionales no hay mera ejecución interna unilateral e individualizada por cada Estado de las obligaciones internacionales que éste haya asumido en un acuerdo internacional.

Es aquí donde se concentra el criterio diferenciador de las dos reglas aparentemente iguales o semejantes, la del art. 93 y la del 94,1 (ambos CE) en lo que respecta a la participación de las Cortes en el proceso de ratificación de tratados internacionales. Mientras que para la ratificación de los tratados internacionales que encajen en el supuesto del 93 se necesita ley orgánica autorizante, a la de aquellos que lo sean en el supuesto del art. 94,1 basta la simple autorización prestada por un acto que carece hasta del valor de ley. Distinto consentimiento y participación, pues, que inducen a pensar que en uno y otro caso —en virtud de la diversa naturaleza jurídica del acto parlamentario autorizante— se estaría ante dos categorías normativas distintas de tratados internacionales, aunque la elaboración dogmática y jurisprudencial, así como tampoco la meramente doctrinal no hayan conseguido todavía establecerlas con claridad<sup>15</sup>.

### **3. La protección constitucional a la inderogabilidad de las reglas recibidas en el Derecho español a través de tratados internacionales**

Carecemos en el Derecho constitucional español de una norma constitucional equivalente al art. 25 de la Constitución alemana. No hay pues recepción de reglas generales del Derecho internacional y menos, por consiguiente, con la categoría de Derecho superior que en el orden jurídico alemán éstas tienen. Pero, en este contexto no debemos pasar por alto otra importante norma de nuestra Constitución cual es la del art. 96,1 CE.

15. Esta carencia no es específica del Derecho constitucional español, la tienen también las constituciones de otros Estados miembros. Sólo unos pocos han elaborado para ello normas constitucionales adecuadas.



Muy a diferencia de los dos preceptos anteriores ésta no es una norma reguladora del procedimiento de conclusión de acuerdos internacionales. Su propósito es garantizar que la normativa internacional vinculante para España, y formulada por la vía de acuerdo internacional, sea insertada de forma rápida y sencilla en el ordenamiento jurídico español, formando así parte integrante de su legalidad ordinaria. Anotemos que la generalidad de la disposición incluye en ese efecto de inserción inmediata en el Derecho interno español, a todos los tratados internacionales, tanto los concluidos por la vía del art. 93 como los del 94,1 y 2.

Importante es la regla segunda del art. 94,1 al establecer que las disposiciones de esos tratados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados... etc.» Es decir, las normas de los acuerdos internacionales válidamente concluidos y publicados en España están protegidas constitucionalmente frente a todo intento derogatorio o modificador, de modo que el acto normativo que lo pretendiera estaría afectado de inconstitucionalidad<sup>16</sup>. Aclaremos, pues, frente a una opinión muy extendida en la doctrina española, no apoyada en la jurisprudencia constitucional del TC, que todo esto ahora afirmado, en modo alguno puede ser interpretado como la atribución por nuestra constitución de un valor supralegal a las normas recibidas en el ordenamiento jurídico español por vía convencional internacional<sup>17</sup>. Hay en ella una notable confusión conceptual y terminológica entre el superior valor jerárquico de una regla y la inderogabilidad o aplicación preferente de dos normas que, por no tener entre sí relación normativa directa, el diferente contenido se resuelve en un problema de aplicación preferente<sup>18</sup>.

Este es exactamente el núcleo de la relación conocida entre el Derecho comunitario europeo y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, y en la que se funda el denominado principio de primacía del primero sobre los segundos. Desde esta perspectiva, pues, el resultado final de la regla del art. 96,1 CE es garantizar que en el orden jurídico interno español las normas así recibidas en él, procedentes de los acuerdos internacionales en los que España sea parte, gozan del beneficio de la aplicación preferente, sin que pueda prevalecer la aplicación de norma legal posterior y contraria a la obligación internacional pactada. Y, sin embargo, a pesar de la aparente identidad de la exigencia comunitaria y de la norma constitucional española, la diferencia entre una y otra es notable. Que las normas en el Derecho interno español tengan esa aplicación preferente es obra única y exclusivamente de la disposición constitucional española<sup>19</sup>. En el caso de la primacía del Derecho comunitario es obra de una regla «constitucional» supranacional que se impone al propio legislador constitucional que ni siquiera podría eludir su aplicación en España mediante una dispo-

16. Este acto previsiblemente no podría ser otro que el de una ley posterior contraria, lo que implícitamente presupone que el tratado internacional, así recibido, tiene en el Derecho español valor de ley. La ley contraria ulterior que intentara la derogación de las normas de un tratado en vigor sería indiscutiblemente inconstitucional. Un supuesto de inconstitucionalidad que no ha recogido la LOTC.

17. En el borrador de la Constitución se hablaba, en efecto, del «valor superior» del tratado, pero esta frase desapareció en el texto definitivo.

18. En eso coincide con el efecto normativo de la primacía del Derecho Comunitario. La diferencia está en que aquí ese efecto se lo da el Derecho Constitucional español.

19. Entendiendo, de todos modos, esta precisión, sobre la reserva de las consideraciones expresadas más arriba, Nº 11.

sición constitucional en contrario porque sobre ella misma actuaría el principio de la primacía comunitaria.

#### 4. Recapitulación

Como recapitulación de las consideraciones que hemos ido desgranando, y, no obstante la necesidad de retener las diferentes disposiciones y orientaciones, marquemos la posición básica coincidente en todas ellas. Bien consideradas esas determinaciones constitucionales, coincidentes con otras semejantes o iguales en el Derecho constitucional comparado moderno, responden a una convicción profunda del mundo actual. El Estado nacional debe abandonar el solipsismo tradicional, la legalidad de los órdenes jurídicos estatales es ya en sí misma insuficiente; más aún, imperfecta porque imperfectas son también —en el sentido aristotélico— las sociedades políticas en el que dicha normatividad surge. De ahí entonces esa coincidencia fundamental, dentro de las distinciones y diferencias, porque unas y otras disposiciones, sea por la vía de la «apertura hacia el orden jurídico internacional», sea por la de las transferencias competenciales, sea también por la protección constitucional de una normatividad de origen internacional frente a la amenaza de actos derogatorios ulteriores por una acción unilateral del Estado, todos esos órdenes jurídicos están expresando esa imperfección y se instalan así en una doble vía de legalidad y de legitimidad constitucional. La diferencia pues entre el reconocimiento de la necesidad de esa apertura hacia la regla internacional —sin la cual no hay verdadero «Estado de Derecho»— y la necesidad de «transferir competencias soberanas a entidades supranacionales», como remedio a las carencias existenciales de los Estados, es diferencia de grado pero no sustancial. El problema está en saber sacar las necesarias consecuencias en el uno y el otro caso. *Toda posición dualista que cierre un ordenamiento nacional a las consecuencias de esa aceptación de la legalidad internacional o supranacional es necesariamente contraria a esa orientación del constitucionalismo moderno. Elemento esencial en la noción misma del Estado democrático de Derecho es la disposición a aceptar en el orden jurídico nacional propio esas reglas internacionales.*

## II. EL EFECTO MUTANTE DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y LA COEXISTENCIA DE DOS LEGALIDADES CONSTITUCIONALES EN LA UE

### 1. El efecto mutante de los tratados comunitarios, captado desde la singularidad que éstos presentan en tanto que acuerdos internacionales

Quedó dicho ya que ninguno de los Estados europeos que constituyeron la Pequeña Europa, salvo La RFA, poseía en su constitución una norma habilitante para transferir competencias soberanas a instituciones supranacionales. Ahora bien, independientemente de esa disposición o no a transferir, la conclusión del Tratado CECA, que dio lugar a la formación de la Primera Comunidad Europea, significó en cada uno de los Estados participantes una mutación en sus respectivas constituciones.

Pieza central en ese tratado fue la creación de una *Alta Autoridad*, cuyas decisiones en la ordenación del mercado común del carbón y del acero, tendrían fuerza vinculante para las respectivas administraciones estatales, en un ámbito de soberanía como era el de esas dos materias primas, tanto desde el punto de vista estratégico-militar, como desde el meramente económico<sup>20</sup>. Hasta ese momento ninguna institución internacional había sido dotada con una competencia de esa naturaleza.

Instrumento idóneo para la creación de esa Comunidad fue el tratado internacional. Puesto que él permitía el respeto singularizado a las distintas formas y procedimientos constitucionales en los Estados participantes respecto de la asunción de obligaciones internacionales y, como la experiencia ulterior lo demostraría, era también la vía del tratado multilateral sucesivo, la idónea para crear una estructura jurídica congruente con el progresivo grado de integración económico-política, de modo que esa es la explicación del hecho singular que, en esa creciente acumulación de competencias supranacionales en beneficio de las instituciones comunitarias, no se haya suscitado hasta ahora ningún problema constitucional irresoluble.

Repitiendo así la experiencia que ya se había hecho en el Derecho internacional con los tratados internacionales multilaterales como instrumentos para configurar organizaciones internacionales –y en este caso con mayores motivos– el Tratado comunitario constitutivo ha tenido siempre a lo largo de los cincuenta años de experiencia, necesariamente rasgos de «tratado constitucional». En efecto, no sólo el hecho de las transferencias competenciales, desde las constituciones nacionales a las instituciones comunitarias, sino que también el amplio ejercicio del fuerte poder normativo de que éstas han sido dotadas con efecto directo e inmediato en los órdenes jurídicos de los Estados miembros han fracturado el dogma de la «soberanía nacional» según los cánones de la doctrina constitucionalista clásica.

Cualquiera que haya sido el valor que los textos constitucionales de los Estados de la UE reservaron a los tratados comunitarios, evidente es que éstos configuran una categoría aparte respecto de los acuerdos internacionales ordinarios. Mientras que estos últimos son en realidad un epifenómeno por relación al complejo normativo nacional de los Estados contratantes, los tratados comunitarios constitutivos, tanto por su estructura y forma de conclusión, como por sus efectos tienen dimensión muy diferente.

En efecto, esta singularidad comienza a percibirse ya en el mismo derecho de propuesta e iniciativa que las instituciones comunitarias tienen en la elaboración de nuevos tratados comunitarios. Singular es la posición que en la negociación de esos mismos tratados ellas tienen cuando adoptan posiciones propias e independientes de los Estados miembros. Es decir, en modo alguno la Organización comunitaria está relegada a la situación de «tercero» por relación a los Estados contratantes en la elaboración del futuro tratado comunitario. Tal situación no tiene parigal en el Derecho de las organizaciones internacionales. Singular sigue siendo la participación de los diferentes cuerpos sociales y órganos internos de los Estados contratantes sobre temas comunitarios, pero lo es sobre todo la creciente fuerza de la opinión pública

20. Cfr. J. Monnet, *Memoires*, 1976.

en los diferentes Estados y la de los respectivos parlamentos nacionales<sup>21</sup>. Finalmente, característica es también la falta de flexibilidad del texto del proyectado tratado comunitario una vez cerrada la CIG en donde este haya sido aprobado<sup>22</sup>.

Como ya decíamos antes, la técnica del tratado multilateral sucesivo ha sido utilizada con éxito en la construcción europea, si bien con una modificación esencial en el régimen internacional para esta clase de tratados. La aplicación sistemática de la regla fundamental de la unanimidad en las ratificaciones de los proyectados acuerdos ha excluido toda diversidad en los diferentes regímenes que necesariamente se establecía en el Derecho internacional entre los Estados como consecuencia de la diferente participación de éstos en los acuerdos multilaterales, sucesivos ¿Será posible mantener esta norma «constitucional» no escrita en los tratados comunitarios futuros?

Finalmente, un rasgo peculiar de estos acuerdos es la defensa de la integridad en derechos y obligaciones entre los Estados miembros vinculados por los diferentes tratados comunitarios. En la teoría general de la organización internacional, ciertamente, había sido ya advertida la eliminación de las reservas unilaterales; no era admisible que la carta constitutiva de éstas fuera fracturada por regímenes diferentes según las distintas reservas. Pero con mayor fuerza esta integridad es exigible en la construcción europea. Ciertamente es que esta idea aparece hoy un tanto debilitada por dos fenómenos, uno es el de la «geometría variable» o integración a distintas velocidades, aceptable, y otra que lo es menos la del «opting out».

## 2. La coexistencia de dos legalidades constitucionales en la UE

Constituye hoy un lugar común la idea de que el grado de integración alcanzado en la UE se lo debemos al efecto de una «reacción en cadena» iniciada en el marco orgánico de la CECA con la creación de la Alta Autoridad. Jean Monnet nos aporta en sus Memorias el testimonio de que fue el Prof. Reuter el autor del concepto y del término<sup>23</sup>. Pero, como tantas veces ha ocurrido en la Historia del pensamiento, una cosa es la intuición genial de quien introduce un salto cualitativo en el sistema de creencias e ideas recibidas y otra muy distinta la aplicación de esa idea revolucionaria a instituciones y situaciones que han de ser revisadas a la luz del nuevo descubrimiento. Así ha sucedido también en la configuración de la relación del nuevo orden comunitario con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Para la mejor comprensión de la exposición ulterior, nos permitimos recordar aquí los elementos esenciales del dualismo y monismo en la teoría del Derecho internacional.

21. Cfr. S. Griller «*The Constitutional Architecture*», Europe, 2004, Le Grand Debat, European Commission, Bruselas, 2001 págs. 41 y sigts.

22. Este fue el caso de la proyectada Comunidad Europea de Defensa, ante la negativa de Francia a ratificar el Tratado comunitario que la creaba.

23. Vid. J. Monnet, *Memoires*, 1976, pág. 352. Pero P.Reuter en la *Naissance de l'Europe. Commentaire*, Fondation. J. Monnet pour l'Europe, 1989, deja entrever que su participación en la configuración del Tratado CECA fue bastante más que la señalada por J. Monnet.

No obstante la brillantez y hasta parcial acierto en algunas de sus conclusiones, la solución monista basada en el Derecho internacional chocó y sigue chocando con una dura realidad, cual es la de no ser conforme en sus conclusiones con los datos de la experiencia inmediata. Mucho más lo era, y aún lo sigue siendo el dualismo, cuya tesis central es: El Derecho internacional es orden jurídico regulador de relaciones interestatales. El efecto normativo de las reglas internacionales en un determinado sistema jurídico estatal depende de la apoyatura que presente el Derecho interno a las normas internacionales<sup>24</sup>.

Había muchos motivos, aunque no razones, para temer que esa relación entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros fuera entendida desde las tradicionales categorías de la relación Derecho internacional-Derecho interno a las que los Estados estaban habituados<sup>25</sup>.

Pues bien, fue precisamente la acción decisiva del TJC la que garantizó, en un feliz concurso de circunstancias con un audaz aunque prudente uso del recurso prejudicial, la plena eficacia del efecto directo y con él, a la vez, la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional de los Estados miembros<sup>26</sup>.

Concertados los Estados que formaron la «Pequeña Europa», y después todos aquellos que por las sucesivas admisiones se han ido agregando, la creación de esas instituciones supranacionales y el Derecho nuevo nacido del fuerte poder normativo de éstas, sólo ha sido posible a través de las transferencias competenciales, desde los Estados y hacia esas instituciones. Dichas transferencias se han instrumentado, como no podía ser de otra forma, por la vía del acuerdo internacional<sup>27</sup>. Fue entonces, no sólo por inspiración de la doctrina dualista, aunque también, sino sobre todo por la vieja práctica con la que los Estados «soberanos» trataron siempre los compromisos establecidos por acuerdo, cuando se suscitó el gran problema sobre si los acuerdos comunitarios podían ser tratados por los Estados parte en ellos en la misma forma que ellos estaban acostumbrados a hacer con los demás acuerdos internacionales. Pronto se vio que esto no era posible, si es que se quería seriamente llegar a una integración política mediante la integración creciente en sus respectivas economías.

24. Así Triepel en su conocida obra, *Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899*. Ella significó, no obstante, un gran esfuerzo intelectual para fundamentar, desde una posición estrictamente positivista del Derecho, la afirmación de que el Derecho internacional era Derecho en sentido propio.

25. Ningún concepto lo expresa mejor que la noción de la transformación. Por ella las normas convencionales internacionales tienen en el Derecho internacional la dimensión normativa que les confiere la regla interna que lo inserta en ese sistema nacional. Según esa doctrina, y por bienintencionada que haya sido la elaboración de la regla internacional para regular uniformemente una determinada materia, la inserción diversa de la regla internacional en los distintos órdenes jurídicos internos estatales, genera necesariamente una notoria heterogeneidad normativa entre las diferentes órdenes jurídicas de los Estados que la reciben de modo diferente.

Esto explica la oscilación en la propia jurisprudencia del TJC en la conceptualización del Derecho comunitario. Mientras que en *Van Gend and Loos* este Derecho es caracterizado como «un nuevo orden jurídico internacional» en *Costa-Enel* es simplemente «un nuevo orden jurídico».

26. Sin poder profundizar, por ahora, la íntima conexión en que están los dos principios, la exposición que sigue, ofrece ya algunos rasgos de ella: particularmente, la dependencia en la que está la primacía respecto del efecto directo.

27. Sobre este aspecto Vid. *J. Puente Egido, Festschrift, D. TH. Tsatsos, loc. cit. pág. 531 y sigts.*

Esta es la razón por la que jugó un papel central la noción del «*self-executing-treaty*» en las dos decisiones que hemos tomado como paradigma en esta reflexión.

Profundicemos un poco en este concepto. Conocidamente es esta una noción que ha entrado en la teoría del Derecho internacional a través de la jurisprudencia de los tribunales de los países anglosajones, particularmente de los ingleses y norteamericanos<sup>28</sup>. En virtud de ella determinados acuerdos internacionales no necesitan ser recibidos previamente por una ley interna para que alguna de sus normas formen parte del Derecho interno y sean susceptibles de aplicación directa en él. El que un tratado, o cláusula de un tratado internacional, tenga o no esta condición es un problema de interpretación. Las condiciones exigidas por la jurisprudencia de cada país, para que una norma internacional convencional sea *self-executing*, varían de Estado a Estado, no son las mismas, p. ej. en Inglaterra que en Norteamérica. Pero algo nos debe quedar claro, la recepción así efectuada vincula a los órganos de aplicación del Derecho, tribunales internos e instancias ejecutivas o administrativas, *nunca a los legisladores*.

Esta noción, que tan útil ha sido en la configuración de los principios «constitucionales» comunitarios que comentamos, no pudo introducirse en él ni hubiera sido útil sin las necesarias adaptaciones. En esa labor tuvo el TJC una papel decisivo.

Obstáculo primordial para su configuración en el ámbito comunitario eran precisamente las distintas posiciones que las respectivas constituciones nacionales de los Estados miembros habían adoptado respecto del tratamiento de las normas internacionales convencionales en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Unos tenían básicamente y de modo tradicional una posición dualista, otros, inclinados favorablemente hacia el Derecho internacional llegaban a conferir a la regla internacional un «valor superior a la ley»<sup>29</sup>. Pero tampoco esta última posición podía ofrecer al Derecho comunitario la *garantía existencial* que este necesitaba acerca de la homogeneidad e integridad de los derechos y obligaciones comunitarios entre los distintos Estados y justiciables en el ámbito de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. El TJC la encontró en el *efecto directo de determinadas reglas comunitarias, exclusivamente fundado en la interpretación del Derecho comunitario*.

#### a) *Caso Van Gend and Loos. Efecto directo*

Los elementos básicos en el supuesto de hecho son conocidos: Como un modo de reforzar la solidaridad entre sí de los tres Estados que habían formado el Benelux, y a la vista de la formación de la unión aduanera con la que comenzaba su tarea de integración el Tratado de Roma, (1957), ellos concluyeron el denominado Protocolo de Bruselas el 25 de Julio de 1958. Por este Protocolo y las respectivas leyes internas

28. Vid. esta voz en el Diccionario *Oxford Companion of Law*.

29. En una referencia breve, y no muy precisa, del Abogado General, Sr. Roemer en su informe sobre el asunto *Van Gend and Loos* aludió a esa diversidad constitucional (loc. cit. págs. 355-56), pero lo hizo desde una perspectiva que el Tribunal después rechazó en su Sentencia. Presuponía que la relación Derecho comunitario-Derecho nacional de los estados miembros era relación condicionada por el Derecho constitucional de cada Estado.



de ratificación, los tres Estados modificaron la nomenclatura del Arancel Aduanero. La consecuencia fue que, sin una modificación formal de dicho arancel, determinados derechos de importación habían sido alterados por el simple cambio de nomenclatura. Este era el caso para el producto urea-formaldehído que la empresa holandesa *Van Gend and Loos* venía tradicionalmente importando de Alemania a los Países Bajos. El gravamen aduanero de ese producto del 4% subió al 8%.

La cuestión jurídica surgió de inmediato: ¿Era esta medida compatible con el art. 12 del Tratado CEE? ¿Podía el particular deducir derechos subjetivos de una obligación que el mencionado art. 12, en su tenor literal, parecía imponer exclusivamente a los Estados contratantes?<sup>30</sup>. El tribunal contencioso-administrativo holandés creyó oportuno utilizar la vía del recurso prejudicial del entonces art. 177 TCE, antes de resolver en el fondo sobre la demanda formulada por la empresa contra la Administración de Aduanas de Holanda. Importaba a este tribunal saber: a) Si el referido art. 12 tenía efecto directo. b) Si el incremento del 8% *ad valorem* era un incremento no permitido por el Derecho comunitario.

En pocas ocasiones la sentencia del TJC ha sido tan discrepante respecto del informe rendido ante él por el Abogado General<sup>31</sup>. En su decisión luminosa, el TJC marcó un nuevo rumbo a la futura evolución del Derecho comunitario. Se imponía perfilar una nueva noción del efecto directo.

Recordemos que para el dualismo es un postulado principalísimo que el valor normativo de una regla internacional, introducida en el orden jurídico nacional, depende del alcance normativo de la regla que la incorpora. Para el caso particular del efecto directo, la norma internacional lo tiene sólo cuando se lo de así la norma interna.

El TJC tenía que fundar ese efecto directo de la regla comunitaria, no en la colaboración de los Derechos internos constitucionales de los Estados miembros –que era

30. «Les états membres s'abstiennent d'interdire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation ou à l'exportation ou taxes d'effet équivalent...».

31. Así p. ej. : Sobre la cuestión acerca de si el Derecho comunitario tenía o no relevancia en la solución del caso concreto, la contestación del Abogado General fue ésta: A mi entender el TJC no tiene, en principio, competencia alguna para examinar esta cuestión previa (loc. cit. Pág. 350), aunque después la atenúa con tal de que el Tribunal haga «una interpretación general del art. 12, de su sentido y finalidad, dejando al juez nacional que extraiga las conclusiones» (pág. 358).

La adherencia dualista que inspiraba a este Abogado general, de formación y nacionalidad alemana, encuentra una prueba irrefragable en el siguiente pasaje de su informe: «Una aplicabilidad directa tiene que tener como resultado que las reglas dotadas de dicha cualidad puedan desplegar sus efectos sin restricción e, incluso llegado el caso, frente a un Derecho nacional que sea contrario. *Esa aplicabilidad directa no se da cuando es precisa una declaración previa de este Tribunal* (subrayado nuestro). ¡Absurdo!. Es decir, una norma con efecto directo lo perdería por el hecho mismo de preguntar al Tribunal si lo tiene. Lo que es radicalmente contrario al sentido común más elemental.

Si la primera parte de su afirmación es exacta, porque en eso consiste precisamente la autonomía del Derecho comunitario, en que éste puede fijar por sí y ante sí cuándo una regla comunitaria produce efecto directo. Pero, en modo alguno este efecto puede estar condicionado por la duda, quienquiera que sea el órgano que la suscite. Es el Tribunal (hoy los dos Tribunales) los órganos competentes para resolverla.

Quizás influyera en esa posición del Abogado General Sr. Roemer una curiosa manifestación del pensamiento dualista alemán, según el cual toda norma general del D.internacional, recibida en el ordenamiento jurídico federal por la vía del art. 25 LF, al final quedaba excluida de esa incorporación cuando esa norma no fuera directamente aplicable.

el camino equivocado seguido por el Sr. Roemer— *sino en la naturaleza misma del Derecho comunitario*. De aquí la rotundidad de la afirmación: Éste es el Derecho de una Comunidad dotada de «órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos», es Derecho «autónomo respecto de la legislación de los Estados miembros»<sup>32</sup>, que «establece derechos y obligaciones a cargo de los particulares» y que unos y otras nacen «no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el orden comunitario impone de manera perfectamente definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias»<sup>33</sup>.

Por lo que atañe al efecto directo de la norma del art. 12, las afirmaciones del TJC son igualmente cortantes, decisivas y contrarias a la posición del Abogado General, que se lo había negado<sup>34</sup>. Precisa, en primer lugar, que el art. 12 está en estrecha relación con el art. 9, lo que determina que la prohibición de esos derechos y exacciones *sea regla esencial* y que ambas están insertas en aquella parte del Tratado que define los «Fundamentos de la Comunidad». Se trata de una prohibición «clara e incondicional» y «perfectamente idónea para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables» ¿Es que puede haber obligación más fácil de cumplir que la de no actuar y estarse quieto?

El Abogado General, frente a la posición firme y contraria de la Comisión, había sido sensible a la argumentación falaziosa de los agentes de los tres Gobiernos, que presentaron al Tribunal sus observaciones respecto de la admisibilidad de la cuestión prejudicial y que ellos estimaban inadmisibles porque en dicha pregunta —en su opinión— se pretendía subrepticamente eludir la vía de los arts. 169 y 170 del Tratado.

El Tribunal enfrentó este argumento con igual firmeza: «El argumento basado en los arts. 169 y 170 es erróneo... la circunstancia de que el Tratado, en los artículos antes citados, faculta a la Comisión y a los Estados miembros para demandar ante el Tribunal de Justicia a un Estado que no haya cumplido sus obligaciones, no implica la imposibilidad de que los particulares invoquen... esas obligaciones ante el Juez nacional... no excluye la posibilidad de que en los litigios entre particulares ante el Juez nacional se denuncie la violación de dichas obligaciones...»<sup>35</sup>. La reducción de las garantías que da el art.12 cuando las obligaciones que impone esta norma, como

32. Este es exactamente el concepto de las reglas self-executing de los tratados internacionales del Derecho anglosajón. Por esa misma razón son normas dirigidas a instancias administrativas u órganos jurisdiccionales, pero nunca podrán condicionar a la competencia normativa de estos países. Por eso también el error básico del art. 94. I CE cuando instrumenta la autorización de las Cortes al Gobierno sobre materias que ella reserva a la ley, inclusive a la ley orgánica, cuando este acto autorizante «no tiene valor de ley».

33. Vid. Sentencia 26/62

34. «Propongo al Tribunal de Justicia limitar su decisión a la primera cuestión y precisar que el art. 12 sólo contiene una obligación para los Estados miembros» loc. cit.

35. Ese argumento escondía una falacia muy común, pero también muy contraria a la lógica más elemental: «La afirmación de algo no implica necesariamente la negación de los demás términos, sino solamente del que sea estrictamente contrario a lo afirmado». Es ésta una de las falsas posiciones del dualismo: «Los derechos y deberes de los Estados, no pueden ser derechos y deberes de las personas individuales» ¡Falso!. La norma de un tratado de extradición que impone a los Estados el respeto al principio de la doble incriminación, produce igualmente, o al menos puede producirlos, efectos jurídicos en los particulares: Mejor aún, —y éste era el caso aquí— no infrecuentemente, las obligaciones de los Estados se traducen en derechos subjetivos para los particulares.

único procedimiento a los arts. 169 y 170 «*haría desaparecer toda protección jurisdiccional directa de los derechos individuales de sus nacionales*»<sup>36</sup>.

**b) *La noción de primacía de la norma comunitaria. La jurisprudencia sentada en el asunto Costa-Enel***

En el caso *Van Gend and Loos* el Tribunal deja claro que el Derecho comunitario posee normas de efecto directo que los Estados miembros deben respetar con todas sus consecuencias. Pero, sobre todo, y esto era lo decisivo, que ese efecto directo de las reglas comunitarias no es un préstamo jurídico que los Derechos internos de los Estados miembros hagan al Derecho comunitario. Es una cualidad que poseen algunas reglas comunitarias, porque en ellas concurren determinadas circunstancias; es decir, *en virtud de su propia naturaleza y fuerza, el Derecho comunitario puede tener normas de efecto directo y, en cuanto tales, se imponen a los distintos órdenes jurídicos de los Estados miembros.*

Quedaba todavía una última cuestión que aclarar, que ha sido el último reducto desde el que el dualismo tradicional ha defendido su posición. ¿No cabía –acaso– oponer eficazmente un obstáculo a la aplicación directa del Derecho comunitario, cuando la particular normatividad de esas reglas de efecto directo, fuera contraria a normas nacionales de especial valor (reglas constitucionales)? Este fue exactamente el problema resuelto en el asunto *Costa-Enel*; y, en el caso concreto, con la ayuda inestimable de un informe claro y contundente del Abogado General del Sr. Lagrange.

Los datos son bien conocidos y no necesitan ser aquí recordados. Si, en cambio, se hace precisa una observación que suele ser olvidada: El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 había sido, por razones políticas, ratificado mediante ley ordinaria y, en consecuencia, de conformidad con la doctrina constitucional italiana, el Tratado de Roma no podía tener en el orden jurídico italiano valor distinto al que le daba el acto legislativo autorizante. Una ley así estaba sometida, pues, al juego de la *lex posterior* por la que se creó el monopolio ENEL (6 de Diciembre de 1962. Esta ley había sido declarada por la Corte Constitucional italiana conforme a la Constitución.

**a') *Cuestiones previas***

Una vez más, antes de que el Tribunal pudiera resolver sobre el fondo, hubo de responder a dos excepciones perentorias suscitadas por el gobierno italiano.

Apoyándose en una defectuosa formulación por parte del Giudice Conciliatore de la cuestión prejudicial<sup>37</sup>, el Gobierno italiano se oponía a la admisión de la cuestión prejudicial por entender que, so capa de interpretación, se trataba en realidad de un problema de aplicación en el Derecho interno italiano de reglas de Derecho comuni-

36. Loc. cit. pág. 341.

37. Éste había utilizado, en efecto, la noción de infracción y preguntado al Tribunal comunitario si la ley italiana que creó el monopolio, *infringía* los arts. 102,93.53 y 37 del TCE.

tario. Ello hacía inútil todo intento de interpretación; la norma que no va a ser aplicada no tiene necesidad de ser previamente interpretada. Si el Tribunal comunitario entraba en un problema de aplicación en Italia de normas comunitarias, invadiría así el ámbito competencial que el Derecho comunitario reserva a los tribunales italianos.

Al Tribunal y al Abogado General les fue fácil obviar esta dificultad. Ciertamente, en el Derecho comunitario la distinción entre interpretación y aplicación del Derecho tiene necesariamente una dimensión competencial. En ella hay una línea divisoria –no siempre fácil de establecer– entre la competencia jurisdiccional de los Tribunales comunitarios y la de los tribunales nacionales. Ahora bien, al margen de la defectuosa formulación de la cuestión previa por el juez italiano, al Tribunal le fue fácil identificar el problema de interpretación de las normas comunitarias, manteniéndose dentro de su campo competencial, respetar la de los tribunales italianos para la aplicación en Italia del Derecho comunitario.

De modo significativo el Gobierno italiano defendió la *inadmisibilidad* de la cuestión prejudicial con un postulado, dogmáticamente afirmado y –según su tradicional posición dualista– inconcuso: «El juez (italiano que) no ha de aplicar disposición alguna del Tratado de Roma, no debe tener duda alguna acerca de su interpretación... no debe aplicar más que la ley interna que regula la materia de que conoce». Postulado inmovible del dualismo tradicional.

Este era precisamente el «dogma» que había que destruir, si se quería edificar la Unión Europea. El TCJ formuló entonces, por vez primera la noción de la doble legalidad al manejar el concepto de *la coexistencia, hoy completamente actual, de dos ordenamientos jurídicos diferentes, el interno y el comunitario*, moviéndose cada uno de ellos en sus respectivos ámbitos competenciales, pero profundamente imbricado –bien que conservando su propia identidad– en cada uno de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

#### b') *Naturaleza del Derecho comunitario*

El orden jurídico así creado, en función de transferencias competenciales, que implicaban limitación parcial de la soberanía de los Estados, forma un cuerpo normativo, que vincula a los órganos jurisdiccionales de éstos. Por eso la imposibilidad de que los Estados lo deterioren en su integridad con medidas unilaterales posteriores. La fuerza vinculante de sus normas, no puede variar de Estado a Estado, porque ello sería poner en peligro los objetivos del Tratado.

En consecuencia, a este Derecho, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer una norma interna, cualquiera que sea ésta ante los órganos jurisdiccionales de un Estado. No hay regla alguna comunitaria que quede, por principio, sustraída al procedimiento de cuestión prejudicial. El Art. 177 no la contiene.

Con ello quedó perfectamente aclarado cuál es el sentido de la primacía del Derecho comunitario. En contra de opiniones desviadas, no se trata en ella de la obligación en la que estarían los Estados miembros de reconocer en sus respectivos ordenamientos una superior jerarquía normativa en la regla comunitaria. Se trata, pura

te, de respetar la *integridad* de la regla comunitaria, en toda su validez y aplicabilidad, sin que éstas puedan ser recortadas por ninguno de los múltiples mecanismos de la acción estatal, a los que el Derecho internacional nos tiene acostumbrados.

Si reparamos bien, esta doctrina es, en sus efectos y dimensión, igual al mecanismo del art. 96.2 CE. Pero con una diferencia notable en cuanto al origen. Mientras que en el caso del art. 96.2 la garantía es constitucional española, la de la primacía comunitaria es la de un *principio esencial, mejor, existencial* de un orden jurídico supranacional, que se impone con igual fuerza a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

### III. LAS TRANSFERENCIAS COMPETENCIALES EFECTUADAS SIN LA AUTORIZACIÓN DEL ART. 93 CE A INSTITUCIONES INTERNACIONALES. ENSEÑANZAS DEL CASO RUMASA

#### 1. Aspectos generales

De las consideraciones efectuadas en el apartado anterior retengamos éstas ideas: En virtud del mecanismo de transferencias competenciales a instituciones supranacionales, los órdenes jurídicos nacionales de los Estados que las realizan, sufren una mutación permanente de su legalidad interna en virtud de la influencia que en ellos ejerce ese nuevo orden jurídico. En la generación del efecto mutante tiene el Tribunal comunitario (hoy los dos Tribunales) un papel fundamental. Ese cambio en las constituciones nacionales de los Estados, está en la UE imperado por principios «constitucionales» del orden jurídico comunitario.

Ahora bien, sin dejar de reconocer la singularidad de la construcción europea, nos debemos cuestionar si es éste, acaso, un fenómeno jurídico tan particular que las experiencias en él ganadas no pueden ser deriyadas por vía de analogía a la relación Derecho internacional-Derechos nacionales<sup>38</sup>? ¿Es que la crisis de la soberanía estatal ha de ser sólo utilizada para explicar fenómenos de la nueva integración política de Estados soberanos con olvido de la semejanza que con esa relación establece hoy la nueva posición que el Derecho internacional tiene con los órdenes jurídicos nacionales? En la explicación de las ideas madre que actuaron en la configuración del sistema internacional protector de los derechos fundamentales del hombre hay una reflexión importante que hacer.

38. La ausencia de precisión en los términos utilizados por el art. 93 CE cuando exige que la autorización dada por las Cortes al Gobierno para ratificar un acuerdo internacional por el que se transfieran a organizaciones o instituciones internacionales «competencias derivadas de la Constitución» permite afirmar sin lugar a duda alguna que el referido texto admite también transferencias a organizaciones internacionales distintas de las europeas. Discutible sería, en todo caso, si esta previsión de transferir, es sólo constitucionalmente posible, cuando la institución internacional a la que se hiciera, ofrezca las mismas o equivalentes garantías de las que la CE impone a los poderes públicos españoles. Pero este problema no fue suscitado en el debate constituyente ni tampoco parece haberse ocupado más tarde de él la doctrina especializada.

Si la transferencia competencial, está indudablemente garantizada, tratándose de instituciones europeas, no parece ser el caso para otras convenciones e instituciones.

Fue esa protección de derechos fundamentales un elemento esencial en el constitucionalismo del siglo XIX con el que se constituyó la denominada parte «dogmática» de esas constituciones estatales. Concebidos esos derechos en un primer momento más bien como normas programáticas, que el legislador ordinario debía después plasmar en leyes, fue un progreso importante en ese proceso la comprensión de esas reglas constitucionales como normas materiales, susceptibles de ser aplicadas directamente si su formulación lo permitía<sup>39</sup>. Un segundo paso, aunque no en sucesión temporal respecto del que acabamos de consignar, fue la instauración de una vía de control jurisdiccional de la constitucionalidad en normas y actos jurídico, tanto si esta función se encomendaba a los tribunales ordinarios o se creaba para ello un tribunal especial<sup>40</sup>.

Pero, ni siquiera después de la instauración de los tribunales constitucionales estatales, en los pocos que lo hicieron entre las dos Guerras Mundiales, se consiguió garantizar un nivel aceptable de protección de dichos valores. La experiencia fue insatisfactoria por inadecuación de la medida a la carencia que se pretendía remediar. Era preciso elevar el plano de protección jurisdiccional del nivel nacional al plano internacional. Por esta razón, algunos Estados europeos, en el marco institucional del Consejo de Europa vieron la conveniencia de organizar un sistema de control internacional que remediara las deficiencias de los tribunales internos, sin cambio sustancial en los contenidos materiales de los derechos ya protegidos por las constituciones nacionales<sup>41</sup>.

Esta era, pues, una carencia existencial —en el sentido más arriba explicado— de los Estados europeos que han adherido a la CEDH. Los Estados que hoy son parte en la CEDH han transferido a los mecanismos protectores de la Convención la fijación del último criterio que determine el contenido y alcance de los derechos fundamentales que cada uno de ellos se haya comprometido a respetar. Era, pues, necesario para el perfeccionamiento de la idea del Estado de Derecho, elevar la garantía de esa protección al plano internacional, donde el control jurisdiccional por un tribunal internacional fuera elemento clave. ¿No hay en ello una transferencia competencial equivalente o, al menos, análoga a la del Derecho comunitario?

En efecto, de la desgarradora experiencia de la Segunda Guerra Mundial, a la que se le había acumulado la de la Primera y su correspondiente posguerra, dos ideas-

39. Vid. sobre ello, E. García de Enterría, *«La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional»*, Madrid, Cívitas, 1981 que tuvo el mérito de introducir entre nosotros las ya entonces bien asentadas doctrina y realidades constitucionales anglosajonas y germanas (austriaca y alemana) al respecto. Con lo que acabó con el dogma «galo», que una vez más en puro mimetismo habíamos aceptado y por el que la «volonté générale» de la ley era la expresión máxima e irrefragable de la misma legalidad constitucional, frente a la que nada podía la opinión mayoritaria de un tribunal constitucional. Sofisma puro, porque el poder normativo del parlamento era, igual que los demás, poder constituido y no poder constituyente.

40. En efecto, poner una institución estatal, por independiente que quiera ésta ser respecto del poder del Estado, es algo así como «poner el gato a guardar las sardinas»; ¿Quién puede lesionar más y mejor los derechos fundamentales protegidos por la constitución, como límite al poder invasor del poder público (preferentemente)? Claro es que el que sea más fuerte y más cercano. Un algo, mucho de esto se dio en el caso que después comentamos.

41. Cabría entonces decir, prolongando una idea de Schwarzenberger, que además de propugnar como una exigencia del Estado de Derecho la creación de un tribunal nacional constitucional, se hacía necesario llevarla al control en el plano internacional.



fuerza aparecieron en la conciencia colectiva de las sociedades políticas y democráticas europeas. La necesidad de garantizar el máximo respeto de los derechos fundamentales humanos, no ya sólo como pieza esencial de la paz cívica en el orden interno de ellos, sino que también en el plano internacional. Pero esta percepción parecía ponerse en contradicción con otra que había sido causa principalísima en esos conflictos bélicos. A saber, la incapacidad congénita de los Estados para garantizar dicho respeto. Los solos instrumentos del Estado de Derecho, incluido el control de la constitucionalidad, no eran capaces de garantizarlo. Se hacía pues necesario, como elemento de dicha noción de Estado de Derecho, elevar la garantía de esa protección al plano internacional, donde el control jurisdiccional por un tribunal internacional fuera pieza clave<sup>42</sup>.

Cierto es que la ratificación de la CEDH podrá haber sido efectuada en esta o en la otra forma, respetando, o no del todo, las exigencias constitucionales de cada Estado en lo que atañe a la autorización parlamentaria para ratificar<sup>43</sup>. Para el caso de España, si entendemos bien la sustancia del proceso, el sentido no puede ser otro que éste: España confió al Tribunal de Estrasburgo la garantía última del respeto a derechos fundamentales, y entre ellos se cuenta el importantísimo de la buena administración de justicia del art. 6 de la CEDH. En esa misma idea de perfeccionamiento del Estado de Derecho, la lógica jurídica exigía establecer normas que pudieran dar cauce a procesos de revisión, inclusive de sentencias internas que hubieran pasado a fuerza de cosa juzgada (según el Derecho interno español). La promulgación de tales normas, en el caso concreto del TC español, le hubiera evitado el sonrojo de volver a infringir<sup>44</sup>, no ya sólo un derecho fundamental, sino un principio elemental de justicia, cual es el de *no poder ser juez en causa propia*.

La diferencia que existe (muy clara) entre la integración económico-política que refleja el Derecho comunitario y la del Derecho internacional es de grado (muy notable todavía) pero no esencial. Los Estados pues transfieren, con oportunidad y acierto, competencias a instituciones internacionales respecto de materias que tradicionalmente han estado en la competencia exclusiva y soberana de cada uno de ellos<sup>45</sup>.

Pues bien, ahora ocurre la pregunta, ¿en la ratificación por España de la CEDH hubo una transferencia competencial equivalente, o al menos análoga, a las del Derecho comunitario? Independientemente del procedimiento seguido en su ratificación, parece hoy evidente que la pregunta debe contestarse afirmativamente<sup>46</sup>.

42. La abundante jurisprudencia del TEDH así lo ha demostrado. Ningún Estado miembro se ha salvado de ser condenado por este Tribunal a causa de la responsabilidad incurrida por infracción cometida por alguno de sus órganos en el respeto de esos derechos fundamentales.

43. La doctrina constitucional española nos debe todavía una explicación de la aparente o real discordancia entre el proceso de ratificación de la CEDH que fue autorizado por el acto «no de ley» y el de Estatuto de la Corte Penal Internacional, autorizado mediante ley orgánica.

44. Por la providencia de inadmisión del recurso suscitado ante él por Rumasa una vez obtenida la sentencia favorable del TEDH.

45. Tal es hoy el caso de la renuncia a la guerra entre Estados como medio lícito de garantizar el respeto a los propios «derechos».

46. Los tratados comunitarios han sido invariablemente todos autorizados a su ratificación mediante

## 2. El Asunto Rumasa

En virtud de un Decreto Ley, el de 23 de Febrero de 1983 (B.O. 24 Feb. 1983) la Jefatura del Estado expropió «por razones de utilidad pública e interés social» a los bancos y otras sociedades que formaban en el «Grupo Rumasa S.A.» de los que la sociedad madre conservó siempre la mayoría de la participación social. La desposesión fue fulminante. De todos esos bienes se hizo cargo la Dirección General del Patrimonio del Estado quien quedó facultada para transferir al Fondo de Garantía de Depósitos el ejercicio de todas las facultades propias de los Consejos de Administración de esas sociedades expropiadas. En su caso, podía transferir dicho ejercicio a los administradores que esa Dirección General libremente designare. Los titulares de las acciones expropiadas, por obra del mismo D.L. quedaron forzosamente constituidos en una «Comunidad de Accionistas», en cada sociedad, en todo lo relativo al ejercicio de las acciones que en Derecho se derivaren del acto expropiatorio. Dicho D.L., que entró en vigor inmediatamente, fue convalidado por la Ley 7/83 de 29 de Junio de 1983.

Frente al D.L., pero no contra la ley, un grupo de 54 diputados de la oposición parlamentaria suscitó recurso de inconstitucionalidad. Éste se fundaba en motivos distintos y entre ellos haremos breve alusión a los principales. El D.L. era nulo de pleno Derecho porque había traspasado los límites constitucionales que el art. 86,1 establece para el ejercicio por el Gobierno de esta facultad legislativa, cual es la de no afectar a los derechos y libertades, regulados en el Tit. I de la CE. Puesto que la nulidad era radical, el D.L. no podía ser convalidado por ley posterior. El derecho primordialmente afectado era el de propiedad, lo que determinaba, a la vez, la violación del art. 33. Este derecho tiene reservada su regulación a la ley, y el Gobierno no utilizó ninguna de las dos opciones posibles: O bien tramitaría una ley ordinaria, en la forma habitual, o bien realizaba la expropiación por la vía de la Ley de Expropiación Forzosa, y no había hecho ni lo uno ni lo otro. En el D.L. se habían amalgamado dos momentos que el art. 9 de la LEF distingue, el acto de aplicación de una Ley expropiatoria, con la propia norma general para la habilitación de la potestad expropiatoria».

El D.L. habría violado igualmente el Art. 33 CE relativo a la libertad de empresa, puesto que la CE la configura como un derecho individual de los ciudadanos. Con mejor acierto parece haber sido impugnado el D.L. como infractor de los derechos fundamentales protegidos por el art. 24 CE (tutela judicial efectiva) y 14 (principio de igualdad).

El TC, no sin una deliberación interna accidentada, terminó rechazándolo, si bien su constitucionalidad fue declarada por la mínima mayoría, puesto que fue el voto de calidad del Presidente el que rompió el empate de seis votos contra los otros seis de los magistrados disidentes.

Ley Orgánica. Vid. p. ej. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1986 N. 7 para la ratificación del Acta Única Europea. Por ley orgánica fue autorizada también la ratificación del Estatuto de Roma para la creación del TPI. La de la CEDH fue simplemente autorizada por la vía del 94,1 CE.

El *iter* argumentativo de la Sentencia es embrollado y confuso y con razón el voto particular de los magistrados que formaron la minoría lo pudieron tachar de incongruente porque en la fijación de la relación entre el Decreto Ley y la Ley de convalidación había una perfecta contradicción. En efecto, dicha relación podía ser entendida de dos maneras posibles, o bien el D.L. y la Ley formaban una unidad, y entonces la impugnación de inconstitucionalidad realizada sobre el Decreto se extendía a la Ley, o bien, por el contrario, dicha relación era la de dos cuerpos normativos distintos y separados. Si eran dos cuerpos separados los vicios constitucionales del D.L. no podían en modo alguno ser subsanados por la Ley de convalidación. Si ambos formaban unidad, la impugnación de la inconstitucionalidad del D.L. había que extenderla a la Ley. La argumentación de la opinión mayoritaria se fundó en tomar del uno y de la otra distintos elementos, aquellos que mejor le convenían para fundamentar su tesis.

El entregismo de la mayoría del TC a las tesis gubernamentales es palmario en el enjuiciamiento del denominado «presupuesto habilitante» del D.L.; esto es, en la valoración de la necesidad y de la urgencia de la expropiación. Concediendo, como no podía ser de otro modo, que el control parlamentario sobre el D.L. no excluye al ulterior control jurisdiccional, el TC renuncia de hecho a ejercerlo: «El Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política: se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan –por la propia función que compete al Tribunal– toda injerencia en la decisión política que, correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno...»<sup>47</sup>. Este criterio es inaceptable, desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional comparada y la de los propios Tribunales que aquí tomamos como referencia<sup>48</sup>.

La opinión de la minoría discrepante fue que el D.L., que era la norma que se encontraba vigente en el momento de la interposición del recurso, era el único texto legislativo sobre el que el TC debió pronunciarse. En modo alguno este juicio debió extenderse a la Ley, porque ese proceder era contrario a lo preceptuado en el art. 93 1 de la LOT.

En lo que respecta a la relación entre el art. 33 y el 86,1, los redactores del recurso de inconstitucionalidad habían hecho una interpretación excesiva de la noción de la «afectación». Con razón la opinión mayoritaria argumentó que esa interpretación llevaba al absurdo, porque en efecto sería difícil que el D.L. cualquiera que fuere su contenido no «afectara» a algún derecho fundamental. Pero en realidad este sólo era un argumento en apariencia, porque el problema real estaba en si ese derecho fundamental estaba o no esencialmente afectado con esas medidas. Acertadamente la opi-

47. *Ibid.* F. No. 5°.

48. Todas las cláusulas de reserva de los Tratados comunitarios, restrictivas de las libertades que en ellos se consagran, «por razón de orden público, moralidad y seguridad públicas... seguridad nacional etc.» (Vid. p. ej. art. 30 CEE) son siempre objeto de control por parte del TCE, de modo que no son los gobiernos de los Estados miembros, sino el Tribunal quien tiene la última palabra. Otro tanto hizo el TEDH desde el primer momento, respecto de la noción de «orden público» como excepción (temporal) a las garantías que algunos (no todos) de los derechos fundamentales que la CEDH. Vid. jurisprudencia ya en el Caso Lawles.

nión minoritaria puntualizó que se había producido un desconocimiento esencial del derecho protegido<sup>49</sup>.

La consecuencia de esta posición es evidente, si el D.L. había esencialmente lesionado el derecho de propiedad, la Ley de convalidación no podía tener efecto sanatorio alguno sobre el D.L. Ese mismo «voto particular» de los seis magistrados disidentes reveló igualmente un aspecto esencial, que, como veremos más tarde tendría relevancia en la sentencia del TEDH. El art.4 del D.L. había impuesto a los accionistas de las sociedades expropiadas la obligación de constituirse en una «comunidad de accionistas» por cada sociedad, para todas las actuaciones de estos con la Administración. Esta imposición legal «tenía un carácter obligatorio y excluyente». Al afectar así al derecho de propiedad se habría rebasado el límite que establece el art. 86,1 CE en el uso del decreto ley, lo cual llevaba aparejado la declaración de inconstitucionalidad de tal medida<sup>50</sup>.

Importante es para nuestro propósito consignar que ni sentencia ni voto particular pararon mientes en una causa de impugnación decisiva y que el recurso de los diputados había presentado como argumento de segunda fila. El que más tarde en la decisión del TEDH sería decisivo. Este no era otro que el derecho de propiedad lesionado o no por el D.L y la Ley nunca pudo ser defendido ante los tribunales españoles por sus titulares, y esto constituía una lesión grave al derecho fundamental del art. 6,1 de la CEDH, correspondiente con el art. 24,1 CE, relativo a la tutela judicial efectiva.

\* \* \*

Si los magistrados que constituyeron la escasa mayoría en la sentencia de 1983 creyeron haberse con ella «quitado el muerto de encima», echaron mal las cuentas. El temperamento pugnaz de los expropiados, así como el peso de los argumentos de la minoría discrepante fueron sin duda factores que animaron a los perjudicados a seguir haciendo oposición en las medidas concretas de los actos de ejecución.

Tal ocurrió en el juicio interdictal tramitado ante el juzgado No.18 de Madrid en el que los expropiados suscitaron una cuestión de inconstitucionalidad por la posible infracción del art. 24,1 CE, que la Ley de convalidación del D.L. habría realizado por obra de sus arts. 1 y 2. El juez la acogió porque entendía que si al decir de la Sentencia del TC, F. 2: La sustitución del Real Decreto-Ley por la Ley con una eficacia retroactiva, extiende su fuerza amparadora y vinculante al acto inicial de desposesión», el despojo ejecutado por la ley y el D.L., de ser contrario al derecho fundamental protegido por ese art. 24 «supondría la concepción del acto de despojo como una vía de hecho realizada por el Estado».

Confrontado así el TC de nuevo con la posible inconstitucionalidad (ahora de la Ley) y cogido en sus propios argumentos terminó cercándose a sí mismo con sus

49. Vid. STC 111/86. Voto Particular No. 2.

50. La puntualización del voto particular se quedó ahí. Sólo más tarde la minoría discrepante del TC percibió que con ese «consorcio de accionistas expropiados» estaba afectado no sólo el derecho de propiedad (excluido en la Constitución española de la protección del amparo) sino el derecho fundamental del art. 24,1 CE.

propias argucias argumentativas. Negó la pura evidencia, alegando que «la adquisición en pleno dominio (de las acciones) y la inmediata toma de posesión de dichas sociedades pudiera vulnerar el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24,1 en conexión con el art. 33,3 de la Constitución, dado que la naturaleza de la ley formal que cubre la expropiación impide a los expropiados su derecho de propiedad ante los jueces y tribunales»<sup>51</sup>.

Quizá para tranquilizar su conciencia, y haciendo uso de la facultad que le concede el art. 39,2 LOTC se permitió añadir que en modo alguno los expropiados quedaban indefensos frente a la *causa expropriandi*, porque esa ley singular quedaba, en todo caso, sometida al principio de igualdad y, si los expropiados estimaban que con ella se había vulnerado este derecho fundamental les quedaba el recuso de denunciarlo así ante jueces y Tribunales para que éstos tramitaran la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad<sup>52</sup>. Fue eso exactamente lo que los recurrentes hicieron en el siguiente paso.

Resuelto en sentido negativo por el TC la cuestión de la posible inconstitucionalidad que él había acogido y planteado al TC<sup>53</sup>, dio su sentencia en el sentido de la legalidad establecida por la Ley singular expropiatoria. Apelada por los expropiados la sentencia del Juez ante la Audiencia de Madrid, de nuevo éstos volvieron a suscitar una cuestión de inconstitucionalidad que la Audiencia acogió y formuló ante el TC. La que ahora la Audiencia planteaba se fundaba en la posible contradicción entre los mencionados Arts. 1 y 2 de la Ley 7/1983 y los arts. 33,3 y 14 CE<sup>54</sup>.

La posible vulneración del art. 14 CE era, como terminamos de ver, una sugerencia del propio TC, la del art. 33,3 era una cuestión que venía arrastrada ya desde el primer estadio del recurso y que la Audiencia hace aflorar en toda su dimensión. Entendía la Audiencia que de la recta interpretación de esta regla del art. 33,3 se seguía que la mera declaración en abstracto de la utilidad pública o de la necesidad social sobre un conjunto indiferenciado de bienes o derechos no bastaba para fundamentar la *causa expropriandi*; se hacía pues necesaria la justificación en concreto la ocupación singular de cada bien expropiado. En consecuencia, faltaba también la garantía de la proporcionalidad de la medida respecto del fin de la expropiación. Con ello, estimaba la Audiencia se podría haber infringido el principio de igualdad del art.14.

51. Vid. STS 166/ 86 F.No. 5. La falacia de esta argumentación se percibe fácilmente: Implícitamente, tal forma de argumentación está presuponiendo que un interdicto posesorio sólo era posible frente a un acto de la Administración, pero no cuando la desposesión fuera obra de una ley ¡Curiosa posición en un Tribunal constitucional que tiene como función principal juzgar de la posible infracción por el legislador de las garantías constitucionales y que él tiene la obligación de corregir en tanto que garante de la constitucionalidad!

52. Ibid. F.15, letra A.

53. La decisión mayoritaria en el TC encontró en este segundo examen, menor resistencia en la minoría discrepante puesto que algún magistrado que había formado minoría en la sentencia anterior ahora votó con la mayoría. Solo el Prof. Rubio Llorente y el Prof. Truyol Serra, formularon un luminoso voto particular.

54. STC 6/1991, No. 1. En el auto por el que la Audiencia formuló su cuestión de constitucionalidad hubo, no obstante, un voto particular apreciando la cosa juzgada, fundada en las dos sentencias anteriores del TC.

En la oposición cerrada que el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado hicieron al planteamiento de la nueva cuestión de constitucionalidad ante la Audiencia, alegaron la existencia de cosa juzgada. La audiencia, no obstante, no tomó ese argumento en cuenta y la suscitó al TC 54. El TC, en la repetición del argumento ante él en el trámite de admisión de dicha cuestión, entendió con razón que no existía tal fuerza de cosa juzgada. Lo decidido por él en sentencias anteriores era cuestión distinta. Pero una vez admitida la cuestión previa, la desestimó, entre otros, con este argumento: Conviene distinguir entre el mero «obiter dictum», carente de fuerza argumentativa porque es «una observación al pasar» y aquel otro dictum que la posee porque «se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo. En este caso esos *dicta* son opiniones del juez o tribunal con propia eficacia y si bien no integran la cosa juzgada... sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y en cierto modo y buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*<sup>55</sup>.

Era evidente que en la acogida por la Audiencia de esta segunda cuestión había, por lo menos, una crítica a las soluciones que el TC venía dando en sus sentencias, y así lo entendió el TC; pero éste, lejos de rectificar, se empeñó en su error añadiendo dos nuevos argumentos.

Lo primero que hizo fue contestar a lo que nadie le había preguntado cuando asegura que la «Constitución no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la administración y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto leyes singulares, constitucionalmente legítimas» (loc. cit. F.6)<sup>56</sup>.

Pero sobre todo aseveró apodócticamente (de «acto de fe» lo calificó el voto particular de los dos magistrados disidentes) al afirmar que puesto que el legislador tiene la facultad de declarar la utilidad pública o interés social, a los efectos expropiatorios, de determinados bienes y derechos, la singularidad de esa declaración «impide mantener la distinción conceptual entre el nivel abstracto de la declaración de utilidad pública e interés social y el nivel concreto de la proyección de esa declaración a (mejor sería decir sobre) los bienes y derechos que se expropián» (F. 6). Y en consecuencia: «Si hay *causa expropriandi* hay plena justificación y proporcionalidad en la ocupación (Ibid. (Ibid.)). En su ceguera, la mayoría se niega a poner en práctica una elemental regla de lógica cual es la adecuación de los medios al fin y recíprocamente del fin a los medios. La ocupación es siempre y de modo necesario un acto concreto que necesita una justificación específica y esto sólo puede conseguirse si el fin señalado no es sólo y en abstracto la defensa de la «estabilidad económica y financiera» en general, eso es demasiado vago y impreciso, o la defensa de los «accionistas y trabajadores», que por los resultados a los que se había llegado en la fecha de la redacción de esa sentencia era evidente que no se había conseguido, ni siquiera procurado. Como acertadamente hizo valer el voto particular, el elemento

55. STC 6/91 F. No. 4

56. Nadie, ni los cincuenta y cuatro diputados que formularon el recurso de inconstitucionalidad, ni los jueces ordinarios que intervinieron en la tramitación de las dos cuestiones de constitucionalidad, ni —al parecer— los recurrentes expropiados, pusieron en tela de juicio la posibilidad de una expropiación por ley. Pero si el TC emplea este argumento, lo hace para reforzar el que después aduce para enfrentar una objeción formulada en la segunda cuestión, a la cual hacemos referencia de inmediato.



causal justificativo de la desposesión había que buscarlo en la naturaleza específica de los bienes sometidos a expropiación, no en la mera titularidad jurídica de los propietarios así desposeídos.

El principio recogido en la Ley de Expropiación forzosa de declaración de utilidad pública o necesidad social, como causa justificativa de la desposesión que sufría su titular, y que no lo fue ni en el D.L. ni en la Ley de convalidación, era una garantía que, aunque expresada en una ley, tenía valor constituyente, que era sin duda también lo que pedía la recta interpretación del art. 33,3 CE.

Con humor, si ya no con sorna, hay que acoger el argumento del TC (F.7) sobre que el derecho de propiedad garantizado por el art. 33 CE haya de ceder «para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitime la expropiación... (de modo) que ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente(?) (más bien debería decir previa y específicamente) amparada en una ley general...») Si el derecho de propiedad en la CE no había sido, ciertamente del todo amparado, puesto que frente a él no cabe recurso de amparo, si tampoco pudo ser protegido por el TEDH porque España entonces todavía no se había adherido al Protocolo no. 3 de la CEDH, sí en cambio indirectamente cupo la protección por la vía indirecta de la tutela judicial efectiva que el TC. no supo o no quiso otorgar.

Finalmente, y por lo que respecta al principio de no discriminación, recordemos que fue el propio TC el que lo había mencionado en su Sentencia de 1986. Aducido ahora –ciertamente no con mucha claridad– en la nueva cuestión, no le fue difícil al TC dar igualmente una contestación negativa, porque árdua era la prueba que demostrara hasta dónde llegaba la singularidad de esta ley de caso único. En efecto, el principio de igualdad y su control constitucional es más complicado de lo que parece a simple vista. Este exige trato igual a los que sean iguales y proporcionalmente desigual en respeto de la desigualdad de base a los que sean desiguales. ¿Quién podría entonces convencer al TC del trato desigual que el Grupo Rumasa había recibido en relación con otras sociedades y bancos en crisis, que no habían sido expropiados, sino que hasta habían sido subsidiados, cuando tan reiteradamente el Gobierno y después el TC habían insistido en la singularidad del caso? ¡Prueba diabólica, pues! Pero a ella había inducido el propio TC con sus argumentaciones anteriores.

A la vista de todos estos antecedentes se hace difícil pensar que la fecha de su última sentencia (15 de Enero de 1991) el TC no tuviera ya la previsión que el asunto terminaría en el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (TEDH). Los expropiados habían recurrido ya a la Comisión el 5 de mayo de 1987, alegando la violación del art. 6,1 de la Convención y, en concreto, la violación de su derecho de acceso a los tribunales para impugnar la existencia de una causa expropiatoria, el despojo inmediato de sus bienes y el trato discriminatorio recibido.

Cuando la Comisión pudo ocuparse de esta reclamación, decidió retener el primer agravio y desestimó los otros. En este estado remitió el asunto al Tribunal. De acuerdo con la naturaleza del proceso internacional, demandado ante él era el Gobierno español, demandante (entonces), con una cierta participación de los particulares

interesados, era la Comisión. Después de valorar las alegaciones del Gobierno español en defensa de la primera imputación (complejidad del asunto, conducta de los propios reclamantes etc.) el Tribunal concluyó que, atendidas todas las circunstancias, se había, en efecto, sobrepasado el plazo razonable en el enjuiciamiento de la causa y que, en consecuencia existía una violación del art. 6,1 de la Convención.

Por lo que respecta al derecho subjetivo a un juicio justo, el TC hace observar con oportunidad que la violación se le imputa al TC exclusivamente, aunque cree oportuno hacer notar que ésta se produce en el contexto de una «acción de restitución de los bienes expropiados» (loc. cit. No. 54). La observación era oportuna e importante porque, de acuerdo con una cierta posición interpretativa, a esta causa no debería reconocérsele el carácter de «causa civil»<sup>57</sup>.

El TEDH desestima estos argumentos puramente formales para afirmar que «En el caso concreto, en el que los procedimientos civil y constitucional aparecen imbricadas de tal forma, sería artificioso intentar disociarlos y así como que debilitaría en grado considerable la protección de los derechos de los recurrentes». Era el único medio que ellos habían tenido al suscitar esas cuestiones de constitucionalidad ante los tribunales ordinarios, de defenderse –aunque fuera de modo indirecto– de la lesión a su derechos de propiedad» (loc. cit. No. 59).

El Tribunal examinó este motivo en el conjunto del págraf. 1 del art. 6,1 de la Convención. El principio de igualdad de armas constituye un elemento de la noción más amplia de procedimiento justo que, a su vez, engloba la noción de carácter contradictorio del procedimiento judicial. Y este exige, de un lado, la posibilidad de cada parte de conocer los argumentos y documentos presentados por la contraparte; del otro, la posibilidad de hacerles oposición. Ciertamente que los procedimientos de constitucionalidad poseen características propias, pero puede suceder, como ocurre en el caso presente, que se trate de una «ley que afecta a un círculo restringido de personas». Si la constitucionalidad de tal ley está sometida a un Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento en el que está implicado un derecho subjetivo de naturaleza civil y del que son titulares personas pertenecientes a este círculo restringido, hay que garantizar a éstas el acceso libre a las observaciones de las otras partes y darles oportunidad de comentarlas» (loc. cit. No. 63).

En consecuencia: «La Corte... no puede aceptar la distinción propuesta por el Gobierno (español). Tomando en cuenta el estrecho vínculo (Vid. No. 59) es artificioso disociar el papel del Poder ejecutivo causante de la expropiación del de la Dirección General del Patrimonio del Estado, beneficiario de la medida, y lo es más aún establecer una diferencia real entre los intereses respectivos del primero y de la segunda» (loc. cit. No 64).

57. Fue una de las alegaciones formuladas por el Gobierno español. El objeto del procedimiento ante el TC español era decidir sobre la constitucional del D.L. y de la Ley y no el de estatuir respecto de derechos o intereses individuales. En las cuestiones constitucionales suscitadas no se podía hablar propiamente de partes. Las sentencias en ellas recaídas no se comunicaban a las «partes» sino únicamente al órgano judicial que había formulado la consulta. Las intervenciones ante el Tribunal Europeo de los Gobiernos portugués y alemán iban en el mismo sentido, y en esto consistió el voto parcialmente disidente del Magistrado alemán. Prof. R. Bernhardt.

Fue, pues, el TC, quien con su proceder a lo largo de muchos años de procedimiento, comprometió la responsabilidad internacional del Estado Español, al infringir él un derecho fundamental tal importante como es el de la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE). Uno de los reproches más graves que se puede hacer a un juez o tribunal es la falta de imparcialidad en la causa que juzga<sup>58</sup>. La condena fue inexorable:

Por veintidós votos contra dos: Que hubo violación del art. 6,1 por la lentitud en el procedimiento.

Por dieciocho votos contra seis: Que hubo violación de las normas relativas al «juicio justo» en los procedimientos seguidos ante el TC.

En los cincuenta años de Historia del Tribunal, una de las condenas más fuertes que los Estados parte hayan podido recibir.

### 3. ¿Enseñanzas del asunto Rumasa?

Son múltiples, y algunas deberemos al menos mencionarlas como una exigencia de claridad en nuestra exposición. Pero fundamentalmente vamos a centrar nuestra atención en el vacío legal, que sobre todo por insuficiencia normativa en el Derecho español se produjo por la antinomia establecida por la sentencia del THDH y la denegación del amparo formulada mediante providencia de inadmisión formulada por el TCE con base en la sentencia del Tribunal Europeo<sup>59</sup>.

Antes de nada, una observación previa: Quienesquiera que fueran los «planificadores» de la operación Rumasa, en el plan concebido se debieron mezclar indistintamente antiguas y nuevas categorías del Derecho constitucional, sin aperebirse de las contradicciones y disfunciones a las que podría llevarles esa amalgama<sup>60</sup>. Pero lo que debió «escapársele» a esos planificadores, fue muy probablemente la nueva dimen-

58. De mis viejos maestros alemanes en Derecho constitucional recibí una enseñanza que aquí es oportuno recordar. Para juzgar –siempre desgraciadamente *a posteriori*– el grado de imparcialidad con el que los magistrados de los Altos Tribunales de un país, una vez que hayan dejado su magistratura, juzgaron las «causas célebres», basta con comprobar los cargos o nombramientos públicos que recibieron después y quién o quiénes se los dieron.

59. Por esta razón sólo estamos parcialmente de acuerdo con las prudentes observaciones del Prof. O. Alzaga en su excelente *Derecho Político Español*, 3ª Edic. vil II, pág. 240. El TEDH, en términos jurídicos propios, no puede revocar sentencias de tribunales nacionales, pero sí condenar a los Estados cuando la responsabilidad de éstos haya quedado comprometida por infracción de alguno de sus órganos. Incluso cuando esa responsabilidad internacional nazca de la conducta del más alto órgano de justicia constitucional. Es normal que nuestro TC como los de los países de la Convención estén cada vez más atentos a ajustar su doctrina a la del TEDH. Pero por aquello de «médico cúrate a ti mismo», el nuestro no lo estuvo para orientar su propia conducta. Y esto en un momento en el que la jurisprudencia del TEDH –precisamente sobre el referido art. 6 de la CEDH– era ya abundantísima.

60. Una vez más séanos permitido anotar de pasada, el transporte parcial que a veces hemos hecho (Consejo de familia, en el Derecho civil etc, etc) sin aperebirnos que esas instituciones están enmarcadas en un determinado contexto social y jurídico que no es el nuestro. Si la vía del D.L. permite en el Derecho español, la «Ley singular» o mejor la «Ley de caso único», préstamo jurídico tomado indiscutiblemente del Derecho constitucional alemán, nos olvidamos al hacerlo así que si esa ley es allí perfectamente aceptada y aceptable, es porque la Ley Fundamental ha reconocido un recurso individual constitucional generalizado, frente a toda ley, que afectare a derechos constitucionales que el particular recurrente tiene individualmente protegidos.

sión que el asunto podría tener con la legalidad internacional establecida desde el momento en que España se había adherido al CEDH, como una manifestación más de su voluntad de constituirse como un Estado democrático de Derecho. Del mismo modo, el TC, por no haber entendido o querido entender las consecuencias que de esa adhesión se seguían, dio esa desafortunada primera sentencia que le hizo después empecinarse en el error, hasta llevarle a la dura condena del Tribunal Europeo.

Reduciéndolas al mínimo, establezcamos para concluir las siguientes observaciones:

a) El Decreto Ley, ¿puede ser utilizado indistintamente para regular cualquier materia, tanto en su forma de simple convalidación por la ley ulterior que lo confirma (art. 86,2 CE) como por la Ley que lo convalida y, eventualmente, lo modifica (Art. 86,3)? El TC hizo bien al corregir en su sentencia la interpretación excesiva del concepto de «afectación» que había hecho el recurso impugnatorio de los diputados de la oposición. Salvo los límites establecidos por la regla del art. 86,3 CE, la Constitución no impone otras barreras, y la referencia a los Derechos fundamentales del Tit.I necesita una interpretación racional y no la extensiva utilizada en el recurso. De otro modo la vía del Decreto Ley sería inutilizable.

Ahora bien, ¿cómo resolver cuando un D.L. afecte de modo esencial un derecho subjetivo, que la Constitución confiere y una Ley de «caso único» convalida dicha afectación? ¿Es que la ley convalidatoria tiene el efecto taumatúrgico de eliminar a todos los derechos fundamentales que directa o indirectamente podrían proteger el expolio así cometido? ¿Sobre todo cuando este derecho reconocido por la Constitución no está protegido por el recurso de amparo? Este fue el presupuesto de los planificadores de la «acción Rumasa». Pero, «echaron sus cuentas sin la mesonera». Y la «mesonera» fue aquí el TEDH.

Esta elemental pregunta no se la planteó nunca el TC. Anduvo siempre en torno a ella con zarandajas: Primero con una argumentación perfectamente incongruente sobre la relación a establecer entre el D. L. y la Ley convalidatoria. Después con la negación de la evidencia sobre que el acto de desposesión que el Decreto y Ley habían realizado no hubiera afectado esencialmente al derecho de propiedad. Finalmente, cuando «acodado contra la pared» con la cuestión de constitucionalidad que le dirige la Audiencia de Madrid, faltando al sentido común, niega que no quepa la distinción, porque la singularidad de la ley así lo impone, entre la declaración en abstracto de la «utilidad pública o necesidad social» y la demostración de esa necesidad en concreto respecto del acto expropiatorio. La paridad que el TC presupone sin mencionarla entre ley general y ley singular, puesto que ambas son preceptos legales, no es aceptable.

La enseñanza sobre este punto es que allí donde por la vía del D. L. o de la Ley un derecho subjetivo quede esencialmente afectado, no hay más remedio que abrir una de estas dos vías, o bien se instrumenta un recurso de amparo<sup>61</sup>, ampliando el exis-

61. En la Sentencia 185/1990 de 15 de Nov. 1990 el propio TC sugirió y argumentó con la noción de un insuficiente «desarrollo legislativo del art. 53 CE al no posibilitar (ya se entiende que la aludida es la legislación vigente en España) mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario» el remedio a decisiones judiciales irreformables por haber adquirido éstas firmeza de cosa juzgada. Esta carencia habría tenido como

tente a estos casos, o bien se modifica la jurisprudencia sentada en la interpretación y uso del D. L. y ley ulterior convalidante. En las democracias modernas tan poder constituido es el poder legislativo como el poder ejecutivo o el judicial, sus actos deben y tienen que ser contrastados con las superiores normas constitucionales, en todas sus dimensiones.

b) La segunda enseñanza sería la de instrumentar en nuestro orden jurídico interno recursos de revisión para dar acogida y cauce procesal adecuado a las sentencias de tribunales internacionales o supranacionales dictados por instancias a las que España haya transferido competencias soberanas, de naturaleza jurisdiccional<sup>62</sup>.

Esta es una consecuencia, pero también una exigencia del Estado de Derecho. Si, como un elemento integrante de la noción de Estado de Derecho, hoy no parece discutible la obligación en que están estos Estados de acoger en su sistema jurídico determinadas reglas internacionales, con mayor razón esta obligación se acrecienta y profundiza allí donde se hayan realizado transferencias competenciales desde las instituciones nacionales en favor de las supranacionales o internacionales<sup>63</sup>.

consecuencia la transformación del recurso de amparo; ya que, siendo éste un recurso subsidiario en la perspectiva de la CE, se habría convertido en un recurso «común y general, de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme» (loc. cit. F.J. No. 5).

El asunto concreto que motivó este pronunciamiento fué una cuestión de inconstitucionalidad en la que se preguntaba acerca de la posible inconstitucionalidad de la disposición del art. 240,2 de la LOPJ por su presunta contradicción con la disposición del art. 24,1 CE. Aunque el TC termina declarando la compatibilidad de la mencionada regla de la LOPJ con el art. 24,1 CE, reconoce que la pregunta estaba justificada porque ella nacía de la falta de actualización de un sistema procesal que permitiera «el despliegue de todas las consecuencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva» Ibid. F.J. No.6).

Vid. sobre esta vía del recurso de amparo las atinadas observaciones de P. Morenilla Allard, en V. Gimeno Sendra y P. Morenilla Allard, «*Los Procesos de Amparo...*», 2003, Colex

62. No es este el lugar para debatir, con la holgura necesaria, cuestiones tan importantes como la apuntada o la de la naturaleza «declarativa» o no de las Sentencias del THDH. ¿Declarativas sus sentencias?. Sí, esto es lo que dice la CEDH, pero declarativas en el sentido tradicional y clásico del Derecho internacional, no en el particular del Derecho procesal, español, francés ..etc.

En la buena dirección estaba el TC cuando, con motivo de la ejecución en España de los efectos jurídicos de la Sentencia del TEDH en el asunto *Barberá y otros c. España* de 6 de Diciembre de 1998 (a cuya doctrina después apelarían los abogados de Rumasa, una vez obtenida la sentencia favorable que hemos comentado), declaraba que:

—«El tema de la ejecución interna de las Sentencias del TEDH no sólo es ajeno a la competencia de este Tribunal, sino que además, en este punto, ha de darse la razón al Tribunal Supremo cuando afirma que la sentencia pronunciada por el TEDH es una resolución meramente declarativa, sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles» (F.J.No 1).

.....  
«Desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96) el Convenio ni ha introducido en el oren jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control.. ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas...» (F.J.No. 2).

Ahora bien,

«El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado...» (F.J. No. 4 ¡Hombre! No sólo!, también cuando sea demandante! etc. etc.) (Subrayado nuestro).

¡Qué lejos estaba el TC. en el momento de la redacción de esta Sentencia de pensar que esta doctrina habría de aplicársela él mismo. Ya lo dice el refrán: «Una cosa es predicar.. y otra muy distinta es dar trigo».

63. En la aludida STS 245/ 1991 hay un pronunciamiento de la mayor importancia e interés: «Los

Dentro de las dificultades técnico-jurídicas que el asunto encerraba, produce una penosa lectura la providencia, con sus argumentos, que el TC dictó, para declarar la inadmisión del recurso de amparo que, una vez obtenida la sentencia favorable de TEDH y con invocación de la doctrina de la STC 245/1991, solicitaba se diera cumplimiento a la dictada por el Tribunal Europeo. Ciertamente es que el TC no es «una instancia jerárquicamente subordinada al TEDH». Ciertamente también que la LOTC no contempla este supuesto, porque ni siquiera soñando se pudo imaginar que sería precisamente el TC el que sería responsable de la condena al Estado Español por el TEDH a causa de una violación que él –precisamente él– había inferido al derecho fundamental de la buena administración de justicia. Pero inexacto es afirmar, como el TC hace, que el único Derecho al que él esté sometido sea «la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica». ¿Cómo lee entonces el TC el art. 96 CE ?. Ciertamente es igualmente que había habido una violación grave de un derecho fundamental protegido, tanto por el ordenamiento constitucional español como por el de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, cuya violación el TEDH se la imputa directamente al TC. Con esa violación el TC comprometió la responsabilidad internacional del Estado español. Y cierto sigue siendo –finalmente– que, de acuerdo con las posiciones bien establecidas en el Derecho internacional actual, la persona es titular de derechos y deberes subjetivos que, en determinadas circunstancias favorables, el particular puede hacer valer contra su propio Estado. Nada de esto aparece en la mencionada providencia.

Para colmo de males el TC, al dictarla, faltó a una elemental regla de justicia que es «la de no ser juez en propia causa».

derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos públicos subjetivos *sino rasgos esenciales del sistema democrático»* (*loc. cit. F.J. No. 5*) (Subrayado nuestro). ¿Qué es esto sino el reconocimiento de una legalidad supranacional, que se sitúa más allá de las normas constitucionales españolas?. ¿No hay en esos «rasgos» una fuerza vinculante superior que obligaría al TC a reformar sus propias decisiones cuando la violación que le imputa el TEDH es precisamente la de haber él cometido con sus actuaciones una infracción a un derecho fundamental de tal dimensión que norma y violación se sitúan en esas zonas de «supralegalidad constitucional»?