

¿UNIÓN EUROPEA VS. ESTADO SOCIAL?

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón*

I. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

El calificativo de “social” aplicado al Estado es una categoría de uso corriente en el constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, no es tarea fácil definir qué es lo que se entiende por Estado Social, e intentarlo ha hecho correr ríos de tinta tanto desde una perspectiva descriptiva, irremediabilmente histórica, como desde un punto de vista conceptual, tampoco ajeno al devenir de los dogmas. A los efectos que aquí interesan, considero preferible esta última que hace derivar el concepto de Estado Social del de Estado liberal como su consecuencia lógica, una consecuencia, para muchos, antítesis de los orígenes.

En efecto, el Estado liberal, tal como lo definiera a priori Kant y tratara de llevarlo a la práctica el constitucionalismo decimonónico “...esta fundamentado sobre los siguientes principios... 1 La libertad de todo miembro de la sociedad en cuanto hombre. 2 La igualdad del mismo respecto de todos los demás en cuanto súbdito. 3 La independencia de cada miembro de la comunidad en cuanto ciudadano.” Esto es, la libertad tanto civil como política en pie de igualdad para todos los miembros de la comunidad. Ello supone que el poder público ha de crear un orden jurídico formal para el libre desarrollo de un orden por concurrencia de libertades entre iguales, tanto en lo civil como en lo político.

* Sesión del día 5 de febrero de 2013

Agradezco a mis doctos colegas en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Pfr. Don Jaime Terceiro Lomba, y en el Consejo de Estado, Doña Ana Santamaría, los valiosos datos que han tenido la amabilidad de proporcionarme.

Ahora bien, la realización práctica de dicha definición requiere que la igualdad ante la ley se corresponda con una igualdad real, merced a la cual se hagan efectivas las mismas posibilidades de libertad civil y política. Es claro, por ejemplo, que sin dicha igualdad real en términos económicos no existe la libertad civil de contratar entre, si no iguales, sí partes equivalentes. En la miseria no existe autonomía de la voluntad y otro tanto puede decirse del ejercicio efectivo de las libertades políticas. Esto es, que el orden de convivencia por concurrencia que denominamos mercado se dé entre iguales y que su práctica no destruya la hipotética equivalencia entre quienes concurren al mercado.

Pero en la práctica ni todos los que concurren al mercado son iguales ni la afectación de recursos ni distribución de beneficios que el mercado produce, cualesquiera que sea su eficiencia, produce igualdad, antes bien, al contrario. Por ello, cuando la comunidad política incluyó al “cuarto estamento” y pretendió hacer efectivos para todos sus miembros los principios del Estado liberal, hubo de arbitrar los mecanismos para ello. En términos de uno de los primeros y principales teóricos del fenómeno, Ernesto Forsthoff, compensando mediante la correspondiente prestación de un ámbito vital efectivo, la carencia de un ámbito vital de dominio a quienes así lo requirieran. En ello consiste el Estado Social y por eso digo que es la consecuencia lógica del propio Estado liberal. Cuando para la realización de sus fines —la libertad— no basta un Estado regulador y garante de un orden formal, sino algo más: un Estado prestador.

El Estado Social toma conciencia del conflicto que la mano invisible del mercado es incapaz por sí sola de resolver, pretende abordarlo a partir de criterios de justicia material y, en consecuencia, supone la primacía de la política sobre la economía, esto es, la subordinación de los criterios de ésta a las opciones de aquella. Cuando la política económica toma como objetivo la erradicación de la pobreza y vincula este concepto al de desigualdad, como ha señalado recientemente el Pfr. Novales Cinca¹, es posible que a la larga incluso mejore la eficiencia económica en pro de un mayor y mejor desarrollo, pero la opción contra la pobreza no es sólo una opción económica, sino, ante todo, una opción política que responde a un determinado valor material de justicia. Solamente así, decía Marx, la economía es de verdad economía política.

Y en tal sentido el Estado Social supone la negación del Estado liberal en cuanto no sólo organiza el mercado, sino que corrige su dinámica y distribuye sus beneficios atendiendo a criterios que son ajenos al propio mercado. Por ello, quienes propugnan una estricta ortodoxia liberal y, en nombre de la moral del mercado impugnan la idea de justicia material, consideran el Estado Social como la antítesis del Estado liberal.

¹ *La lucha contra la pobreza como objetivo de política económica. Lección inaugural del Curso Académico 2012/2013*. Madrid (Universidad Complutense) 2012.

La Constitución española de 1978 en su artículo 1,1 define el Estado como de “derecho social y democrático” y a los efectos de este ensayo es el calificativo de “social”, como rasgo determinante de nuestra identidad constitucional, lo que importa.

A su luz debe de interpretarse el artículo 38 de la misma Constitución que consagra “la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”, economía que ha de ser, en consecuencia, “social de mercado”. Esto es, aquel sistema en que, sin perjuicio de la autonomía de la toma de decisiones por parte de productores y consumidores y del libre acceso de los mismos al mercado, los poderes públicos intervienen a efectos de garantizar la efectividad de la libre competencia, realizar políticas de fomento y de estabilización de precios e incluso redistribuir los beneficios que el mercado produzca.

No se trata, por lo tanto, de una economía de libre mercado ni de una economía dirigida o controlada de mercado. En la primera, los poderes públicos se limitan a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica privada sin mayor intervención en el mismo. En la segunda, el poder público, no solo garantiza el orden objetivo de la concurrencia, sino que interviene directamente en ella mediante técnicas diversas como es el condicionamiento de las inversiones, la reserva de actividades a la financiación o regulación públicas e incluso la planificación, cuando menos, indicativa. Los mismos términos del propio artículo 38 CE y la previsión de reservas sectoriales y el principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada en el seno del mercado, proclamada en el art. 128 CE, podría inclinar la balanza en este segundo sentido. Pero una interpretación sistemática del propio texto y “la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada” (art. 3CC) forzó otra opción².

La constitución española, como la ley Fundamental alemana, pretendió parecer económicamente neutral, pero aquí como allí una recta interpretación obliga a reconocer que la opción del constituyente no fue en la dirección de una economía intervenida, ni en la de la inhibición de una economía plenamente liberal, sino en pro de la economía social de mercado tal como ha quedado definida y como, en el momento constituyente se entendía en las grandes democracias de nuestro entorno. En pocas palabras, el mercado produce; es lo que se ha denominado “la increíble máquina de hacer pan”. Y el Estado Social garantiza, más allá de la racionalidad económica, la razonabilidad política de la producción. Para ello aplica criterios más políticos que económicos, pero entre los cuales lógicamente han de incluirse el respeto a la misma racionalidad económica que hace eficiente el propio mercado. No basta con acumular hornadas de pan, es preciso distribuirlo; pero hacerlo de manera que no se destruya la tahona.

²Cf. mi libro *El Valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica), 2003, p. 203 y ss.

El Tribunal Constitucional, a partir de las Sentencias 19/1982 y 83/1084, seguido en este punto por la más acreditada doctrina, considera que el artículo 1,1 CE al definir a nuestro Estado como social y democrático de derecho, no propugna una organización específica del mismo, sino una determinación de sus fines, que son los previstos en el artículo 9,2 CE. Esto es, hacer efectivas la libertad y la igualdad entre ciudadanos y colectivos, removiendo los obstáculos pertinentes. Y, todo ello, a la luz del valor de justicia proclamado en el artículo 1,1 CE. El camino ha de ser justo y la meta, el orden social al que se refiere el artículo 10 CE, también justo.

Ello se articula en la propia Constitución a través de:

Primero, la libertad de empresa proclamada en el art. 38 CE cuyo contenido procede de la autonomía de la voluntad personal y patrimonial consagrada en diferentes artículos de la Constitución y que supone la visión dinámica de la propiedad reconocida en el art. 33 CE.

Segundo, la corrección sobre criterios de justicia material, proclamados en el art 1,1 CE, de los costes de la competencia y de la distribución de sus beneficios.

Tercero, el reconocimiento de una serie de derechos sociales que, repitiendo las categorías en su día acuñadas por Jellinek en un contexto liberal, cabe clasificar en *iura activae libertatis* —v.gr. las medidas de conflicto colectivo (arts 28,2 y 37,2 CE)—, *iura activae civitatis* —v.gr. la asociación sindical (art. 28,1 CE) y la negociación colectiva (art.37,1 CE)— y, parafraseando al propio Jellinek, de *Status creditoris* —v.gr. arts 39,1, 41, 43,2, 44, 49, 50, etc.— contenidos en el título I de la Constitución, ya como derechos fundamentales, ya como Principios Rectores, en muchos casos polo objetivo de aquellos.

Cuarto, la pieza central del sistema de prestaciones públicas es un sistema público de seguridad social objeto de una garantía institucional establecida en el artículo 41 CE.

Quinto, una organización de las cargas fiscales capaz de distribuir equitativamente la riqueza y de financiar las prestaciones en que se concretan los derechos sociales. Tal es el sentido del art 31 CE, en relación con los citados en el párrafo anterior, especialmente el art. 40, 1.

Sexto, Como ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 18 y 23/1984, entre otras, la condición “social” del Estado no supone una intervención totalizadora del poder público en la economía, sino una interrelación dialéctica entre tales poderes y los propios agentes sociales que va desde el encuadramiento del mercado mediante regulaciones por parte de los primeros, hasta la autorregulación a cargo de los segundos, pasando, respectivamente

por las acciones de fomento a cargo de aquellos y el ejercicio privado de funciones públicas por parte de estos. De ahí que, como ha dicho el propio Tribunal “es propio del Estado Social de derecho la existencia de entes de carácter social no público que cumplen funciones de relevancia constitucional o de interés general” (S. 18/1984 FJ 3º reiterada en S. 23/1984). Instituciones tales como los Colegios Profesionales (art.36 CE) o la Administración Pública de Derecho Privado (art. 149,1,8º CE) cumplen esta función de contribuir a la ordenación del mercado, no substituyéndolo ni superponiéndose al mismo, sino insertándose en él.

Séptimo, todo ello en un ambiente vital, fruto de una comunidad de valores, prácticas, convicciones, normas e instituciones, sin la cual el mercado es rastro; la autonomía de la voluntad y la responsabilidad inherente a la misma una ficción, la distribución rapiña y las normas, si algo, instrumento de fraude. Un ambiente vital en cuya importancia capital insiste la moderna teoría institucional de la economía y que en términos jurídicos supone la revalorización de la categoría schmittiana del “orden concreto”. Espero poder dedicar próximos ensayos a la fecunda coincidencia de juristas y economistas en torno a dicho concepto.

El Estado Social proclamado en el Título Primero de la Constitución, en el mismo artículo que establece la Monarquía como forma de Estado, y las instituciones que al mismo son inherentes forman parte substancial del pacto constitucional que, como todo pacto, es sintético, esto es no pueden descomponerse y desvincularse las obligaciones recíprocas. Si el Estado es de derecho, es porque es social, si se garantiza la propiedad y la herencia es porque existen derechos sociales y afectar unilateralmente cualquiera de estos elementos es poner en tela de juicio todo el edificio constitucional, sus instituciones y sus valores. Por eso, dije al comienzo que el carácter Social es uno de los rasgos distintivo de la identidad constitucional del Estado configurado en 1978.

Esto no quiere decir que el Estado Social, en su versión actual, sea un sistema blindado inmune a toda reforma. Sus defectos no son menores que sus carencias y unos y otros son sobradamente conocidos para tener que insistir en ellos ahora.

El Estado Social que aspira lógicamente a ser un Estado de bienestar ha de tener en cuenta la elasticidad ilimitada de este concepto. Una elasticidad especialmente peligrosa cuando la cultura hedonística de nuestros días tiende a convertir las apetencias en necesidades, las necesidades en derechos y, en consecuencia, los derechos en créditos frente a los poderes públicos. Pero es claro, por poner algunos ejemplos prácticos bien conocidos, que la atención a la tercera edad exigida por nuestra constitución, si impone un sistema de pensiones suficientes (art 50), no requiere organizar viajes de lujo para los ancianos desvalidos; que la previsión, tratamiento, recuperación e integración de los dismi-

nuidos físicos y mentales (art. 49 CE.) no equivale a la promoción de paraolimpiadas locales; y que el legítimo gusto por el deporte no debiera convertirse en derecho al uso gratuito de polideportivos construidos con fondos públicos.

Por otra parte, el Estado Social puede incrementar cuantitativa y cualitativamente sus prestaciones vitales como intentó hacer no hace mucho la Ley de Dependencia y puede innovar sus fórmulas de gestión como, en los últimos años, ha hecho un país pionero en este campo, Suecia.

Sin duda también, la evolución de la demografía y las restricciones de la economía pueden forzar a redimensionar el Estado Social precisamente para hacerlo viable. Tal vez haya de renunciar a ser un Estado Social opulento, capaz de proporcionar un bienestar lujoso; pero debe seguir siendo un Estado de bienestar solidario, capaz de proporcionar lo que, a la altura de nuestro tiempo, la dignidad de una ciudadanía democrática requiere: un bienestar digno y una reducción de la desigualdad de oportunidades.

Lo primero requiere erradicar la pobreza no ya en sentido absoluto, sino en el relativo, que la doctrina suele situar en una renta menor al 60% de la renta mediana de la población considerada.

Lo segundo exige distinguir entre la igualdad en los resultados, y la igualdad de oportunidades que supone el que la renta monetaria y no monetaria de los individuos dependa solo de factores derivados de decisiones personales, sin perjuicio de que en el resultado final influyan otros factores ajenos a su capacidad y voluntad. Es la movilidad económico-social intergeneracional la que permite, indirecta pero eficazmente, medir el grado de realización de la igualdad de oportunidades puesto que, a mayor movilidad, es claro que el origen socio-económico de los individuos es menos relevante que su propia capacidad para determinar las oportunidades de que dispone.

Todo ello puede exigir mayor recaudación fiscal (lo cual no supone necesariamente mayores impuestos sino mas eficaz recaudación) y, sobre todo, mejor distribución del gasto público y gestión más racional de las prestaciones sociales. Por poner un ejemplo concreto, el buen sentido exige que la financiación pública del ocio disminuya si ello permite incrementar, hasta un nivel aceptable, las hoy exiguas pensiones no contributivas.

II. EL OPUESTO MODELO ECONÓMICO DE LA UNIÓN EUROPEA

La integración europea, cualquiera que fueran sus metas políticas explícitas e implícitas, se configuró como un proyecto estrictamente económico. La integración trató de legitimarse y organizarse, exclusivamente, sobre la base de

la racionalidad económica dejando al margen los aspectos político-constitucionales que se entendía interferían con el tabú de la soberanía estatal.

El Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea previó una cooperación mas estrecha, pero en ningún caso obligatoria, respecto de ámbitos específicos como el empleo, las condiciones laborales, la seguridad social, la protección contra los accidentes y enfermedades profesionales etc., pero limitándose a preveer la espontánea aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas al efecto (arts. 117 a 119 antiguos). La Cumbre de la Haya de 1969 continuó esta senda mediante la propuesta de armonizar las políticas laborales de los Estados miembros para evitar efectos dumping. En 1974 se aprobó un programa comunitario de acción social con el fin de erradicar la pobreza con el éxito que hoy podemos comprobar. En 1981 se propone una política de empleo y en 1989 se adopta, con la excepción del Reino Unido, una “Carta Social de los Derechos Básicos de los trabajadores” que no pasa de ser una declaración de principios comunes. El Acta Única Europea de 1986 amplió esta vía al transformar la libre circulación de trabajadores en libre circulación de personas en general, la higiene en el trabajo se convirtió en mejora general de las condiciones laborales y se propugno la intensificación del diálogo entre los agentes sociales. Y además introdujo el nuevo concepto de cohesión económica y social, susceptible de ser interpretado en dos sentidos bien diferentes: más competencias comunitarias o más financiación comunitaria. En la práctica se puso el acento en la financiación que en realidad se orientó hacia inversiones en infraestructuras físicas e incluso capital humano. El resultado ha sido una cohesión interestatal con proyección interregional, pero no intersocial. La dimensión interterritorial ha primado sobre la dimensión interclases y basta para comprobarlo atender a quiénes son, en la práctica, los grandes beneficiarios de la Política Agrícola Común que consume la parte del león en el presupuesto comunitario.

La mayor integración política, patente desde el Acta Única, explica el creciente impulso de lo que Christian Joerges³ denomina “la búsqueda de la Europa Social” a partir del Tratado de Maastricht o, en expresión de Delors “la dimensión social del mercado único”, concretada primero en el Acuerdo 14 —llamado así por la no participación del Reino Unido— que dio lugar al Protocolo Social. A ello siguieron los tímidos intentos en este campo del Tratado de Ámsterdam que integró en el propio Tratado el mencionado Protocolo Social, la Carta de Derechos acordada en Niza muchos de cuyos preceptos (arts. 26 y ss.) son programáticos y que Cruz Villalón⁴ calificó de inocua, por transparente —hacia las declaraciones y prácticas nacionales y la Convención Europea—. Después, la inclusión de la “Europa Social” en los trabajos de la Convención Europea que dio lugar a las retóricas menciones que al efecto contenía el proyecto

³“Rechtsstaat y Europa soial” en *El Cronista*, nº 32, Noviembre 2012, p. 60 y ss.

⁴*La Constitución inedita*, Madrid (Trotta), 2003, p. 111 y ss.

de Constitución del 2004 y, en fin, las más rotundas y no menos retóricas expresiones del Tratado de Lisboa (art. 3,3).

Todas estas declaraciones tiene el mismo carácter: se limitan a fijar objetivos, tanto las declaraciones iniciales, como las llamadas cláusulas horizontales y los mismos derechos sociales cuyo carácter programático puede llegar a erosionar la normatividad de los derechos civiles y políticos allí también declarados. En efecto, estas declaraciones comunitarias no han tenido en cuenta la sabia distinción que el derecho constitucional comparado ha acuñado entre derechos de inmediata aplicación, incluso cuando puede tratarse de derechos de configuración legal, y lo que nuestro texto de 1978 denominó Principios Rectores. Unos y otros revelan un orden material de valores inherente a la Constitución y, en consecuencia, como tiene declarado el Tribunal Constitucional son vinculantes para los poderes públicos y los Principios pueden ser el indeclinable polo objetivo de los derechos. No se trata, en consecuencia, antes al contrario, de desvalorizar los Principios Rectores; pero es evidente que su grado de ejecutividad no es el mismo que el de los derechos. Nuestro texto constitucional así lo dice expresamente (art. 53,3) y así se deduce claramente de su propio enunciado. No es lo mismo el derecho a expresarse libremente que el derecho a la salud, porque para el primero basta un orden formal de libertad y el segundo requiere una complicada organización sanitaria. Ahora bien, esta diferencia cualitativa de su respectiva pretensión de eficacia debe llevar a distinguir su formulación como hizo el constituyente español. Los textos comunitarios, por el contrario, no introducen tal diferencia ni en la redacción ni en la sistematización con lo cual se corre el peligro de que la menor intensidad de las declaraciones de intenciones contaminen el resto de la declaración y la conviertan toda ella en un benevolente desideratum mas que en una norma efectiva. El *“soft law”* permite ser extremadamente generoso.

Pero la verdadera identidad del modelo comunitario de mercado procede de otro lado, a saber la reconceptualización de las cuatro libertades económicas afirmadas en los tratados fundacionales —circulación de personas, bienes, servicios y capitales—. De concebirse como meras consecuencias del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, lo que suponía la recíproca apertura de los diferentes mercados nacionales, pasan, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario a partir de los casos *Dassonville* (1974) y *Cassis de Dijon* (1979), a ser libertades individuales. Estas, según dijo el Tribunal de Justicia, se proyectan “sobre cualquier otra restricción aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos atractiva las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos” (S de 15 de marzo del 201 que se remite a una abundante jurisprudencia anterior). Las libertades económicas propias del mercado —un mercado interior único— excluyen las limitaciones propias de los diferentes Estados miembros en cuanto Estados Sociales.

Es claro que la Europa Social podría construirse sin perjuicio del mercado único si una normativa “social” única o al menos uniforme se impusiera en todo el ámbito de la Unión. Es decir, uniformando las normativas laborales, sanitarias, de seguridad social, corporativas, interventoras y ordenadoras del mercado, etc. y lógicamente fiscales. Y no faltan intentos en el sentido de crear sobre el núcleo de la ciudadanía de la Unión una identidad social europea promoviendo la participación de los ciudadanos europeos en los sistemas sociales de los respectivos Estados miembros.

Las dificultades prácticas para ello son de dos tipos. Por un lado, la Unión carece de competencias al efecto. Por otro, si las tuviera, como reiteradamente se ha intentado a partir del tratado de Maastricht, la diferencia entre las economías de los Estados miembros daría como resultado una asimetría entre los costes de producción de los mismos que falsearía toda la competencia sobre la que pretende asentarse el mercado único. Si la deslocalización allende Europa de plantas industriales de los miembros más competitivos de la Unión ya hace asimétrico el propio mercado único, la homologación de sus costes lo haría aún mayor. Ello explica las excepciones británica y danesa y las denominadas “Preocupaciones” del pueblo irlandés ante el Tratado de Lisboa que dio lugar al correspondiente Protocolo firmado en junio de 2012 (en especial art. 2 relativo a fiscalidad).

A ello hay que sumar las diferentes “culturas” jurídicas coexistentes en la Unión y que solo un voluntarismo ciego es capaz de no ver. Algunas, más favorables a la libre competencia y por ello bien vistas en la Unión —desde el informe Monti a la Directiva de servicios 2006/123— resultan más costosas para el consumidor y degradan la calidad del servicio a cambio del ingreso en el mercado de nuevos protagonistas. Sirva como ejemplo de lo primero la alternativa anglosajona —certificado de tercero de confianza más seguro de riesgo— a la administración pública de derecho privado a cargo del notariado latio-germánico, cuya práctica, sin duda, hay que perfeccionar, pero que sería fatal destruir. Y, como muestra de lo segundo, la liberalización de los establecimientos farmacéuticos para convertirlos en supermercados. La libre competencia que tome como paradigma el rastro, no garantiza ni la mejor calidad de los servicios ni siquiera su más bajo coste.

El resultado de todo ello es que la Unión ha adoptado un modelo de economía de mercado no social, sino estrictamente liberal según el cual el poder público comunitario garantiza un orden de libre competencia sin mayor correctivo que la imposición de dicha libre competencia. Frente a lo afirmado por el más ortodoxo liberalismo, pienso en el famoso epílogo de Hayek a su obra *Derecho, Legislación y Libertad*, para el cual el mercado y sus instrumentos no derivan ni de los determinismos biológicos ni de las decisiones políticas sino de la espontánea práctica de los hombres, en la Unión Europea, el mercado único se ha creado a golpe de directiva —baste pensar en la Directiva de

Servicios citada— y, más aún, de sentencia. Es, en expresión de Joerges, en el ensayo atrás citado, un “liberalismo autoritario”. De donde el paradójico contraste entre la libre competencia que se trata de conseguir y la minuciosa intervención de la normativa comunitaria que llega a extremos caricaturescos, como en su día puso de relieve el Consejo de Estado⁵.

Documentar exhaustivamente la tesis expuesta excede con mucho los límites del presente ensayo. Pero baste, como muestra de qué tipo de mercado es el que propugna la jurisprudencia comunitaria, atender a las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

El 22 de noviembre del 2005, el Tribunal de Justicia de la Unión dictó la Sentencia sobre el caso Mangold. (C. 144/04). La normativa alemana para paliar las dificultades laborales de los mayores introdujo medidas de fomento a su contratación y, a su amparo, se celebró un contrato de trabajo a tiempo parcial con el Sr. Mangold de 56 años de edad. La Sentencia de 22 de noviembre del año citado lo consideró incompatible con la Directiva 2000/78 CE que establecía condiciones generales de igualdad en la contratación. En Sentencias posteriores el Tribunal se ha mostrado más sensible a la hora de justificar modulaciones a la igualdad en razón de fines sociales como es el fomento del empleo, especialmente del juvenil. Pero no es menos cierto que las excepciones previstas al efecto en la Directiva 2000/78, de suyo muy restrictivas, han sido interpretadas con notable rigidez.

El 11 de septiembre del 2007, el Tribunal dictó Sentencia en el caso Schwarz (C. 76/05). Una familia alemana acomodada envió a estudiar a sus hijos a un exclusivo colegio escocés muy costoso y pretendió deducir los gastos así ocasionados de su impuesto sobre la renta. Las autoridades alemanas se negaron a admitir dicha deducción, alegando que las previsiones correspondientes de la normativa tributaria alemana limitaban tal beneficio al supuesto de menores escolarizados en un centro alemán homologado, señalando que la finalidad de dicha norma era facilitar la integración de escolares procedentes de familias con diferentes niveles de renta en un mismo tipo de educación. El Tribunal de Justicia de la Unión decidió que tal normativa violaba el derecho de los Schwarz a circular por todo el territorio comunitario en busca de la mejor opción educativa y la libertad de libre prestación de servicios en toda la Unión.

El 10 de febrero del 2010 el Tribunal dictó Sentencia en el caso Vicolplus (C-307/09) en el sentido de considerar que si una empresa contrata trabajadores en un Estado y los desplaza para prestar servicios en el territorio de otro Estado de la Unión, el desplazamiento es el objeto de la prestación del servicio realizado por la empresa proveedora aunque el trabajador preste sus ser-

⁵ Cf. *Memoria 1993*, Madrid, 1994, p. 176.

vicios bajo el control de la empresa usuaria. El resultado es que el contrato laboral se celebra entre el trabajador y aquella y no ésta, con lo cual es la segunda la que se beneficia de las diferencias salariales entre ambas.

El 21 de enero del 2010, el Tribunal dictó Sentencia en el caso Comisión *vs.* Alemania (C 546/07) en la que, aun aceptando la alegación alemana para el caso concreto objeto del litigio, excluyó la posibilidad de que pudieran adoptarse nuevas medidas de defensa del mercado laboral para promover el empleo en situaciones de alto nivel de paro.

Pasando de la libertad de circulación de personas a la de establecimiento, la Sentencia *Uberseering* de 5 de noviembre del 2002 (C 208/2000) cuyas tesis confirmaría, después de significativas vacilaciones, la Sentencia *Cartesio* (2010/06) de 16 de diciembre del 2008, identificó la libertad de establecimiento con la libertad de decidir de acuerdo con qué legislación nacional puede constituirse una empresa con independencia de en qué Estado tenga su sede y dónde opera. El resultado fue que, en un plazo de tres años, se constituyeron en el Reino Unido, al amparo de su normativa tributaria, sesenta y siete mil empresas cuyo capital y centro de actividad eran alemanes, pero que eludían así el sistema tributario alemán, sin dejar de beneficiarse de sus servicios públicos.

En cuanto a la libre circulación de capitales que el propio Tribunal ha calificado de “metalibertad”, la Sentencia recaída el 23 de octubre del 2007 en el caso *Volkswagen* (C 112/05) consideró contrarias a la misma las normas dictadas en el Land de la Baja Sajonia sobre la gobernanza corporativa de la citada empresa que ponderaba los derechos de voto de los accionistas para evitar mayorías hegemónicas, garantizar los derechos minoritarios y asegurar la representación pública en el Consejo supervisor de la compañía.

Respecto de los derechos que no limitan el poder sino que se oponen al mismo, incluidas las relaciones *inter privatos*, como en el campo laboral son los derechos de asociación, sindicación y conflicto colectivo, cuatro Sentencias, dos del año 2007 (*Viking* C 438-05 y *Laval* 431/05) y dos del 2008 (*Ruffert* 346/06y *Luxemburg* Case 319/06) dieron prevalencia a la libertad de establecimiento (caso *Viking*) y de prestación de servicios (casos *Laval* y *Ruffert*) sobre los derechos de acción colectiva (casos *Viking* y *Laval*) y sobre la normativa en defensa de los derechos sociales (*Ruffert*).

III. EL IMPACTO DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO SOCIAL Y SUS POSIBLES LIMITACIONES

El resultado de la orientación jurisprudencial ejemplificada en las Sentencias citadas y de su correspondiente glosa doctrinal ha sido la decantación de un cánón de constitucionalidad europeo, hartamente distante y diferente del

nacional, pero cuya fuerza expansiva afecta decisivamente a los fundamentos del Estado Social, tanto en el nivel estatal como de la Unión. Porque no se trata de excluir toda discriminación entre nacionales de los Estados miembros, sino de desplazar y consiguientemente inaplicar cualquier norma de cualquier nivel que contradijese las libertades económicas arriba enunciadas. Como ha señalado entre nosotros de modo magistral el Pfr. José Agustín Menéndez⁶, ello tiene un doble efecto en el plano constitucional. Uno procesal, al convertir la cuestión prejudicial en una vía para el control de la normativa estatal desde la constitucionalidad europea. Otro substantivo, al promover la europeización de los ordenamientos jurídicos estatales al margen del proceso de formación de la voluntad política pretendidamente supranacional.

La Unión, carente de una constitución democrática en el sentido “ideal” del término, está generando una “gobernanza” jurisdiccional que potencia la desde siempre denunciada gobernanza burocrática resultante del déficit democrático de la Unión. Tal déficit y la consiguiente hegemonía burocrática nadie lo discute y prueba de ello son los reiterados y siempre frustrados intentos de superar ambos defectos, por la simple razón que no es posible superar un déficit democrático cuando no existe un “demos” que representar. Pero el resultado es un impacto potencialmente desnaturalizador sobre el modelo constitucional del Estado miembro que puede afectar a la identidad constitucional cuyo respeto, paradójicamente, dice garantizar la misma Unión (TUE art.4,2).

La vía de semejante proceso es doble. Por un lado, la presión política de instrumentación jurídica un tanto dudosa a la luz de la propia jurisprudencia constitucional comparada, que más adelante expondré y que, al hilo de la crisis económica, ha impuesto recortes presupuestarios que afectan a elementos esenciales del Estado Social. La cuestión, sin duda de máxima gravedad, excede los límites del presente ensayo

Por otro, la interpretación jurisprudencial de la primacía del derecho de la Unión, cuestión de la que paso a ocuparme.

Sabido es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hoy de la Unión, ha decantado dos caracteres fundamentales de la normativa europea: su efecto directo y su primacía sobre el derecho de los Estados miembros, primacía sobre toda norma estatal, incluso las de derecho constitucional. Tal es la doctrina iniciada en el asunto Costa/ENEL de 1964 y culminada en los asuntos *Handelsgesellschaft* de 1970 y *Politi* de 1971 y que llega hasta nuestros días incluso a costa de la distorsión del propio derecho primario de la Unión.

⁶Agustín Méndez. “La Unión Europea en el espejo de Lisboa” en Vidal Prado (ed.), *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán*, Madrid (CEPyC), 2011, p. 59 y ss. y es especial, 96 y ss.

Sirva de ejemplo la reciente Sentencia del TJUE de 26 de febrero del 2013 en el caso Melloni (C-399/11) respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español. El art. 53 de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea dispone que “Ninguna de (sus) disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros”. Y el Tribunal Constitucional español planteó la cuestión de si el art. 4 bis,1 de la Decisión Marco 2002/584 JAI en la redacción dada por la Decisión Marco 2009/299 JAI, impide condicionar por las autoridades judiciales nacionales la ejecución de una orden europea de detención a la mejor garantía del derecho de defensa del reclamado tal como se reconocen en la propia Carta y resulta del art. 24 de la Constitución Española. El Tribunal Europeo lo negó, porque dicha interpretación “menoscabaría el principio de primacía del derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta si no respetaran los derechos garantizados por la Constitución de ese Estado” (parágrafos 56 a 58), remitiéndose a la doctrina ya afirmada por el Tribunal en la jurisprudencia antes citada (parágrafo 59). Esto es, la norma comunitaria de derecho derivado prima sobre la propia Constitución estatal.

Que doctrinalmente los efectos de dicha primacía se califiquen de desplazamiento y no de derogación es irrelevante, porque el resultado es la aplicación de la norma comunitaria y no de la estatal. Lo importante es que dicha doctrina somete la Constitución estatal, no sólo al derecho originario de la Unión, sino al derivado, de manera que una norma comunitaria del mínimo rango, algo difícil de determinar en un ordenamiento que no siempre responde al principio de jerarquía, podría convertir en irrelevante, no derogándola, pero sí desplazándola, a una norma o una institución constitucional.

Como después expondré esta doctrina, verdadera revolución judicial, al decir de europeísta tan distinguido como Pescatore, contestada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, ha tratado de imponerse en el frustrado Tratado Constitucional de Roma del 2004 (art. I-6), para poner unilateralmente fin a dicha oposición. Y, rechazado dicho tratado por los referenda de Francia y Holanda, se ha pretendido reintroducirla en el Tratado de Lisboa, por vía de Declaración que, como tal, no forma parte del Tratado (art. 51 a contrario) y que se limita a copiar un Dictamen del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio del 2007, dictamen que reitera los términos de la jurisprudencia citada (Declaración nº 17) y cuyo relieve examinaré más adelante, a la luz de la jurisprudencia comparada.

Como señalé reiteradamente desde el año 2004 en adelante⁷, la más grave consecuencia de esta tesis era la comunitarización del poder constitu-

⁷ *Constitución Española y Constitución Europea*, Madrid (Instituto de España), 2004.

yente —al menos del constituyente constituido— de los Estados miembros, con el inmediato efecto práctico de dejar en manos de cualquier instancia comunitaria, incluido el colegio de comisarios, y al margen de todo control, instituciones y garantías institucionales establecidas en la constitución estatal. Dado el modelo económico de la Unión atrás descrito, ello pondría en grave riesgo las instituciones propias del Estado Social, como la experiencia práctica está demostrando. Así lo avala la experiencia empírica de los análisis de la decreciente movilidad social de aquellos países que adoptan pautas económicas neoliberales como el Reino Unido o los Estados Unidos, si bien en el primero de ellos no pueden olvidarse otros factores metaeconómicos de rigidez, característicos de su sociedad.

Sabido es que, como en su día analizara brillantemente el Pr. Muñoz Machado⁸, la integración estatal en la Unión abre la vía de importantes mutaciones constitucionales en el sentido que desde Jellinek se da a este término. El desplazamiento o el vaciamiento de las instituciones del Estado Social se podría incluir en el capítulo de tales mutaciones. Ahora bien, ¿Hay límites a las mutaciones constitucionales? La cuestión ha hecho correr ríos de tinta desde Laband y Jellinek hasta la fecha. Pero baste ahora señalar que una concepción integradora del derecho constitucional como la incoada por Smend y desarrollada en este punto por Hesse⁹ puede concluir que la mutación constitucional tiene dos límites. Por un lado, la normatividad de la propia Constitución que debe excluir la mutación por normas inconstitucionales; de otro, la finalidad —el “telos” decía Löwenstein— de dicha normatividad que no es otro que la integración política de la comunidad estatal. Si hay alguna disposición de nuestra Constitución que exprese dicha meta integradora, es la definición de nuestro Estado como “social y democrático de derecho” y lo que de ello se deriva. La mutación encuentra ahí su límite infranqueable, salvo que se renuncie a toda idea de constitución y se pase de contemplar su mutación a propugnar su destrucción.

Dos son las vías para garantizar tales límites y de ambas ofrece ejemplos el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada. Por una parte, se han introducido contralímites al proceso y alcance de la integración, ya exigiendo procedimientos especiales, como ocurre en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros de la Unión, ya, lo que aquí más interesa, declarando intangibles determinados elementos de la constitución estatal frente a cualquier reforma y, en consecuencia, también a cualquier mutación, sea ésta autónoma o heterónoma (v.gr en la Ley Fundamental de la República Federal art. 23 en relación con el 79 y en el Instrumento de Gobierno Sueco de 1974, art. 5 del capítulo 10). Por otro lado, las jurisdicciones constitucionales, convertidas en los defensores del Estado constitucional que es el Estado Social y Democrático,

⁸ *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid (Cvitas) 1993.

⁹ Cf. *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Esp. Madrid (CEC), 2011, p. 95 y ss.

han puesto primero *caveats* y después límites al proceso de mutación. Si, como señalara Weiler, hasta ahora se ha seguido la vía de la integración mediante el derecho, ahora parecen ser quienes aplican el derecho los encargados de frenar un proceso político que amenaza con discurrir a su margen, instrumentado por una normativa heterónoma obra de instituciones que adolecen de un indiscutido y, por la razón atrás apuntada, irremediable déficit democrático.

La reacción frente al activismo judicial prointegrador del Tribunal de Justicia se apunta ya en la doctrina y aún en la jurisprudencia ordinaria, pero es aún más claro en el “diálogo de los jueces” entablado por los Tribunales Constitucionales de los más importantes Estados miembros de la Unión Europea. Si no han tenido reparo alguno en reconocer la primacía del derecho europeo sobre las normas de rango legal e infralegal, también han afirmado la supremacía de la propia Constitución estatal sobre la normativa europea, tanto el derecho originario como el derivado. Rodríguez Iglesias¹⁰, de cuyo más solvente europeísmo no cabe dudar, en 1993 y yo mismo¹¹ en el 2005 señalamos ésta larga evolución que ahora cabe sintetizar desde el “mientras que” de la doctrina “Solange”, afirmada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974, hasta el “si salvo que” de las resoluciones del Conseil Constitutionnel francés a partir del 2004. Las Sentencias italianas de 1973 (Frontini), 1984 (Granital) y 1989 (Fragd), donde se afirman los contralímites constitucionales a la integración mediante la reserva hipotética de constitucionalidad sobre la normativa comunitaria y, sobre todo, las reiteradas Sentencias polacas, desde la de 27 de mayo del 2003 (K 11/03) hasta la de 11 de mayo del 2005 (K 16/04), donde se establece rotundamente la supremacía de la Constitución y el consiguiente control de la jurisdicción nacional sobre la constitucionalidad del derecho internacional o comunitario, hasta culminar en la Sentencia alemana sobre el Tratado de Lisboa de 30 de junio del 2009, marcan los frutos de esta evolución.

Así, el Consejo Constitucional francés, a través de una larga decantación doctrinal, cuyos antecedentes están en la doctrina Matter sobre la relación ley-tratado internacional, formulada por el Consejo de Estado, allá en 1931, ha afirmado el imperativo constitucional de incorporar el derecho europeo, “salvo” que, como señaló en 1992, contradiga “las condiciones esenciales al ejercicio de la soberanía nacional” (92-309 DC de 9 de Abril 1992), concretadas en “el deber general del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos”. Para, más adelante, en el 2004, referirse como causa de excepción a “las leyes fundamentales de la República”, “una disposición expresa de la Constitución”, una “disposición específica de la constitución” (DC 19 de

¹⁰ “Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario” en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al pfr. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 1175 y ss.

¹¹ “Desde el ‘mientras que’ al ‘si salvo’ (la jurisprudencia constitucional ante el proyecto europeo)” en *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, 2005, 1, p. 89.

junio del 2004) o, en el 2006, que atente “a reglas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia” (nº 2006-540 DC del 27 de julio del 2006). Identidad que incluye los valores consagrados en el Preámbulo de la Constitución de 1946 a la que se refiere la de 1958.

La posición francesa es en consecuencia clara. El Conseil d’Etat desde 1996 (Koné) y más explícitamente en 1998 (Sarran et Levacher) ha firmado la primacía de la Constitución. El derecho primario, los tratados comunitarios, no pueden ser celebrados si contradicen la Constitución salvo previa reforma de ésta. El derecho derivado prima sobre las normas infraconstitucionales, pero “no puede primar en el orden interno sobre los principios y disposiciones de valor constitucional” (Consejo de Estado, “Société Arcelor atlantique” 8 de febrero del 2007 y Conseil Constitutionnel nº 2007-560 de 20 de diciembre del 2007). El juez nacional y, muy especialmente, el juez constitucional han de velar por el respeto a la supremacía de la Constitución.

Más reveladora todavía es la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana, cada vez más reticente en esta materia ante las tesis del Tribunal de Justicia de la Unión. Una reticencia que se desarrolla en paralelo al intergubernamentalismo asimétrico que, por iniciativa de Berlín, tiende a substituir el antiguo “método comunitario” en la dirección política de la Unión.

En efecto en la Sentencia de 29 de mayo de 1974 (Solange I) inicia una doctrina continuada —aun con matices en 1979 (Vielleigt)— y en 22 de octubre de 1983 (Solange II) según la cual el propio Tribunal Constitucional se reservaba el control sobre el derecho europeo en relación con la propia Ley Fundamental “en tanto que” los niveles de protección comunitarios de los derechos fundamentales no sean al menos análogos a los alemanes y no se supere la falta de un Parlamento ante el que sean plenamente responsables políticamente los órganos comunitarios competentes para dictar normas. La primacía del derecho comunitario sobre la Constitución nacional se condicionaba a la maduración democrática de la propia Comunidad aunque, y ésta es la matización introducida en Solange II, el Tribunal la daba en aquella ocasión por suficiente. La Sentencia de 12 de octubre de 1993 (Maastricht), entre otras muchas consideraciones soberanistas, reiteró la supremacía de la Constitución estatal y fundamentó dicha doctrina en una tesis que ya trascendía la mera ingeniería constitucional: la identidad política del Estado expresión de un pueblo soberano. La Sentencia de 30 de junio de 2009, antes citada ha insistido en tales conceptos e incluso ha sugerido expresamente la instrumentación de un control de constitucionalidad estatal de la normativa europea, tanto *ultra vires* como en defensa de la propia identidad constitucional.

Y, lo que a los efectos de este ensayo es aún más importante, enfrentado con la cuestión de la primacía del derecho comunitario afirma dos cosas. Por una parte, que dicha primacía se basa en las previsiones de la propia ley

nacional. “Ya que en Alemania, la primacía del derecho de la Unión solamente es aplicable en virtud del mandato de aplicación del derecho dado por la ley mediante la cual se autoriza la ratificación de los tratados...la primacía de aplicación solamente rige en la medida en que la República Federal de Alemania haya aceptado tal norma de resolución de conflictos y se le permita aceptarla” (parágrafo 343). Y, por otra, enfrentado con la ya citada Declaración nº 17 del Tratado de Lisboa, afirma rotundamente que “La República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del derecho de la Unión incondicional y dudosamente inconstitucional...no es correcta la afirmación...de que con la aprobación del Tratado de Lisboa la primacía ilimitada del derecho creado por las instituciones de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros se convertiría en la práctica en un elemento más de los tratados y que con ello se estaría concediendo una primacía de validez estatal-federal inadmisibles que incluso posibilitaría la derogación del derecho constitucional de los Estados miembros que resultara incompatible” (parágrafo 331).

En torno a esta tesis, el diálogo horizontal entre los jueces —baste pensar en las citadas resoluciones del Tribunal Constitucional polaco, en las opiniones informales del húngaro y en las Sentencias del checo (PL. ÚS 19/ de 26 de noviembre, 08, parágrafo 85 Cf. PL ÚS 29/09 de 11 de marzo)— ha confirmado esta negativa a supeditar la propia constitución al derecho de la Unión, tanto al derecho primario, como, lo que es más importante a la hora de instrumentar su control jurisprudencial, al derivado. La primacía de éste se configura sobre la base de las propias cláusulas de integración de las respectivas constituciones estatales como una primacía condicionada frente a la primacía incondicionada de aquellas, algo rotundamente contradicho por la constante doctrina del TJUE como muestra la antes citada sentencia de 26 de febrero del 2013.

En consecuencia, se abran dos vías de control nacional sobre el derecho de la Unión. De un lado, un control “ultra vires” si el derecho de la Unión excediera los términos de la atribución competencial que a favor de aquella hizo el Estado. De otra, una salvaguarda de la identidad constitucional del propio Estado, en su estatalidad y en su identidad constitucional.

Como tal Estado soberano, al afirmar inalienables algunas competencias que se le consideran inherentes. La doctrina alemana y, siguiéndola, la francesa han insistido en la cuestión al hilo de la jurisprudencia constitucional germánica. La citada sentencia del Tribunal alemán de 12 de octubre de 1993 (Maastricht I) insistió en la permanencia de la estatalidad de la República Federal como sujeto soberano de derecho internacional y ello no supone solamente la “competencia de la competencia” sino una serie de campos de competencia estatal no susceptibles de atribución a la Unión. Así lo concreta la Sentencia del mismo Tribunal de 30 de junio del 2009 considerando que el Estado debe conservar “su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida” (parágrafo 226), “condiciones de vida económicas culturales y

sociales”, concretadas en la ciudadanía estatal y los correspondientes derechos fundamentales así como la injerencia penal o administrativa de gran intensidad en los mismos, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como las cuestiones culturales (parágrafo 249). Es evidente que la presurosa reforma española del art. 135 CE en agosto del 2011 que, por presiones comunitarias, pretendió seguir el ejemplo alemán, no tuvo en cuenta lo dicho por el Tribunal Constitucional Federal sobre la soberanía fiscal.

Y como un Estado concreto con una específica identidad constitucional, son muchos los ejemplos que de ello cabe poner. Así lo ha subrayado la doctrina francesa poniendo como ejemplo la forma republicana de gobierno al hilo de la decisión del Conseil Constitutionnel de 2 de septiembre del 2002 (92-312 DC) y el Tribunal Constitucional alemán viene subrayando desde 1993 al 2009, el carácter federal y una determinada concepción de los derechos fundamentales como indeclinables características de la propia identidad constitucional ¿No es su condición de Social, atrás explicitada una característica de nuestra identidad constitucional tal como los españoles decidimos en 1978?

En resumen, según los más autorizados exponentes de la jurisprudencia constitucional comparada, si por opciones políticas legítimas se quiere hacer compatible la Constitución con normas que le son discrepantes, la Constitución puede y debe ser reformada, como se hizo en la República Federal en el caso relativo al servicio militar de la mujer; pero no puede prescindirse de ella en tanto esté en vigor, ni revisarla, sin atenerse al procedimiento formal de reforma. Un procedimiento que, por ejemplo, en España presupone un alto grado de consenso político, análogo cuando menos al que caracterizó el “momento constituyente”. Y tampoco puede atentar contra lo que la propia constitución califica de inalterable.

La argumentación que latía tras dicha tesis es la siguiente. La Constitución es, expresa o tácitamente; la norma suprema del Estado; es en su virtud, como el Estado se integra en la Unión; en consecuencia dicha integración no puede derogar la Constitución o, lo que es lo mismo a efectos prácticos, desplazar sus normas. La integración supranacional no permite disponer de la Constitución estatal. Esta fue la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la Decisión 1/1992, desafortunadamente aguada, frente a toda la experiencia comparada, en la Decisión 1/2004 Y, lo que me parece de importancia capital, la supremacía de la Constitución no se deduce de una mera posición jerárquica afirmada en la misma que el poder constituyente constituido, esto es la revisión constitucional, podría modificar, sino porque la Constitución expresa la infungible identidad de un pueblo soberano. Se trata de una dimensión político-existencial que la instrumentación jurídica de la propia Constitución puede y debe servir, pero que los constitucionalistas no pueden escamotear mediante la propia argumentación jurídica.

Tal es la doctrina expresamente formulada por los Tribunales Constitucionales alemán desde 1993, polaco desde el 2005 y checo en el 2007 entre otros —influidos todos ellos entre sí— y reiterada con énfasis que ha escandalizado a tantos euroentusiastas, en la Sentencia alemana ya citada de 30 de junio del 2009 sobre el Tratado de Lisboa.

Sería deseable la más profunda incorporación de nuestro supremo interprete de la Constitución a este fecundo “diálogo entre los jueces” que debe ser horizontal y no sólo con la Corte de Justicia de la Unión, atendiendo a lo que Pescatore denominó la articulación constitucional del poder de integración, tarea ésta que tan solo cabe esbozar aquí a través de las siguientes tesis.

Primera, el artículo 93 CE es el fundamento de la participación de España en la UE. En consecuencia, el poder de integración allí configurado no puede ir más allá de atribuir el ejercicio, como tal revocable, de determinadas, como tal limitadas, competencias, a la Unión. Tesis que concuerda perfectamente con el principio de atribución y la revocabilidad de la Unión reconocidos en los Tratados de la misma (arts. 1 y 5 y 50 TU) y que fue expresamente mantenida en su día, frente a la doctrina canónica dominante, primero por la Cámara de los Lores, y, después por el Tribunal Constitucional alemán.

Segunda, ésta atribución realizada mediante Ley Orgánica no puede exceder las propias competencias del legislador orgánico al que el art. 93 citado habilita para autorizar dichas atribuciones competenciales. Es decir, no puede reformar la propia Constitución, algo sólo factible mediante los procedimientos previstos en el título X de la misma, ni afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales, ni derogar la imagen social identificadora de aquellas instituciones garantizadas por lo que la doctrina y la jurisprudencia conoce como garantías institucionales.

Tercera, la Constitución, sistemáticamente interpretada, obliga al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la UE, entre otras, a la incorporación del derecho derivado. Un derecho derivado cuya compatibilidad con la Constitución estatal no viene garantizada por la conformidad del derecho primario y la propia Constitución y que, por tanto, debiera ser sometido a un control de constitucionalidad, un control regido por una voluntad integradora, esto es lo que cabría denominar un prejuicio favorable al derecho de la Unión y, a la vez, un respeto no sólo formal sino substancial, a la supremacía de la Constitución afirmada en el art. 9 de la misma y tantas veces reiterada en foro legislativo, jurisdiccional, doctrinal y político. La jurisprudencia constitucional comparada, especialmente las ya citadas de los tribunales de Polonia y la República checa han insistido en ello. Un control que se facilitaría, si, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se incorporase el derecho comunitario al bloque de constitucionalidad e interpretarlo así a la luz de la propia Constitución.

Si la pertenencia de los Estados a la Unión, entre ellos la de España, se basa en las cláusulas de integración de las respectivas constituciones, entre ellas el artículo 93 de la vigente Constitución española, es evidente que ello no puede conducir a la destrucción de la propia constitución estatal. Ahora bien, bajo la norma suprema que la constitución, nuestra constitución, es, late un pacto, uno de cuyos ingredientes fundamentales es el carácter Social del Estado. Erosionar tal carácter es atentar contra el pacto y contra lo que el pacto sustenta, la constitución. Los partidarios de la permanencia de España en la Unión deberían ser los más decididos partidarios de poner, en defensa de nuestra identidad constitucional, límites políticos en Bruselas y jurídicos en España a la ilimitada primacía del derecho de la Unión.