

EL ESTADO AUTONÓMICO UNITARIO Y EL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA INSERCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Miguel Azpitarte Sánchez

Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea
de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Propósito del trabajo. – II. “Incorporación del Derecho europeo al ordenamiento jurídico español” y las relaciones entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. El análisis del Consejo de Estado y sus sugerencias. – III. ¿Cuál es el verdadero problema que motiva las sugerencias del Consejo de Estado? – IV. La precomprensión del Consejo de Estado: el Estado autonómico *unitario*. – V. Una visión alternativa: la coherencia del sistema jurídico a través de la tutela judicial. – VI. Conclusión. – *Resumen-Resum-Abstract*.

I. Propósito del trabajo

La Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, revitalizó la función del Consejo de Estado atribuyéndole en el apartado tercero del artículo 2 la competencia para realizar a solicitud del Gobierno “estudios, informes y memorias” e incluso “propuestas de reforma legislativa o de reforma constitucional”. En virtud de esta posibilidad, el Gobierno, con un encomiable criterio selectivo, ha requerido el parecer del Consejo de Estado en temas especialmente significativos. Baste recordar el Informe sobre modificaciones de la Constitución española, de 15 de febrero de 2006, o el reciente Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, de 24 de febrero de 2009. El tiempo ofrecerá la verdadera repercusión de estos estudios en la realidad jurídica. Es evidente, no obstante, que en el corto plazo implican

Artículo recibido el 28/05/2009; aceptado el 08/07/2009.

algunas novedades institucionales. Suponen, en primer lugar, la introducción de un criterio de naturaleza técnica en la fase inicial de la producción normativa, precisamente donde el Gobierno monopoliza en términos políticos la definición del problema y de las soluciones. Se trata de un voluntario desapoderamiento del Gobierno motivado seguramente, a la luz de los informes solicitados, por la intención de comenzar a trabar un amplio consenso a partir del diagnóstico y las sugerencias suministradas por un órgano del prestigio del Consejo de Estado. La segunda novedad institucional que materializan los informes del Consejo de Estado consiste en su vigorosa irrupción dentro de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Junto a la habitual construcción del discurso constitucional desde la dirección política del Gobierno y de las Cortes, del ejercicio de la autonomía de las Comunidades Autónomas y de la tarea de control de los tribunales, en especial del Tribunal Constitucional, ahora hemos de añadir la voz del máximo órgano consultivo. Una voz que surge, además, en el instante inicial de la construcción del discurso constitucional, hecho que le da una relevancia sobresaliente. Todo ello arroja interrogantes, que irán respondiéndose en el tiempo, sobre la oportunidad constitucional de introducir al Consejo de Estado en el espacio de los intérpretes constitucionales y sobre el contenido posible y la metodología de sus estudios.

El presente trabajo se enmarca dentro de las reflexiones precedentes y tiene por objeto el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008¹. Se elabora a resultas de una consulta del Gobierno de 23 de febrero de 2007, que, formulada en términos amplios, requiere un "diagnóstico de la situación actual" centrado en la participación de España en el proceso decisorio europeo y las formas de garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión, además de una reflexión final relativa al Consejo de Europa. Se da así en la consulta del Gobierno una delimitación del objeto que deja fuera los problemas que plantea la aplicación judicial del derecho europeo y la intervención de las Cámaras sea a través de la función legislativa o de la función de control político. Considero que esta puntualización del objeto de la consulta es una precisión de la que se resiente el conjunto del Informe, sobre todo en

1. Las citas del Informe, disponible en la web del Consejo de Estado, se realizarán de acuerdo con su edición en forma de libro por el Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el año 2008.

lo atinente a la aplicación judicial. Más adelante intentaré señalar los modelos que pueden concurrir en el aseguramiento del cumplimiento del derecho o, dicho de otro modo, en la reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, pero no son necesarias demasiadas explicaciones para entender que la función jurisdiccional ocupa un lugar primordial a la hora de dotar de efectividad a las normas comunitarias. Prescindir del poder judicial cuando se analiza la "inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español" omite acuciantes problemas. Y aunque no sería justo criticar un informe por los contenidos de los que carece, es también cierto que eludir la dimensión judicial hurta el vértice sobre el que gira la imagen de "rights and remedies" del derecho de la Unión². En este sentido, el Consejo de Estado intenta ceñirse disciplinadamente a la configuración del objeto que realiza el Gobierno, sin embargo, de modo inevitable, se tensan las costuras del Informe y acaba trayendo al centro del debate del cumplimiento del derecho europeo (repito, de la coherencia del sistema jurídico) tanto el papel de la función legislativa –de ahí que proponga el uso de las leyes de armonización o un poder sustitutivo del derecho autonómico– como el de la función jurisdiccional –por ejemplo, cuando se postula la intervención del Tribunal Constitucional en la depuración de las normas contrarias al derecho europeo–.

Más allá de esta observación, la respuesta del Consejo de Estado ofrece un amplio e interesante informe en el que se distinguen con claridad los tres elementos fijados en la consulta. En este trabajo me ocuparé del segundo, que se corresponde con el epígrafe IV de la parte primera, lleva por título la "Incorporación del derecho europeo al ordenamiento jurídico español" y, sin duda, es el más polémico debido a la discutible interpretación que realiza de los presupuestos constitucionales del Estado autonómico. Las cuestiones relativas a la participación de España en la producción de la norma europea, que abarcan los epígrafes II y III de la primera parte, se plantean con una claridad envidiable y admiten pocas objeciones. Ofrece, eso sí, un deje

2. Algo de lo que también es consciente el Consejo de Estado cuando en el Informe sobre las modificaciones de la Constitución española analizó brevemente "Las funciones del juez ordinario como juez europeo" para concluir que "El Consejo de Estado, a la vista de lo aquí expuesto, estima conveniente un estudio detenido acerca de cuáles son las reformas que a nivel legal o, en su caso, constitucional son necesarias y oportunas para adecuar nuestro sistema constitucional, jurisdiccional y procesal a las exigencias del Derecho comunitario." (p. 116).

melancólico, pues convincentemente el Informe subraya que sólo una participación en la fase inicial de formulación de propuestas puede garantizar cierta influencia en el proceso europeo de toma de decisiones. Resulta imposible negar hoy la lógica supranacional en la formación del derecho derivado, con una autonomía propia que modula muchísimo la incidencia unilateral de los Gobiernos estatales y más aún de un único Gobierno estatal, circunstancia que inevitablemente pone en solfa las estructuras organizativas creadas en tiempos donde el paradigma intergubernamental tenía una mayor relevancia. Objeción que no empece en nada la oportunidad de las sugerencias vertidas por el Consejo de Estado en esta cuestión. Y también merecen una atención detenida las propuestas que se formulan para mejorar la recepción de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estas páginas del Informe, que se hallan en el epígrafe VI, parte segunda, son de una claridad absoluta y un hito fundamental en la indemorable necesidad de adecuar nuestro régimen procesal a los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo.

Así las cosas, el propósito de este trabajo, como ya se ha indicado, es centrarse en el epígrafe dedicado a la incorporación del derecho de la Unión, que a mi parecer es la cuestión más discutible y por ello merece una revisión crítica. A estos efectos, en el epígrafe siguiente intentaré exponer con brevedad los argumentos y las sugerencias del Consejo de Estado, moviéndome siempre en la mera descripción, consciente, no obstante, de que toda observación no puede ser enteramente neutral. En el apartado III, probaré a demostrar que el Consejo de Estado trabaja sobre un problema –la responsabilidad del Estado por incumplimiento de una Comunidad Autónoma– que no existe con una singularidad propia que lo distinga cuantitativa o cualitativamente. Si el Consejo de Estado ofrece respuestas para un problema imaginario, es lícito argumentar que el citado órgano consultivo elabora el Informe a partir de una presunción que condiciona la definición del problema y el aporte de soluciones. Es por ello que en el epígrafe IV expondré que el Consejo de Estado revitaliza con nuevos elementos una vieja comprensión de nuestro Estado Autonómico, que me atrevo a señalar con el adjetivo “unitario”³. Si el problema no

3. El lector habrá percibido que hago mío, salvando lógicamente las distancias, el juego de palabras que utilizó K. Hesse hace años para describir el funcionamiento del federalismo alemán. Una versión en castellano de su trabajo “El federalismo unitario” se puede consultar en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 6, 2006.

existe y es fruto de una presunción, me corresponde ofrecer una visión alternativa, labor a la que me dedico en el epígrafe V. Finalmente, añado una pequeña conclusión.

II. “Incorporación del Derecho europeo al ordenamiento jurídico español” y las relaciones entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas. El análisis del Consejo de Estado y sus sugerencias

Interesa ahora mostrar con la mayor claridad posible la descripción y las sugerencias que realiza el Consejo de Estado en el estudio de los problemas suscitados por la incorporación del derecho europeo, en especial en lo relativo a nuestra estructura territorial. Pero conviene antes de nada recordar cómo formula el Gobierno la consulta, y ahí lo mejor es apoyarnos en una cita textual del Informe: “... se apuntan las modificaciones y ajustes necesarios, para en términos de la consulta formulada por el Gobierno, «garantizar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones generales derivadas del Derecho comunitario en la elaboración de las normas españolas, con especial atención a las necesidades de coordinación interministerial en este ámbito» y para articular «las formas y procedimientos que aseguren la incorporación de las concretas obligaciones, derivadas de las normas de derecho europeo que así lo necesiten, en los plazos fijados a este respecto». En particular, dichos ajustes y modificaciones deben permitir la reducción de los plazos invertidos en la elaboración y aprobación de la correspondiente norma de transposición y reforzar las técnicas que garanticen una correcta incorporación de la norma comunitaria” (p. 106).

El máximo órgano consultivo adopta una triple perspectiva al abordar esta tarea. En la denominada subjetiva, estudia la situación del “Gobierno y la Administración del Estado”, retomando gran parte de las valoraciones realizadas en los epígrafes anteriores del Informe; analiza también la posición de las “Comunidades Autónomas”, y concluye, en el apartado más importante para este trabajo, con el análisis de la “necesaria interrelación entre el Estado y las Comunidades Autónomas: problemas de resolución de competencias, de organización y de resolución de conflictos” y las “propuestas para racionalizar la distribución de competencias, para potenciar la coor-

dinación y para reforzar la garantía del adecuado cumplimiento de las obligaciones de transposición". Más adelante continúa con la "perspectiva objetiva", en la que básicamente se indaga la fuente adecuada y la técnica normativa idónea para la correcta transposición. Y se termina el epígrafe IV prestando atención a la "perspectiva dinámica", donde se señalan las condiciones que deben mejorar necesariamente la transposición (elaboración de una memoria, de un informe de conformidad con el derecho europeo, aportación de la documentación necesaria, etc.).

Puesto que la atención de este trabajo se vuelca sobre la incidencia del Estado autonómico en la incorporación del derecho europeo, es la perspectiva subjetiva la que atrae toda la atención. En ella el Consejo de Estado parte de "tres ideas básicas" (p. 106). La primera señala que "el ordenamiento español es un ordenamiento fuertemente descentralizado, tanto a nivel político como en el plano jurídico, lo que introduce un importante factor de complejidad que ha de tener reflejo en cualquier planteamiento o propuesta". La segunda indica que "la noción de relaciones internacionales ha experimentado una evolución gradual en un doble sentido: ... hacia la diferenciación de ciertas relaciones de índole internacional que no están sustraídas a la esfera de decisión autonómica; por otro lado, hacia la diferenciación de las relaciones comunitarias respecto de las demás relaciones internacionales... Ello tiene su reflejo no sólo a efectos de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, sino también en cuanto a posibles propuestas en relación al modelo organizativo". Y, finalmente, como tercera idea, "dentro de la dualidad de la esfera estatal/esfera autonómica se reproduce en cada nivel la coexistencia de diferentes poderes normativos... hay que llamar la atención desde este momento sobre la necesidad de que las Comunidades Autónomas alumbren los mecanismos imprescindibles para garantizar en sus respectivos ámbitos el adecuado ejercicio de tales competencias". En definitiva, la proyección sobre el derecho europeo (y en términos generales sobre el derecho internacional) de la división vertical de funciones y materias intrínseca al Estado Autonómico propicia un escenario de complejidad. Y allí donde surge la complejidad es necesaria la racionalización.

Pero, ¿por qué es difícil la incorporación del derecho europeo en el marco de un Estado autonómico? Dos son los motivos, según el Consejo de Estado. Primero, "... porque el Derecho comunitario no

toma en consideración a estos concretos efectos de incorporación de sus normas a los ordenamientos internos, la compleja estructura territorial que pueden tener sus Estado miembros (el Estado español aparece, así, como el único sujeto responsable ante la Unión Europea en relación con la transposición o el complemento de las normas comunitarias que lo requieran y con la ejecución del Derecho comunitario en España y su cumplimiento)” (p. 112). Esta razón podría explicarse como una suerte de asimetría entre la responsabilidad por incumplimiento –unificada por el derecho europeo en la persona jurídica del Estado– y la responsabilidad de incorporación –diversificada por el derecho constitucional estatal–. El segundo motivo de dificultad se explica “... porque en la distribución constitucional no hay previsiones específicas para incorporar y ejecutar normas comunitarias ni acerca de la resolución de eventuales discrepancias” (p. 112). En este caso, es la omisión constitucional la que origina incertidumbre en la incorporación del derecho europeo.

Sin embargo, la complejidad subrayada por el Consejo de Estado parece desvanecerse inmediatamente, al declarar que: “En la práctica, la labor de transposición es asumida generalmente por el Estado y no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas. Diversas son las razones que lo explican y que, en último término, expresan la convicción de que la regulación material, con independencia de quién sea el autor de la transposición y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma” (p. 113)⁴. Llegados a este punto, es inevitable que el lector padezca una mínima alteración, pues si la complejidad es el problema, pero esta complejidad no existe en la práctica por una simplificación *de facto* –el Estado asume la responsabilidad de transposición, independientemente de la distribución competencial–, entonces, el verdadero interrogante sería saber por qué la Constitución no vuelca su normatividad en la incorporación del derecho europeo. En el siguiente epígrafe nos detendremos sobre esta paradoja. Ahora basta con señalar que la complejidad aducida por el Consejo de Estado es meramente normativa, pero no práctica, ya que se resuelve en su camino hacia la conversión de la disposición jurídica en norma.

4. No menos interés tiene la nota número 71 de la p. 113 del Informe, en la que se rebaja la incidencia práctica de las Comunidades Autónomas en la transposición del derecho europeo.

El Consejo de Estado, pese a esta aparente contradicción, continúa estudiando con pulcritud argumentativa la necesaria interrelación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A estos efectos se concentra primordialmente en la distribución competencial, siempre a la luz de una razón última, la responsabilidad del Estado español independientemente de quién origine el incumplimiento. Por lo que afirma que “cabría pensar en la posibilidad –como se apunta en alguna de las previsiones de los Estatutos antes mencionadas, como el artículo 189.2 del Estatuto catalán y el artículo 109 del Estatuto balear– de que, viéndose afectado el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas por la existencia misma de una normativa europea de alcance general, se haga imprescindible la aprobación de una normativa básica o armonizadora por parte del Estado –incluso referida a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, según reconoce expresamente algún Estatuto–, como denominador común a respetar por todas las regulaciones” (p. 116)⁵. Como se ve, quisiera el máximo órgano consultivo que el Estado central, en aras a la “necesaria interrelación”, fuese titular de una competencia general que, dejando espacio a las Comunidades Autónomas, le permitiese afrontar la transposición del derecho europeo. No obstante, pese a la predisposición del Consejo de Estado hacia una solución de este tipo, es plenamente consciente de su dificultad: “Sin embargo, en la actualidad no existe previsión normativa alguna que, de modo expreso y directo, contemple esa posibilidad” (p. 117)⁶. Con todo, es evidente que el Consejo de Estado, en sus sugerencias, pugna por esbozar soluciones que de modo implícito e indirecto logren dotar al Estado central de instrumentos sufi-

5. El estudio de los nuevos Estatutos admite todavía una amplia gama de propuestas interpretativas. No creo, sin embargo, que la interpretación que propone el Consejo de Estado para los Estatutos catalán y balear sea la más acertada. La referencia a las “medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar” (Estatuto catalán) o “en el caso de que sea ineludible realizar la transposición del derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva por normas estatales, por el hecho de que la norma europea tenga un alcance superior al de la Comunidad Autónoma” (Estatuto balear), se refiere seguramente a los procedimientos administrativos de colaboración que en ocasiones regula el derecho europeo y que suelen imponer la existencia de una autoridad única en la interlocución con la Unión. Pero tengo serias dudas de que, como sostiene el Consejo de Estado, estos preceptos puedan interpretarse al modo de habilitaciones competenciales a favor del Estado para establecer un común denominador normativo en regulaciones materiales.

6. Por ello se entiende que en la p. 123 y ss. del Informe sobre Modificaciones de la Constitución, el Consejo de Estado reflexionara en clave de reforma constitucional sobre este poder de sustitución del derecho autonómico.

cientes para disponer en términos prácticos de un poder general en la incorporación del derecho europeo. A este fin se avían esencialmente sus recomendaciones del recurso a las leyes de armonización y a un mecanismo que permita temporalmente la sustitución de la potestad normativa autonómica cuando no se ha ejercitado en el plazo previsto por la normativa comunitaria, todo ello preferiblemente en el seno de una "ley general de aplicación de todas las Comunidades Autónomas y que marcara líneas de actuación y eventual solución" (p. 125)⁷.

El círculo argumentativo del Consejo de Estado, orientado a perfeccionar indirectamente una competencia general de incorporación en manos del Estado central, se cierra con una afirmación contundente sobre el carácter irrelevante de la cooperación en el proceso de incorporación del derecho europeo: "En definitiva, no se percibe la necesidad –y menos de modo perentorio– de aconsejar en este momento la creación, al menos con carácter general, de una instancia específica en la que se decidiera sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; no es perturbador, sino razonable y útil, el mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición (en coherencia, por lo demás, con su posición de único responsable ante las instancias comunitarias)" (p. 113). Pero más allá del juicio que le merecen al Consejo de Estado los mecanismos de cooperación en la incorporación del derecho europeo, es igual de importante subrayar cuál es la circunstancia jurídica que permite al máximo órgano consultivo realizar una declaración tan particular: "Por lo mismo, tampoco es objetable que un eventual desacuerdo entre Estado y Comunidades Autónomas acerca de la competencia para transponer se someta *a posteriori*, mediante el planteamiento del correspondiente recurso o conflicto, al Tribunal Constitucional. De esta forma, ante la Unión Europea se habría cumplido con la tarea de incorporación, aunque internamente penda, en sede de revisión constitucional, la dilucidación del desacuerdo existente" (p. 120). Así las cosas, el Consejo de Estado aplica a la incorporación del derecho europeo uno de los axiomas prácticos de nuestro Estado autonómico, por el cual el

7. Pese a la falta de concreción respecto a los contenidos de esta ley "de general aplicación a todas las Comunidades Autónomas", resulta imposible no encontrar en este tipo de ley una melancólica evocación del espíritu de la LOAPA. Entiendo que huelga cualquier comentario sobre la dudosa constitucionalidad de las leyes que tienen por objeto ordenar el modo de ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas.

Estado central se vale de la suspensión cautelar por el Tribunal Constitucional del Derecho autonómico, para imponer en el corto y medio plazo su interpretación de la distribución competencial. Dicho de otro modo, el Estado no necesita la cooperación porque cuenta con la ventaja de saber que ante un hipotético conflicto su normativa gozará de plena eficacia, mientras que la normativa autonómica será suspendida. En definitiva, el Estado central gozaría de un poder general para incorporar el Derecho europeo.

III. ¿Cuál es el verdadero problema que motiva las sugerencias del Consejo de Estado?

La simple exposición de los argumentos y sugerencias del Informe muestra una aparente contradicción entre las conclusiones y la descripción que realiza el Consejo de Estado. Recordemos que por un lado se aborda la “necesaria interrelación entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (p. 116 y ss.) y que, en consecuencia, se realizan “propuestas para racionalizar la distribución de competencias, para potenciar la coordinación y para reforzar la garantía del adecuado cumplimiento de las obligaciones de transposición”. Es inevitable, por tanto, que el lector busque en el Informe el único estado de cosas que puede justificar las sugerencias del máximo órgano consultivo: el constante incumplimiento del Reino de España motivado por la mala praxis de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el lector no hallará en ninguna de las páginas del Informe hecho, prueba o argumento alguno que pueda imputar a las Comunidades Autónomas una singular y especial responsabilidad que motive el esfuerzo por explorar mecanismos –la Ley de Armonización o el poder de sustitución temporal– encaminados a construir indirectamente un poder general del Estado central para incorporar el Derecho europeo. Es menester decirlo con claridad cuanto antes: las sugerencias del Consejo de Estado en lo atinente a la relación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas son una impostura, pues se construyen sobre una realidad inexistente, sobre una mera leyenda –el efecto perturbador de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo y la consecuente responsabilidad del Estado español por incumplimiento–⁸.

8. La doctrina se inclina hacia otra perspectiva totalmente distinta. Considera que el verdadero problema de la incorporación es la utilización expansiva de las competencias transversales del Estado central en la incorporación del Derecho europeo, hasta el punto de

Esta conclusión se corrobora con una revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto con el repaso de los recursos por incumplimiento. Tomemos simplemente las sentencias declarativas del incumplimiento del Reino de España desde el año 2005⁹. Ofrecen un repertorio de ilícitos motivados exclusivamente por la actuación del Estado central. Principalmente, se trata de vulneraciones de las obligaciones estipuladas en Directivas, sea por errónea o insuficiente transposición. Así ocurre en materia de derecho de sociedades (C-330/06, de 18 de diciembre de 2008; C-44/06, de 3 de abril de 2008), en el reconocimiento de títulos educativos (C-286/06, de 23 de octubre de 2008; C-137/07, de 16 de octubre de 2008; C-39/07, de 8 de mayo de 2008; C-514/03, de 26 de enero de 2006); en propiedad intelectual (C-36/05, de 26 de octubre de 2006); en cuestiones relativas a los visados (C-503/03, de 31 de enero); o en materia de IVA (C-204/03, de 6 de octubre de 2005). E incluso encontramos obstáculos a la libre circulación de medicamentos producto de una mera actuación administrativa (C-88/07, de 5 de marzo de 2009).

No faltan en este periodo, lógicamente, incumplimientos imputables en exclusiva al Derecho autonómico. Sucede así en materia de ejecución medioambiental (C-186/08, de 18 de diciembre de 2007; C-35/04, de 28 de junio de 2007; C-26/04, de 15 de diciembre de 2005; C-135/04, de 9 de junio de 2005); en ayudas de estado en forma de "vacaciones fiscales" (C-177/06, de 20 de septiembre de 2007; C-485/03, de 14 de diciembre de 2006); en cuestiones relativas a la contratación pública (C-323/03, de 9 de marzo de 2006); y en temas relacionados con la protección de consumidores (C-135/03, de 14 de julio de 2005). Pero también encontramos incumplimientos, que, siendo imputables a las Comunidades Autónomas, en una lectura detenida de la Sentencia se percibe que el ilícito radica ya en la normativa estatal de la que trae causa (C-121/03 y C-416/02, ambas de 8 de septiembre de 2005).

reducir la posibilidad de ejercer las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Para un repaso general de esa crítica véase J.A. Montilla Martos, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, CEPCO, 2005, p. 163.

9. La doctrina ya había señalado, también en un análisis jurisprudencial, que la posición de las Comunidades Autónomas no suponía perturbación alguna digna de ser reseñada. Véase en este sentido A. Mangas Martín, "La aplicación del Derecho comunitario por las CCAA: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE", en *Comunidades Autónomas y Comunidades Europeas. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, 1991; y, D. Ordóñez Solís, "La recepción del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español", en *Noticias de la Unión Europea*, 125, 1995.

Este análisis de casi un lustro de las declaraciones de incumplimiento del Reino de España funda algunas conclusiones importantes. Primero, que el caso español no es un ejemplo de incumplimiento contumaz, de olvido absoluto del Derecho europeo, ni cuantitativa ni cualitativamente. Ahora bien, en la medida que “incumplir mucho o poco” es siempre un criterio relativo según el patrón que se tome (y que ciertamente se debería aspirar al menor incumplimiento), importa sobre todo lo segundo, esto es, el tipo de incumplimiento. En este sentido, lo interesante es que el ilícito se debe en la mayoría de los casos a una transposición errónea o insuficiente y no, lo que entonces sí sería grave, a una simple ausencia de transposición. Es decir, el Estado español intenta responder a su deber de incorporación del Derecho europeo, aunque en ocasiones su interpretación del cumplimiento correcto o suficiente no es compartida por la Comisión y el Tribunal de Justicia. Esta primera conclusión no significa que los instrumentos para la incorporación del Derecho europeo sean perfectos. Es más, difícilmente se puede discrepar con algunas de las sugerencias del Consejo de Estado, que, tomadas en serio, mejorarían las técnicas de incorporación. Lo que parece cierto, sin embargo, es que no existe un problema estructural en la incorporación del Derecho europeo que motive propuestas de transformación profunda.

La segunda conclusión, de nuevo a la luz del repaso jurisprudencial, permite afirmar –lo cual es especialmente importante para este trabajo–, que la intervención de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo no refleja ninguna perturbación singular. Su incumplimiento es cuantitativamente inferior al del Estado central y, cualitativamente, se trata, al igual que el del Estado central, de un incumplimiento a resultas de transposiciones incompletas o erróneas, en ocasiones con causa en el propio derecho estatal, y en la mayoría de los casos en forma de acto ejecutivo, lo cual facilita una restitución mucho más veloz que la del Estado central, que a menudo requiere una modificación legislativa. En definitiva, ni el cumplimiento de las Comunidades Autónomas tiene una naturaleza patológica –simple ausencia de transposición–, ni supera cuantitativamente el incumplimiento del Estado central¹⁰. No es posible, por

10. Cuestión distinta sería plantearse si el mayor incumplimiento del Estado es fruto de su tendencia a ocupar los espacios propios de las Comunidades Autónomas en el proceso de incorporación del Derecho europeo. No obstante, incluso si fuese así, quedaría indemne la idea de que el Estado no ejerce necesariamente sus competencias “ma-

tanto, seguir sosteniendo que las Comunidades Autónomas dificultan u obstaculizan la incorporación del Derecho europeo, y que tal dificultad sólo se puede suplir con un poder general del Estado central. No existiendo el problema, la solución carece de sentido¹¹.

Pero es que además, si los hechos desbaratan la supuesta existencia del problema que teje los fundamentos y las sugerencias del Informe, es oportuno recordar que el propio Consejo de Estado implícitamente reconoce que se trata de un problema hipotético. En efecto, como ya vimos, el Consejo no tiene empacho en afirmar que: "En la práctica, la labor de transposición es asumida generalmente por el Estado y no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas. Diversas son las razones que lo explican y que, en último término expresan la convicción de que la regulación material, con independencia de quién sea el autor de la transposición y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma" (p. 113). Es este, sin duda, un párrafo crucial en el Informe. ¿Si el problema no existe, qué sentido tiene analizar la "necesaria interrelación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas" o sugerir mecanismos tan relevantes como la Ley de Armonización o un poder de

terialmente" mejor que las Comunidades Autónomas en todo lo relativo al Derecho europeo.

11. Es bien cierto, no obstante, que el problema de la posibilidad de un derecho estatal supletorio o de desplazamiento transitorio del derecho autonómico en la incorporación del derecho europeo ha estado desde el principio presente en la doctrina. Se planteaba ya en el libro de P. Pérez Tremps, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Ministerio de Justicia, 1987, p. 193 y ss. En este sentido también F. Ruiz Ruiz, "La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo", *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 51, 1997. El debate se ha mantenido vivo con mayor o menor intensidad, siempre a la luz de la influencia del derecho comparado y bajo la sombra del juego de la supletoriedad. Para una revisión general del debate J.F. Sánchez Barriolao, "La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas", *Rev. de Derecho Constitucional Europeo*, 1, 2004; y, J.A. Montilla Martos, p. 267 y ss.

Sin duda, existe el problema del incumplimiento puntual por parte de las Comunidades Autónomas y esto ha llevado a parte de la doctrina, así como al Consejo de Estado en su Informe sobre modificaciones de la Constitución, a reflexionar sobre la oportunidad de prever constitucionalmente un poder de sustitución del derecho autonómico en manos del Estado central. En mi opinión este tipo de propuesta sólo es políticamente aceptable (e incluso desde el punto de vista lógico) si paralelamente se plantea las posibilidades de actuación de las Comunidades Autónomas frente al incumplimiento del Estado central. De lo contrario, nos encontraríamos con una pregunta de difícil solución, ¿cómo justificamos la sustitución de las Comunidades Autónomas y no del Estado? ¿Tiene algún carácter especial el incumplimiento del Estado?

sustitución para asegurar el cumplimiento del Derecho europeo? El Consejo de Estado lo aclara en el párrafo siguiente: "Las reformas estatutarias y la mayor intensidad de la acción comunitaria, sin embargo, hacen imprescindible una reflexión ulterior acerca de la interrelación entre el nuevo contexto comunitario europeo y el esquema constitucional de competencias..." (p. 113). He aquí, por tanto, la verdadera preocupación del Consejo de Estado: las reformas estatutarias.

En verdad, al Consejo de Estado le preocupa el riesgo de que estas reformas alteren un estado de cosas que en el caso de la incorporación del Derecho europeo supone *de facto* una suerte de poder general del Estado central para la transposición. En este sentido son rotundas y demoledoras las palabras del Informe en las que se nos explica por qué no es preciso un mecanismo que preventivamente resuelva las posibles discrepancias competenciales. Recordémoslas: "... no es perturbador, sino razonable y útil, el mantenimiento de la práctica y usos en cuya virtud el Estado desempeña un papel primario en la labor de transposición... Por lo mismo, tampoco es objetable que un eventual desacuerdo entre Estado y Comunidades Autónomas acerca de la competencia de transposición se someta *a posteriori*, mediante el planteamiento del correspondiente recurso o conflicto, al Tribunal Constitucional. De esta forma ante la Unión Europea se habría cumplido la tarea de incorporación, aunque internamente penda, en sede de revisión constitucional, la dilucidación del desacuerdo existente" (p. 120).

Este párrafo muestra a las claras que las circunstancias que fundan el "papel primario del Estado central" es el resultado de meras "prácticas y usos", que consisten en la utilización de la competencia estatal (normalmente de la competencia básica) para realizar la transposición y, a la vez, de la facultad de provocar, con el recurso ante el Tribunal Constitucional, la suspensión de la normativa autonómica. Tal binomio –producción normativa del Estado más suspensión de la normativa autonómica– es bien sabido que ha provocado en la "práctica" un domino efectivo a corto y medio plazo del Estado central (y no del Tribunal Constitucional) sobre la delimitación de las competencias distribuidas constitucionalmente. No extraña, por tanto, que las reformas estatutarias busquen la inclusión de mecanismos que reconduzcan "la práctica" a la normalidad constitucional, esto es, a un ejercicio leal de las competencias constitucionales, y lograr así la su-

peración de un estado de cosas que debilita los fundamentos constitucionales de nuestro Estado autonómico¹².

Las reformas estatutarias, en lo referido a la incorporación del Derecho europeo, han tratado de incluir tres sencillas reglas orientadas a frenar la expansión ilimitada del poder normativo del Estado¹³. Primera, reiterar la regla general subrayada en la jurisprudencia constitucional, por la cual el fenómeno de la incorporación del Derecho europeo no puede alterar la distribución constitucional de competencias. Haciendo hincapié en otro de los ámbitos de dilatación del poder central, la segunda regla estipula que la intervención estatal con medidas supraautonómicas en materia competencia de las Comunidades Autónomas debe ocurrir sólo cuando sea exigencia del Derecho europeo, no pueda solventarse con mecanismos de cooperación y tras la debida consulta. Finalmente, la tercera regla, que también incide en una zona de ensanchamiento del Estado central, recuerda que allí donde la norma europea cubre el espacio propio de lo básico, las Comunidades Autónomas pueden ejercer su competencia sin necesidad de actuación del Estado central. Son estas, en definitiva, las reglas que hacen que el Consejo de Estado se plantee el carácter "imprescindible" de "una reflexión ulterior". Sin embargo, la reflexión ulterior no va encaminada a pensar sobre las sugerencias precisas para que el Estado central definitivamente acote su inclinación expansiva en la incorporación del Derecho europeo y se reconduzca a los márgenes de lo constitucionalmente adecuado. Al contrario, el Consejo de Estado apuesta decididamente por sugerir mecanismos que, frente a las reformas estatutarias, consoliden e incluso refuercen la posición del Estado central, asegurándole un poder general en la incorporación del Derecho europeo. El problema no es que las Comunidades Autónomas perturben la correcta incorporación del Derecho europeo, la verdadera cuestión que preocupa al Consejo de Estado es que las reformas estatutarias pue-

12. Por todos, C. Viver Pi-Sunyer, "En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicamente delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico constitucional", en *La reforma del Estatuto de Autonomía*, CEPC, 2005.

13. Para un primer acercamiento a esta cuestión P. Pérez Tremps, "La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Cataluña", en *Estudio sobre la Reforma del Estatuto*, Institut d'Estudis Autonòmics, 2004, en especial la conclusión de la p. 386. También, J.A. Montilla Martos, "La aplicación del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas", en *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, director F. Balaguer, Instituto Andaluz de Administración pública, 2007.

dan definitivamente finiquitar la existencia del Estado autonómico *unitario*.

IV. La Precomprensión del Consejo de Estado: el Estado autonómico *unitario*

El Estado autonómico *unitario* es un viejo conocido de nuestra dogmática. Se formula en los inicios de la andadura constitucional como un modelo de organización territorial en el que la descentralización política y jurídica que propicia la creación de las Comunidades Autónomas se compensa con la existencia permanente de un ordenamiento central completo, que regula todas las materias, incluso aquellas constitucionalmente atribuidas a las Comunidades Autónomas. De este modo, vivirán en paralelo un incipiente sistema jurídico de naturaleza federal, que requiere la correlación, organizada por principios constitucionales, entre el ordenamiento del Estado central y los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, y un sistema jurídico de tipo unitario, en el que el derecho creado por el Estado central asegura la compleción del conjunto jurídico. En definitiva, la coherencia del sistema estaría doblemente garantizada. De un lado, a través de las normas constitucionales que distribuyen competencias y resuelven las posibles antinomias entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico. De otro lado, reconociendo al Estado central, como si se tratase de una Constitución sin pluralismo territorial, un poder general de producción normativa, que daría en todo momento y de forma subsidiaria plenitud al sistema jurídico¹⁴.

Este modelo de Estado autonómico *unitario* se ha sostenido en virtud de tres piezas que no están expresamente previstas en la Constitución. La primera sería la concepción material de la normativa básica. Es verdad que esta técnica surgió precisamente para asegurar el espacio propio de las Comunidades Autónomas ante un derecho estatal, que por el origen unitario del Estado, se volcaba sobre todas las

14. Para una comprensión general de los rasgos de este modelo en su devenir histórico véase F. Caamaño Domínguez, "El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales", en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 12-13, 2001; y J.L. Requejo Pagés, "El Estado autonómico: ¿un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del derecho estatal en la STC 61/1997", en *Cuadernos de Derecho público*, 1, 1997.

esferas susceptibles de regulación. Pero salvado este instante inicial, el concepto material de lo básico y su *mantra* del “mínimo común normativo” han sido utilizados sin recato para extender la uniformidad del Derecho del estado allí donde, en principio, la Constitución esperaba un cierto grado de diversidad normativa. No en vano, los topes formales, en especial la preferencia de ley, suelen excepcionarse hasta el punto de poner en tela de juicio su verdadero vigor¹⁵. En definitiva, esta vocación por extender la uniformidad de las normas respondería, siquiera de manera latente, a uno de los clásicos prejuicios en el análisis de los Estados de matriz federal: la diversidad normativa conduce a la desigualdad.

La segunda pieza, que ha sido constantemente descrita por nuestra doctrina, consistió en la utilización de la cláusula de supletoriedad como un título competencial universal a favor del Estado central. Es verdad que la existencia de un ordenamiento central completo fue inicialmente una imperiosa necesidad práctica, puesto que mientras algunas Comunidades Autónomas asumían y desarrollaban sus competencias propias, otras Comunidades Autónomas se encontraban en proceso de formación e incluso tardarían en asumir y desarrollar plenamente sus competencias. Es decir, en tanto existió una crasa asimetría competencial, la función supletoria del Derecho del estado era vicaria de su función principal de normación de aquellas materias en las que todavía conservaba una competencia directa, aunque no estuviese destinada a todo el territorio del Estado. Sin embargo, esa circunstancia aparentemente transitoria, mutó en condición natural, de modo que el Estado, incluso cuando ya carecía de competencia por la asunción plena de las Comunidades Autónomas de una determinada materia, continuó generando un ordenamiento completo fruto exclusivo de un título competencial universal¹⁶. Se salvaba así otro de

15. Como resumen de la denuncia J. García Morillo, “La versatilidad de lo básico”, *Rev. de Administración Pública*, 139, 1996; y J.A. Montilla Martos, “Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico”, *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 68, 2003. Bien es cierto, que existen trabajos relevantes que defienden la flexibilidad de lo básico, al respecto L. Ortega, “Legislación básica y Estatutos de Autonomía”, en especial p. 45 y ss.; y J.J. Solozábal Echavarría “La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto”, en especial pp. 77 y ss. Ambos en *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, 2006.

16. La comprensión del uso de la supletoriedad como título competencial universal sigue encontrándose en I. Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 2ª edición, séptima reimpresión, 1999, p. 283. Para un repaso de la evolución del principio de suple-

los clásicos prejuicios con los que se mira a las estructuras federales: la existencia de diversos órganos productores de Derecho puede provocar omisiones normativas, esto es, que el sistema jurídico no sea completo.

La facultad a favor del Gobierno central de suspender toda medida autonómica (sea normativa o ejecutiva) con su recurso ante el Tribunal Constitucional, extendida por la Ley Orgánica del citado tribunal, ha sido la tercera pieza sobre la que se ha construido el Estado autonómico *unitario*¹⁷. La suspensión por vía jurisdiccional de la eficacia del Derecho autonómico supone en verdad la preferencia aplicativa del Derecho estatal en todo caso, al ser el único vigente, hasta que la Comunidad Autónoma logre justificar en el Tribunal Constitucional la conformidad de su derecho con la distribución competencial. Más aún, declarada la licitud constitucional, el Derecho autonómico recobraría su eficacia, pero el estatal no la perdería gracias al sostén de la cláusula de supletoriedad. Se ha señalado que estas circunstancias provocaban una anomalía constitucional, por la cual al Derecho del estado le bastaba con ser producido para ser válido, siendo una cuestión ulterior determinar si su eficacia sería directa o supletoria, mientras que el Derecho autonómico habría de ser primeramente constitucional, para luego poder ser eficaz¹⁸. En definitiva, este desequilibrio que fructificaba, como ya se ha dicho, en la preferencia aplicativa del Derecho del Estado, quería salvar otro

toriedad véase P. Biglino Campos, "La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 50, 1997; F. Balaguer Callejón, "Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de la supletoriedad", en *Revista de Derecho Político*, 44, 1998; J.F. Sánchez Barrilao, "La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal", en *Revista de Estudios Políticos*, 99, 1998; y, recientemente, J. Tajadura Tejada, "La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 2006.

17. Calificada directamente como instrumento de control del Estado sobre el Derecho autonómico, que sólo en su hipótesis de alzamiento parece cobrar tintes de medida cautelar, como indica en una descripción del estado de cosas F. Medina Guerrero, "Comentario al artículo 30", en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinador J.L. Requejo Pagés, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 447 y ss.; y 451 y ss. También se marca esa evolución en el análisis de J. García Roca, "Comentario al artículo 65.2", en la misma obra. Desde una perspectiva crítica, analizando las consecuencias sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas, R. Jiménez Asensio, *La Ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes*, Marcial Pons, 2001, p. 71 y ss.

18. F. Caamaño Domínguez, p. 94.

de los típicos prejuicios frente a las estructuras federales: el riesgo de que la concurrencia de diversos poderes de producción normativa cause antinomias.

El miedo a la desigualdad, al vacío normativo y a la antinomia operó como un factor determinante en la construcción jurídica del Estado autonómico *unitario* durante la fase de formación de nuestra praxis territorial. En un momento de transición, en el que se proyectaban todavía las precomprensiones forjadas en la tesitura de un Estado unitario, podía justificarse la búsqueda de la coherencia del ordenamiento y la consiguiente seguridad jurídica a través de la existencia continua de un derecho completo y uniforme, el del Estado central. Ahora bien, paulatinamente hemos visto cómo se deshacían estas precomprensiones abriendo el espacio a un nuevo paradigma, llamémoslo federal, que explica la coherencia del sistema jurídico no ya por la existencia de un derecho uniforme nacido de un productor de competencia universal, sino que concibe esa coherencia como resultado de la aplicación de regulaciones procedentes de productores diversos, que se armonizan gracias a varios principios constitucionales. Lo importante es la coherencia en el resultado aplicativo, es decir, la pluralidad proyectada y resuelta sobre un caso concreto.

Esta circunstancia explica también que paulatinamente y desde frentes diversos se hayan ido deconstruyendo las tres piezas del Estado autonómico *unitario*. La cláusula de supletoriedad como título competencial universal, criticada con crudeza por la doctrina y desbaratada definitivamente por el Tribunal Constitucional. La revisión de la suspensión cautelar, tímidamente modulada por el Tribunal Constitucional. Y, finalmente, el intento de contener la *vis* expansiva de la normativa básica, denunciada por la doctrina, y que encuentra su envés en las reformas estatutarias, tanto en el intento de articular los tipos de competencia, como, sobre todo, en la traslación a los Estatutos de la jurisprudencia constitucional sobre cada materia concreta. Ahora bien, dada la pérdida de sentido de la transitoriedad que dio lugar al Estado autonómico *unitario*, ¿cuál es el fundamento que justifica su recuperación por el Consejo de Estado? ¿Qué forma, con qué piezas, se escenifica nuevamente ese Estado autonómico *unitario*?

El fundamento aparece una y otra vez en el Informe: la responsabilidad única del Estado ante el incumplimiento del Derecho europeo (por ejemplo, pp. 112, 119). Sin embargo, el Consejo no va mucho

más allá del uso retórico de este fundamento, sin explicar detenidamente por qué un instrumento de Derecho europeo (y de origen internacional) debe justificar la alteración sustancial de los mecanismos constitucionales de organización territorial del Estado. Ciertamente, la responsabilidad por incumplimiento es única. Pero, como ya he intentado señalar, no existen datos fácticos que demuestren un mayor incumplimiento de las Comunidades Autónomas digno de provocar una reflexión sobre la modificación de nuestra organización constitucional ante los retos del Derecho europeo. Además, intentaré hacerlo ver en el siguiente epígrafe, la responsabilidad del Estado por incumplimiento es un instrumento más entre los varios posibles destinados a garantizar la eficacia de la normativa de la Unión. Habría que estar, por tanto, a una valoración más amplia del conjunto de medios que ofrece el Derecho europeo para constatar si la responsabilidad por incumplimiento es la categoría exclusiva sobre la que debe girar el ordenamiento constitucional a la hora de articular la relación del Derecho interno con el europeo. No existe, finalmente, en la argumentación del Consejo de Estado razón alguna que explique la conversión de la responsabilidad única en dotación a favor del Estado central de instrumentos adicionales en detrimento de las Comunidades Autónomas¹⁹. Este tipo de equivalencia –responsabilidad única del Estado, acrecimiento de instrumentos del Estado central– pasa por alto algunos datos relevantes. Primero y principal, que las Comunidades Autónomas también son “Estado”. La Unión Europea imputa la responsabilidad del cumplimiento al “Reino de España”, del que forman parte en igualdad institucional tanto el Estado central como las Comunidades Autónomas. Así, la responsabilidad sería del Estado total diseñado por la Constitución y compuesto por el Estado central y las Comunidades Autónomas²⁰. Esta distinción dogmática debería ser suficiente para concluir que la responsabilidad por incumplimiento no es del Estado central, por lo que aventurar una equivalencia entre responsabilidad y medios para el cumplimiento a favor del Estado

19. De alguna manera esta operación ya se intentó, sin éxito, en los albores de la integración española en las Comunidades. Me refiero principalmente a los esfuerzos por justificar una competencia general de incorporación a favor del Estado sostenida sobre el art. 149.1.3, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre relaciones internacionales.

20. Por otro lado, aunque la teoría del Derecho internacional imputa la responsabilidad al Estado, no tiene ninguna dificultad en distinguir la sofisticación del elemento subjetivo del ilícito internacional, por ejemplo, A. Remitro Brotóns y otros, en *Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 748 y ss.

central es una visión estrecha. Las Comunidades Autónomas son Estado y a ellas corresponde, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, la incorporación del Derecho europeo y, en su caso, arrostrar con las consecuencias que puedan derivarse de la declaración de incumplimiento. No en vano, con pleno acierto, el Consejo de Estado defiende la generalización de una sencilla medida de Derecho interno, establecida ya sin problemas en algunos ámbitos, que traslada la responsabilidad a las Comunidades Autónomas cuando el incumplimiento es imputable a alguna de ellas²¹.

Otro dato relevante que se pasa por alto tiene que ver con la crisis del viejo dogma del Derecho europeo, importado del Derecho internacional, por el cual el cumplimiento de las obligaciones comunitarias sería indiferente a la organización territorial del Estado (presente también con mucha fuerza en el Informe del Consejo de Estado). La configuración de autonomías político-constitucionales en el seno de un Estado miembro sí es determinante a la hora de evaluar el cumplimiento del Derecho europeo, en especial, a la hora de fijar el parámetro de comparación en el análisis del carácter discriminatorio de las medidas estatales. La descentralización legislativa es doblemente importante, sea porque el propio derecho europeo exige la descentralización –por ejemplo, en materia agrícola²²–, o sea porque la

21. Véase así, por ejemplo, la Disposición final cuarta del Proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

Disposición final cuarta. Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento.

Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquélla, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada.

No obstante, sería conveniente establecer una cláusula general, seguramente en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que no fuese necesario en cada ley estipular una regla de distribución de responsabilidad.

22. Merece la pena recordar las Conclusiones de la Abogada General al asunto C-428/07, Horvath, de 3 de febrero de 2009, donde se declara que: “Lo mismo debe aplicarse (se refiere a la existencia de distintas normas nacionales para la incorporación del Derecho europeo) cuando las normas nacionales de Derecho constitucional de un Estado miembro

descentralización de naturaleza constitucional marca el parámetro desde el que valorar si se ha producido discriminación –por ejemplo, en materia fiscal²³–.

Así las cosas, y más allá del discutible fundamento que sostiene el Informe, la renovación del Estado autonómico *unitario* se proyectaría esencialmente a través de dos piezas. La primera consistiría en mantener el recurso ante el Tribunal Constitucional como instrumento para la preferencia aplicativa. Ya he citado en varias ocasiones el extracto donde el Consejo de Estado afirma sin ambages “Por lo mismo, tampoco es objetable que un eventual desacuerdo entre Estado y Comunidades Autónomas acerca de la competencia para transponer se someta *a posteriori*, mediante el planteamiento del correspondiente recurso o conflicto, al Tribunal Constitucional. De esta forma, ante la Unión Europea se habría cumplido con la tarea de incorporación aunque internamente penda, en sede de revisión constitucional, la dilucidación del desacuerdo existente” (p. 120). Una vez más, el Estado central gozaría del privilegio de suspender la aplicación del Derecho autonómico hasta la sentencia del Tribunal Constitucional. Pieza que se completaría con los instrumentos que sugiere el máximo órga-

establecen que distintas administraciones infraestatales tienen facultad legislativa en diversas partes del Estado miembro, sobre todo porque el Derecho comunitario, como ya se ha expuesto anteriormente, no sólo no se opone a una adaptación o aplicación descentralizada a escala regional o local, sino que, en el caso del Reglamento nº 1782/2003, incluso la exige para llevar a cabo una ejecución diferenciada de la PAC. En tal supuesto, únicamente la autoridad pública de cada parte que integra el Estado puede ser la posible fuente de discriminación.”

23. En los asuntos acumulados C-428/06 a 434/06, de 11 de septiembre de 2008, el Tribunal de Justicia declara que “No puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas” –párrafo 48 de la Sentencia– en la que continúa declarando que: “Para que pueda considerarse que una decisión se ha adoptado en ejercicio de atribuciones lo suficientemente autónomas de dicha autoridad, es necesario, en primer lugar, que desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central. Además, la decisión debe haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido. Por último, las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo nacional aplicable a las empresas localizadas en la región no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central (sentencia Portugal/Comisión, antes citada, apartado 67). Estos tres requisitos son considerados comúnmente los criterios de la autonomía institucional, la autonomía en materia de procedimiento y la autonomía económica y financiera”.

no consultivo para la construcción implícita de un poder general del Estado central en la incorporación del Derecho europeo. De un lado, la habilitación de la Ley de Armonización con una utilización “ordinaria y operativa” (p. 125), “especialmente en aquellos casos en que se vean afectadas competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas”, que podría producirse “con carácter preventivo” y cuyo interés general radicaría “en la necesidad de dar adecuado cumplimiento a la obligación de transponer las disposiciones comunitarias que requieran un complemento normativo interno y de evitar la responsabilidad del Estado español por incumplimiento” (p. 126). Herramienta que significaría simplemente abrir la espita para que el Estado central regulase, a propósito del Derecho europeo, materias que la Constitución ha atribuido a las Comunidades Autónomas. Y el mismo fin corresponde al “mecanismo que permita temporalmente el desplazamiento de la potestad normativa autonómica cuando esta no se ha ejercitado en el plazo previsto por la normativa comunitaria”. Se trataría de “una suerte de poder sustitutivo del Estado”, que el Consejo de Estado equipara sintomáticamente a los poderes del Estado central en relación con la autonomía local “en la línea del ya previsto en el régimen local”. Si bien la naturaleza del desplazamiento sería “coyuntural –... sólo se produciría si la Comunidad Autónoma no aprobara su propia norma de transposición–”²⁴ (p. 127 y ss.).

24. El indiscutible prestigio del Consejo de Estado requiere una severa cautela a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las medidas que propone. Con todo, quien ahora escribe tiene serias dudas de que la Constitución permita la utilización “ordinaria” de la Ley de Armonización, que como recordó la STC 76/83 en su fundamento jurídico 3, es necesariamente un instrumento subsidiario. Y aunque es cierto que recientemente se ha vuelto a postular su uso preventivo, considero además que sólo es constitucionalmente admisible el uso de la Ley de Armonización cuando de la regulación efectivamente existente (o de la ausencia parcial de la misma) se hace presente el interés general que reclama la armonización. Sobre la revitalización del carácter preventivo de la Ley de Armonización véase F. Pascua Mateo, “Las leyes de armonización: esbozo de una construcción dogmática”, en *Revista de Administración Pública*, 167, 2005.

También ofrece serias dudas el fundamento que sostiene la propuesta de un poder del Estado central que ocupe temporalmente el espacio del Derecho autonómico. El Consejo de Estado renuncia a recuperar la supletoriedad y parece apoyarse en el art. 93, y en las reglas 149.1.1ª y 3ª (entiendo que el caso italiano en el que se detiene el Consejo no es un argumento sino un ejemplo). Ninguno de los argumentos son convincentes, o al menos no pueden despacharse con la celeridad que utiliza el Consejo de Estado. Respecto al art. 93 parece existir un consenso generalizado de que no se trata de un precepto que atribuya competencias al Estado central (por todas STC 80/93, fj 3), sino de una disposición que habilita a la función legislativa y ejecutiva del Estado central o de las Comunidades Autónomas para adoptar las medidas que den cumplimiento a los Tratados –al respecto basta la contundente interpretación que realiza A. Remiro Brotons, “Comentario al art. 93”, en

V. Una visión alternativa: la coherencia del Sistema Jurídico a través de la Tutela Judicial

En las páginas anteriores he intentado explicar que la intervención perturbadora de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo es un problema inexistente. A partir de ahí, he pretendido demostrar que el Informe del Consejo de Estado podría leerse como un esfuerzo por revitalizar el Estado autonómico *unitario* frente a las reformas estatutarias. El fundamento último de esa revitalización, como ya he señalado, sería salvar la responsabilidad del incumplimiento del Estado español. Pienso, sin embargo, que el Consejo de Estado convierte en fundamento lo que es una técnica, entre otras, para el verdadero problema: la coherencia de un sistema jurídico en el que operan tres ordenamientos autónomos –el de la Unión Europea, el del Estado central y el de las Comunidades Autónomas–. Corresponde así situar la responsabilidad por incumplimiento en el marco de los instrumentos que ofrece el Derecho europeo para lograr su eficacia, algo que precisa en primer lugar repasar en abstracto los modelos de reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico. Sólo de este modo podremos plantearnos si las técnicas disponibles son insuficientes, lo que requeriría pensar nuevos mecanismos desde el derecho constitucional.

Comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Tomo VII, Cortes Generales y Edersa, 1996, p. 585 y ss. En lo atinente a la regla del 149.1.1^º, entiendo que sólo sería útil si la transposición tratase de un derecho subjetivo constitucional, –sobre este objeto como razón para ejercer la competencia del 149.1.1 y la limitada incidencia del objeto en la transposición del derecho europeo véase M.A. Cabellos Espiérrez, Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario, CEPCO, 2001, p. 209 y ss., y, p. 271 y ss.–. Pero además, en cuanto que la finalidad de esta competencia es asegurar la igualdad de derechos, ¿qué sentido tendría su eficacia temporal limitada hasta la entrada en vigor del derecho autonómico? ¿Desparecería entonces la necesidad de regular condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales? Finalmente, existe un acuerdo generalizado en la doctrina y consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativo a la extensión de la competencia estatal sobre relaciones internacionales. La verdad es que a estas alturas ya nadie defiende este título como competencia general y transversal del Estado en la incorporación del derecho europeo. Es menester recordar que la STC 67/1996 cierra definitivamente cualquier intento de estatalizar la aplicación del derecho europeo a través de la competencia sobre relaciones internacionales. En este sentido, la doctrina se mostró desde el principio muy crítica con una comprensión extensiva de las relaciones internacionales, véase A. López Castillo, “Lo exterior y la Comunidad Europea en el juego competencial interno (reflexiones en torno a la STC 252/1988)”, *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 26, 1989; R. Jiménez Asensio, “La ejecución del derecho comunitario por las CCAA en la jurisprudencia constitucional”, *Rev. Vasca de Administración Pública*, 41, 1995. Por tanto, revitalizar esa interpretación requeriría un esfuerzo mayor que el utilizado por el Consejo de Estado.

Conviene antes de nada volver sobre el concepto de coherencia del sistema jurídico. No significa la ausencia de conflictos normativos, sino la existencia de reglas que permitan a una autoridad determinada solventar esos conflictos²⁵. De este modo, la concreta coherencia que se postule dependerá realmente de la idea de conflicto normativo que se sostenga, de las reglas que se elijan y de la autoridad seleccionada para arbitrar la solución. Así las cosas, creo oportuno rescatar tres modelos básicos que permiten entender mejor los distintos instrumentos que utiliza el derecho europeo en la consecución de la coherencia del sistema jurídico.

El primer modelo sería aquel que toma la coherencia del ordenamiento como premisa. Debe existir una sola norma para un género de controversias, que, por tanto, se resuelven igual en todo el territorio. Es la identidad de la controversia y no el territorio en el que se produce, la clave que determina la aplicación de una norma. Sin duda, la técnica fundamental de este modelo es la uniformidad normativa. Y esta uniformidad sitúa a los poderes productores de derecho (realmente a "un" poder normativo) en el centro del sistema. Normalmente se da al poder central la competencia para restaurar la coherencia con su derecho de eficacia prioritaria en todo el territorio. En este sentido, tal acto de producción normativa conlleva dos mandatos. Uno incorpora disposiciones al ordenamiento, esto es, la nueva regulación para una determinada materia. Y el otro mandato supone una orden de aplicación de este nuevo derecho en detrimento del derecho periférico.

Es importante subrayar que ese acto de producción normativa, que introduce una nueva regulación y desplaza a la regulación de otros poderes normativos, es un juicio de oportunidad. Y en mi opinión, esta es la clave del modelo: la coherencia se logra con ciertas dosis de uniformidad cuya intensidad es fruto de un juicio político del poder que ostenta el título para dictar el derecho de aplicación general y preferente en todo el territorio. Entonces, el correcto funcionamiento del sistema reside en el proceso político que formula el derecho uniforme y en el control político del juicio que decide dar una solución única a través del derecho uniforme.

25. Para un acercamiento al problema de la unidad del ordenamiento, F. Balaguer, *Fuentes del derecho*. Principios del ordenamiento constitucional, Vol. I, Tecnos, 1991, pp. 141 y ss.

El segundo modelo que me interesa destacar es aquel en el que la coherencia del ordenamiento se presenta como resultado. Existe así una sola norma aplicable para un género de controversias en un territorio delimitado dentro de una entidad política más amplia, de manera que el aplicador selecciona esa norma entre disposiciones diversas fruto de productores distintos. Por tanto, es el territorio en el que surge la controversia y no el tipo de controversia, la clave que determina la elección de la norma. En cuanto que hablamos de “seleccionar la norma aplicable”, la lógica del principio de división de poderes invita a pensar que la autoridad en la que recae el peso de la coherencia son aquellos poderes con responsabilidades en la aplicación del derecho, en especial el poder judicial²⁶. En efecto, los poderes normativos, plurales y con zonas de fricción, son la causa del problema, circunstancia que invoca una solución fuera de la función normativa. Por tanto, a diferencia del modelo anterior, en este se trata de una respuesta ajena a la oportunidad política, de modo que el sistema jurídico se va construyendo de manera fragmentada y paulatina, dependiendo de los impulsos externos de la acción procesal. Son los titulares de la acción los que demandan más o menos dosis de intervención judicial²⁷, y esta intervención es el último medio de coordinación del sistema, un ins-

26. A menudo se soslaya la tarea de unificación que puede cumplir la función de ejecución en la construcción de la unidad del ordenamiento. Más aún en un sistema pluriordenamental donde la coordinación y cooperación es clave en la búsqueda de soluciones armónicas cuando se desarrolla y ejecuta la legislación central. Pero es evidente que en un sistema constitucional, donde la actuación administrativa está dirigida por la ley y sometida a control jurisdiccional, su papel en la elaboración de la unidad del ordenamiento siempre será subordinada.

27. Cuando la intervención judicial es el instrumento final para lograr coercitivamente la coherencia del ordenamiento mediante la selección de la norma aplicable entre disposiciones concurrentes, se admite que previa a la decisión judicial existe todo un flujo de divergencias y convergencias entre los poderes en conflicto. Y este dato es fundamental para diseñar los procesos jurisdiccionales que resuelven las controversias, pues son precisamente esos procesos el pilar en el que se va a sostener todo el modelo. Se han de tener en cuenta múltiples variables para diseñar los procesos que mejor permitan la articulación del ordenamiento. No será lo mismo habilitar la legitimación activa de los particulares o reducirla a los poderes en conflicto; será fundamental si se trata de un modelo concentrado o difuso de jurisdicción, y en este último caso el problema de la jerarquía jurisdiccional se convierte en un elemento fundamental; pero, además, es posible que estemos ante un modelo dual de jurisdicciones, en el que la acción se puede presentar indistintamente ante la jurisdicción federal o la periférica; sin duda, la cuestión de las medidas cautelares se convierte en un elemento definitivo; al igual que los mecanismos de resolución extraprocésal de controversias. Ahora bien, todas estas variables, en el fondo, no son más que los reflejos técnicos de una cuestión anterior: la teoría federal de la jurisdicción y la unidad del ordenamiento.

trumento coercitivo que se sitúa en una instancia separada de los poderes en conflicto.

Existe, finalmente, un tercer modelo, que identifica la coherencia con el principio de no discriminación por motivos de residencia. En este caso no se trata de construir una norma jurídica uniforme o de seleccionar la norma entre disposiciones concurrentes, sino de eliminar aquellas normas que prevén consecuencias jurídicas distintas en atención al vínculo territorial del destinatario de la norma. El punto de cierre del modelo es el estatus personal del destinatario, que determina la aplicación de una u otra norma al margen del territorio donde surge la controversia o del tipo de controversia. A diferencia de los modelos anteriores, el peso recae en un derecho subjetivo, en el ejercicio que el propio titular hace de su libertad, y no en un juicio político atribuido al legislador o un juicio de competencia en manos del poder judicial²⁸. Técnicamente, este modelo se logra a través de la demanda de igualdad que realiza el sujeto de derecho, la cual activa la dinámica institucional dispuesta para reconstruir la coherencia del ordenamiento. Pero más aún, es el sujeto de derecho, en su interpretación de la libertad, el que identifica la medida presuntamente discriminatoria y el término de relación con el que se compara. Evidentemente, en la lógica constitucional que excluye la autotutela, la resolución de la controversia no puede recaer también en el sujeto, sino que necesariamente ha de institucionalizarse a través de la función jurisdiccional.

En este marco, el derecho europeo, para lograr la eficacia de sus normas preservando la coherencia del sistema jurídico, proyecta técnicas incardinables en los tres modelos reseñados. Dentro de los instrumentos que persiguen la coherencia del sistema jurídico a través de los mecanismos de producción del derecho, se sitúan de manera obvia las fuentes del derecho europeo y la naturaleza de las normas comunitarias. En efecto, la posibilidad de reglamentos "obligatorios en todos sus elementos", de directivas destinadas a armonizar regulaciones estatales dispares y la transformación de muchas de las obli-

28. Y no se le ha de escapar al lector, sin embargo, una matización. En la medida que la controversia se construye como lesión de una libertad o como quiebra de la igualdad, la coherencia del ordenamiento introduce el elemento del daño, que era ajeno a los dos anteriores sistemas, donde tal unidad se definía estrictamente como un conflicto de competencia entre poderes.

gaciones de los Tratados en derechos subjetivos, confirman que el ordenamiento europeo da instrumentos suficientes para lograr una dosis relevante de uniformidad jurídica. También en este contexto –el de la coherencia a través de la producción normativa–, se han de considerar dos mecanismos, que, siendo uno político-judicial y otro político-administrativo, existen exclusivamente para garantizar la integridad de la fuente europea y, por tanto, la uniformidad como instrumento para la coherencia. Me refiero, en primer lugar, al recurso por incumplimiento. Como es bien sabido, se trata de una suerte de control abstracto del derecho estatal, donde la fase precontenciosa dominada por la Comisión juega un papel fundamental en el condicionamiento de la producción del derecho estatal conforme al europeo. E igual ocurre con distintas normas que obligan al Estado miembro a notificar nuevas medidas, sean legislativas, reglamentarias o ejecutivas, antes de su entrada en vigor²⁹. Se trata pura y llanamente de un control preventivo de naturaleza político-jurídica que tiene por objeto la norma estatal. En definitiva, estamos hablando de dos técnicas que condicionan la creación del derecho estatal en razón del derecho producido por la Unión. La coherencia a través de la uniformidad justifica la eficacia con primacía de este último derecho y, además, la existencia de técnicas político-judiciales y político-administrativas destinadas específicamente a garantizar que esa uniformidad no se pone en cuestión.

El otro gran eje sobre el que gira la coherencia del sistema jurídico a la luz del derecho europeo conjuga de manera singular instrumentos propios del segundo y del tercer modelo. Me refiero al derecho fundamental que tiene toda persona física o jurídica para deducir ante la jurisdicción ordinaria una pretensión fundada en disposiciones comunitarias. En concreto, esa pretensión puede requerir del órgano judicial una selección de la norma que resulte en una exclusión, sustitución o interpretación concreta del derecho estatal. O bien, como es sabido, la pretensión puede consistir subsidiariamente en solicitar una correspondiente indemnización por daños resultantes del incumplimiento del derecho europeo. En definitiva, el ordenamiento europeo conecta el derecho subjetivo del particular y la función jurisdiccional para impulsar la eficacia de la norma comunitaria.

La breve descripción anterior muestra que son tres los motores que impulsan la coherencia del sistema jurídico a la luz del derecho europeo³⁰: la existencia de derecho uniforme producido por la Unión, la función de control de la Comisión y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. ¿Qué lugar ocupa entre ellos la responsabilidad por incumplimiento, pieza sobre la que se sostiene el Informe del Consejo de Estado? Sin duda, merece una posición relevante. Toma cuerpo en forma de sentencia declarativa al final del proceso de control por incumplimiento que inicia la mayoría de las veces la Comisión. Y también se concreta en un derecho a la indemnización del particular que ha padecido un daño causado por el incumplimiento. Ahora bien, centrar la mirada sobre estos dos instrumentos, que reflejan sobre todo la matriz inicialmente internacional del derecho europeo, supone dar una imagen incompleta de los mecanismos previstos para asegurar el cumplimiento. Porque, sin duda, el pilar sobre el que se ha sostenido la exitosa eficacia del ordenamiento comunitario ha sido su articulación a través del derecho fundamental a la tutela judicial. En efecto, el reconocimiento de la primacía y eficacia directa, y la flexibilidad del Tribunal de Justicia a la hora de conocer la cuestión prejudicial han hecho de la acción procesal ordinaria fundada en derecho europeo la técnica esencial destinada a asegurar el efectivo cumplimiento³¹.

Un ejemplo quizá sirva para reforzar la anterior explicación. En el asunto C-303/98, de 3 de octubre de 2000, SIMAP, se conocían cinco cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el marco de un conflicto entre el Sindicato de Asistencia Pública de la Comunidad Valenciana (SIMAP) y la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana. En el auto de planteamiento se interrogaba sobre la interpretación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE del

30. Siempre, lógicamente, bajo la premisa de que el derecho europeo se desenvuelve en un determinado ámbito competencial, fuera del cual sus normas carecen de eficacia, de modo que la coherencia se resuelve exclusivamente con las técnicas propias del derecho constitucional estatal.

31. Al respecto, me permito reenviar a un trabajo anterior donde desarrollo el argumento, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, 2002, p. 86 y ss.

Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Principalmente se dilucidaba si las condiciones de trabajo de los médicos que componían los Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana estaban sometidas a las Directivas mencionadas y si, entonces, éstas serían de aplicación directa para la configuración del régimen jurídico de los médicos que componían esos Equipos, pues la realidad era que la única normativa de referencia –estatal o autonómica– en la transposición de las Directivas era el Real Decreto 1561/1995, circunscrito a las relaciones laborales. Es decir, ni el Estado central ni la Comunidad Autónoma Valenciana habían considerado que los médicos vinculados por una relación de derecho público debían de cumplir los requisitos de seguridad y salud armonizados por el derecho europeo³².

Este es, sin duda, un supuesto tipo. Por una parte, no era del todo claro que las Directivas, cuyo ámbito subjetivo de aplicación prevé ciertas excepciones, tuviesen como objeto en todo caso a los funcionarios. Y, por otro lado, el Estado central parecía haber agotado la transposición al trasladar la materia a su competencia sobre la legislación laboral, entendiéndose así que los funcionarios quedaban fuera del ámbito de aplicación. ¿Sirve para algo en estos supuestos, que, repito, forman el tipo habitual de incumplimiento, una ley de armonización o un poder sustitutivo del Estado? Todo parece indicar que no. En definitiva, es el control concentrado que se arbitra a través de la cuestión prejudicial el que permite, incitado por los sujetos tutelables, descubrir todas las potencialidades normativas del derecho europeo y su repercusión sobre el derecho estatal y autonómico, así como en el reconocimiento de derecho subjetivos a los particulares. De este modo, volviendo sobre el caso que hemos tomado como ejemplo, el Tribunal de Justicia, a petición de los representantes de los médicos afectados, declaró que éstos se subsumían en el ámbito de aplicación de la Directiva (párrafos 34 y ss.). Y en virtud de esta subsunción, el Tribunal de Justicia procedió a reconocer la eficacia directa de una serie de disposiciones de las Directivas, con las que el juez ordinario podía ya definir el régimen jurídico de los médicos de los Equipos de Asistencia Primaria, pese a la laguna causada por la falta de transposición del derecho estatal y del derecho autonómico. En

32. No entramos ahora a valorar si tal regulación entraría dentro de la normativa básica del Estado central sobre el régimen estatutario de los funcionarios –149.1.18ª– o sanidad –149.1.16ª–, o dentro de las competencias de desarrollo de la Comunidad Autónoma.

definitiva, el derecho europeo hace de la tutela ante la jurisdicción ordinaria el instrumento suficiente para superar la anomia, y atender las pretensiones deducidas por aquellos particulares que, a diferencia del Estado central y de la Comunidad Autónoma Valenciana, sí se consideraban bajo el amparo del derecho europeo. Frente a la ausencia de derecho estatal o autonómico, el ordenamiento europeo se vale del derecho subjetivo para asegurar el cumplimiento de la normativa de la Unión³³.

En verdad, la traslación del control del derecho europeo desde los poderes institucionales a los particulares da hoy la imagen específica del ordenamiento comunitario. Primero, amplía ilimitadamente el control del derecho europeo al dotar a todo particular de la legitimación activa para exigir su cumplimiento. Segundo, propicia la transformación del derecho europeo, ya que si bien había sido diseñado en los Tratados como un conjunto de disposiciones con la eficacia propia del derecho internacional, puesto en las manos de los particulares se convierte en un ordenamiento que tiene como destinatario principal a las personas físicas y jurídicas, que cobran directamente del derecho europeo un conjunto de derechos subjetivos oponibles frente a terceros, incluido el Estado³⁴. Esta es, sin duda, la piedra de toque del cumplimiento del derecho europeo. Y aquí es dónde debería haber apuntado el Informe, al menos para desechar soluciones que se alejan significativamente de este nodo central. Porque, sin duda, la pregunta más actual e importante cuando se abor-

33. Evidentemente, el punto débil lo ofrecen aquellas disposiciones europeas que no reconocen derecho subjetivo alguno y que, por tanto, no hacen posible ni la aplicación prevalente del derecho europeo ni el reconocimiento de una responsabilidad al Estado. No es ahora el momento de entrar sobre el debate de la eficacia directa de las Directivas de procedimiento –recordemos la saga abierta con *Cia Security* y *Uniliver*–. Nos encontramos así con disposiciones de organización o procedimiento, destinadas a los Estados Miembros –por ejemplo, la creación de un órgano específico para la defensa de la igualdad– cuya garantía de cumplimiento no podría sustentarse sobre la acción procesal de un derecho subjetivo. Pero esta circunstancia, que no me atrevo a calificar de patológica, pues está presente desde los inicios del proceso de integración, en todo caso se trataría de una característica propia del derecho europeo que no justifica en mi opinión un poder general de incorporación del Estado central.

34. Respecto a esta transformación harto conocida, basta recordar los trabajos seminales que la subrayaron, E. Stein, "Lawyers, Judges, and the making of a transnational Constitution", en *American Journal of International Law*, vol. 75, 1, 1981; F. Mancini, "The making of a Constitution of Europe", en *Common Market Law Review* 16: 595-614, 1989; y J.H.H. Weiler, "The Reformation of European Constitutionalism", en *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, 1997.

da el cumplimiento del derecho europeo consiste en evaluar si el sistema jurisdiccional que compone el Tribunal de Justicia y la jurisdicción ordinaria a través de la cuestión prejudicial es un sistema completo y suficiente, capaz de dar respuesta a las pretensiones fundadas en derecho europeo³⁵. Todo análisis que se aparte de este camino, deja a un lado la esencia de la repercusión del derecho europeo en el conjunto del sistema jurídico.

VI. Conclusión

La parte del Informe del Consejo de Estado que he comentado gira sobre la garantía del cumplimiento del derecho europeo a la luz de la responsabilidad del Estado. A su vez, se centra en una supuesta amenaza principal, la perturbadora actuación de las Comunidades Autónomas en la incorporación de la normativa de la Unión. No creo, sin embargo, que la perspectiva adoptada y el riesgo que se pretende conjurar sean del todo correctos. En el epígrafe III he querido subrayar que no existen datos fácticos que sostengan un incumplimiento específico de las Comunidades Autónomas, hasta el punto de que requiera la actuación cauterizadora del Estado central. Ciertamente las Comunidades Autónomas son responsables de algunos incumplimientos, pero no de manera distinta al Estado central, ni en lo cualitativo ni en lo cuantitativo. Dicho de otro modo, en la práctica, el Estado central no es prueba de un mejor cumplimiento. Por ello entendí que el Informe realmente tenía otro objetivo. En verdad, y así lo señala el propio Consejo de Estado, busca reaccionar a las reformas estatutarias, que podrían poner en riesgo la praxis del Estado autonómico *unitario*. Y aquí también corresponde discrepar con el máximo órgano consultivo, pues las sugerencias que propone remiten a un viejo modelo que

35. Son varias las preguntas que deberíamos enfrentar tanto en el ámbito estricto del derecho europeo como en el del derecho estatal. Así, merece la pena investigar sobre las características de la cuestión prejudicial en la cooperación en materia penal, la creciente deferencia del Tribunal de Justicia ante los jueces nacionales a la hora de fijar los efectos de sus sentencias, la siempre recurrente cuestión sobre el carácter completo del sistema judicial europeo, o la cuestión sobre la necesidad de transformar la cuestión prejudicial en un recurso. En el ámbito interno cabría reflexionar sobre la facultad del Tribunal Constitucional para elevar cuestiones prejudiciales. O convendría analizar la posibilidad de establecer en la jurisdicción ordinaria de un incidente específico para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales y de un recurso en el caso de que éstas se denieguen.

otorga al Estado central una suerte de poder general en la incorporación del derecho europeo. No creo que este tipo sea el más adecuado constitucionalmente y, en todo caso, es un esfuerzo dirigido a minar las posibilidades que abren los nuevos Estatutos. Pero además, el eje del Informe –la responsabilidad por incumplimiento– no se sitúa en el conjunto de los remedios que ofrece el ordenamiento europeo para asegurar la eficacia de la normativa de la Unión. Queda así desproporcionada su importancia, sin atender a las otras posibilidades que ofrece el propio derecho europeo en la composición de la coherencia del sistema jurídico. En definitiva, la discutible perspectiva, que parte exclusivamente de la responsabilidad por incumplimiento, conduce a la propuesta de un poder general del Estado central que de poco servirá para afrontar los verdaderos retos que la Unión Europea plantea al sistema jurídico.

Se trata, no obstante, de un Informe excelente en su conjunto, lleno de observaciones ajustadas, que si tomasen cuerpo en la actuación administrativa supondrían una mejora indiscutible. Pero el Informe es igualmente valioso en la sección más polémica, a la que he dedicado este trabajo. Es así, porque se adentra con inteligencia y sin miramientos en el singular contexto que enmarca actualmente la racionalización del poder público: el de la incertidumbre constitucional. Sin duda, el último lustro ha sido escenario de un doble proceso de frustración constitucional. De un lado, la Unión Europea ha fracasado en el intento de aprobar un Tratado constitucional, que suponía un esfuerzo por dotar al derecho europeo de una legitimidad parangonable a la de los Estados. Por otro lado, el impulso gubernamental en pos de una reforma constitucional que consolidase en la Constitución fenómenos desarrollados en más de dos décadas de funcionamiento apenas ha traspasado los primeros pasos de discusión.

Esta incapacidad europea y española para racionalizar a través de textos constitucionales el poder público dibuja la incertidumbre constitucional. La norma suprema, en la que reside la explicación ilustrada de la legitimación política, es insuficiente. No da las claves necesarias para comprender la forma del poder y en algunos casos simplemente no da ninguna. Y ante esta limitación del texto constitucional, comienzan a aparecer discursos constitucionales sin Constitución, que son los que requieren nuestra atención. Sin duda, a esos nuevos discursos constitucionales pertenecen las reformas estatutarias y el derecho europeo.

En estas circunstancias, el problema central de todo sistema jurídico, su coherencia, cobra nuevos perfiles. Ya no basta con la interpretación de los principios que ofrece la Constitución para producir la coherencia de un sistema que se quiere plural, por propio mandato constitucional. Ahora es necesario, ante la limitación funcional de la Constitución, integrar en el proceso de composición del sistema jurídico los discursos constitucionales que surgen precisamente de aquellos espacios plurales que crea la propia Constitución, esto es, las Comunidades Autónomas y la Unión Europea. En definitiva, tanto las reformas estatutarias como el derecho de la Unión –sea su jurisprudencia, sea su derecho derivado– plantean continuamente alternativas a un texto constitucional, que va perdiendo su potencialidad racionalizadora. A expensas de una reforma constitucional (estatal o europea) cada vez menos esperada, la cuestión de la coherencia del sistema jurídico continúa acuciando. Es ahí donde se requieren respuestas que con una metodología político-constitucional ofrezcan caminos capaces de revitalizar el texto constitucional, sus principios, para dar sentido a los nuevos discursos constitucionales. Evidentemente, este es el esfuerzo que acomete el Consejo de Estado. Su expectativa metodológica pasa por revigorizar al Estado central³⁶. Creo que esta vía no es la acertada, y que la solución requiere sostener la coherencia del sistema jurídico acentuando la posición del titular de derechos. Es él y su acción procesal el motivo último que impulsa esa coherencia. En todo caso, sea como fuere, el lector tiene la última palabra, y para ello cuenta con la excelente reflexión que el Consejo de Estado nos ha ofrecido en su Informe.

36. Creo que es posible encontrar en la doctrina del Consejo de Estado referida al proceso de integración una cierta inclinación metodológica que prima al Estado (central) y su derecho, por encima de la Constitución. Al respecto me remito a mi trabajo "Europäisches Spanien: Widerstreitende Meinungen im europäischen Verfassungsdiskurs", *Jahrbuch des Öffentlichen Recht*, 56, 2008.

RESUMEN

En este trabajo se analiza una sección del Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, en concreto se estudian las sugerencias propuestas para ordenar la relación entre el Derecho del Estado y el Derecho autonómico. El artículo se detiene en el diagnóstico de la situación que realiza el Consejo de Estado (la perturbación de las Comunidades Autónomas en la incorporación del Derecho europeo) y las propuestas de mejora (especialmente, el recurso a la Ley de Armonización y un derecho sustitutivo del Estado central). A continuación se intenta probar que el problema descrito por el Consejo de Estado no existe o, al menos, no en una intensidad distinta del incumplimiento del Estado central. Por ello se defiende que el Informe del Consejo de Estado persigue un objetivo más amplio, orientado a mantener una determinada interpretación del Estado autonómico frente a las recientes reformas estatutarias. Finalmente, se presenta una visión alternativa en la construcción del sistema jurídico que marca el acento en la tutela judicial.

Palabras clave: Derecho europeo; Estado autonómico; derechos subjetivos; tutela judicial; Consejo de Estado.

RESUM

En aquest treball s'analitza una secció de l'informe del Consell d'Estat sobre la inserció del dret europeu en l'ordenació espanyola. En concret, s'estudien els suggeriments proposats per ordenar la relació entre el dret de l'estat i el dret autonòmic. L'article fa èmfasi en el diagnòstic de la situació que fa el Consell d'Estat –la perturbació de les comunitats autònomes en la incorporació del dret europeu– i les propostes de millora –especialment el recurs a la llei d'harmonització i un dret substitutiu de l'Estat central. A continuació s'intenta provar que el problema descrit pel Consell d'Estat no existeix, o que almenys no existeix en una intensitat diferent de l'incompliment de l'Estat central. Per això es defensa que l'informe del Consell d'Estat busca un objectiu més ampli, orientat a mantenir una determinada interpretació de l'Estat autonòmic davant les recents reformes estatutàries. Finalment, es presenta una visió alternativa en la construcció del sistema jurídic que marca l'accent en la tutela judicial.

Paraules clau: dret europeu; Estat autonòmic; drets subjectius; tutela judicial, Consell d'Estat.

ABSTRACT

This paper analyses one section of the report by the Spanish council of state on the implementation of European law in the Spanish legal order, specifically discussing the suggestions put forward to order the relationship between state law and autonomous regional law. The article sets out to diagnose the situation created by the council of state – the disturbance by the autonomous regions of the incorporation of European law – and the proposed improvement – in particular the recourse to the harmonization act and a substitutory law pertaining to the central state. It then attempts to prove that the problem as described by the council of state does not exist, or at least not to a degree distinct from non-compliance by the central state. It therefore argues that the report of the council of state pursues a broader objective, oriented towards maintaining a particular interpretation of the state of the autonomies in the face of recent reforms to the statutes of autonomous regions. Finally, it offers an alternative view of the construction of the legal system, placing emphasis on judicial due process.

Key words: European law; Federal State; individual rights; judicial protection; Consejo de Estado.