

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA



Alberto LÓPEZ BASAGUREN
Leire ESCAJEDO SAN EPIFANIO

LOS CAMINOS DEL FEDERALISMO Y LOS HORIZONTES DEL ESTADO AUTONÓMICO

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-427-3

Fotocomposición: Ipar, S.Coop., Zurbaran, 2-4 - 48007 Bilbao

Índice

Agradecimientos	
Alberto López Basaguren	11
I. PERSPECTIVA GENERAL. RETOS DEL FEDERALISMO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN	13
PONENCIAS	15
«Abriendo la caja de Pandora: proceso y paradoja en el federalismo de la identidad política»	
Michael Burgess	17
«Contradicción y crisis de la idea federal»	
Carlos de Cabo Martín	31
«Del federalismo competitivo al federalismo global de mercado»	
Miguel A. García Herrera y Gonzalo Maestro Buelga	47
«Constitucionalismo multinivel y federalismo. Reflexiones en torno al Congreso sobre “Las vías del federalismo en el Estado de las Autonomías”»	
Teresa Freixes Sanjuán	81
«Tribunales constitucionales en los Estados y entidades federadas»	
Dian Schefold	95
«Más allá del diseño institucional: la cultura política del federalismo (una perspectiva normativa)»	
Ramón Máiz Suárez	105

COMUNICACIONES.	131
«Contraposición entre autogobierno y gobierno compartido: tensiones y respuestas políticas en los sistemas políticos contemporáneos» André Lecours	133
«Una defensa federalista de la descentralización» Ian Peach	147
«Autoritarismo con barniz de democracia, o cómo el federalismo puede servir de fachada a gobiernos antidemocráticos» Julián Castro-Rea	159
«Los desafíos del principio federativo en el siglo XXI» Xavier Díez de Urduñabiz	173
«El Federalismo Global: ¿una solución para la crisis económica global?» José A. Camisón Yagüe	183
«Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones internacionales en los estados federales y en España» Roberto Uriarte Torrealdai	195
«La “diferenciación sostenible”: el desafío del siglo XXI a la descentralización (un estudio comparado de Italia y España con especial atención a la jurisprudencia constitucional)» Sabrina Ragone	209
«La participación de los <i>länder</i> alemanes y de las comunidades autónomas en la Unión Europea: un análisis comparado» Cristina Elías Méndez	219
«La construcción del federalismo fiscal alemán vs. la deconstrucción del “federalismo fiscal” español» Susana Ruiz Tarrías	237
«El Senado: cámara de representación territorial. Razones que justifican su existencia» M. Marta Cerro	253
«Reinventando la Unión Europea: la crisis financiera, una oportunidad para el modelo federal» José Chofre Sirvent	263
«Estado español de las autonomías y libertad económica: los desafíos del paradigma de la constitución económica europea» Ainhoa Lasa López	277
 II. LOS CAMINOS DEL FEDERALISMO EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS	 289
PONENCIAS	291
«Los retos del pasado y del futuro del federalismo americano: el tira y afloja interno» Erin Ryan	293

«Los desafíos históricos y contemporáneos de la división de poderes de Canadá» Gerald Baier	335
«En busca de un adecuado equilibrio federal entre los dos órdenes de gobierno: el caso del federalismo alemán» Rudolf Hrbek	347
«Retos actuales que afronta el federalismo suizo» Regula Kägi-Diener	369
«¿Una vía hacia el federalismo en Italia?» Silvio Gambino	389
«Los retos actuales en el federalismo belga y la sexta reforma del Estado» Min Reuchamps	415
 III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y LOS HORIZONTES DE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN ESPAÑA.	437
PONENCIAS	439
«Problemas actuales en el Estado autonómico» Alberto López Basaguren	441
«División de poderes, distribución de competencias y configuración de los espacios públicos en el Estado autonómico integrado en Europa» Francisco Balaguer Callejón	469
«Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías» Paloma Biglino Campos	485
«La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿la reafirmación del <i>Estado unitario</i> ?» Carles Viver Pi-Suñer	503
«Una Sentencia en la federalización del Estado» Juan José Solozabal Echavarría	519
«Sobre la inevitable construcción jurisprudencial del Estado autonómico» Francesc de Carreras Serra	533
«La distribución de competencias en los sistemas federales. Una propuesta para una hipotética reforma constitucional en España» Joaquín Tornos Mas	555
«La función del Tribunal Constitucional en el reparto competencial. Una visión crítica» José Antonio Montilla Martos	581
«La reforma del Estado autonómico ante los retos de la ordenación e integración» José Tudela Aranda	599

COMUNICACIONES.	621
«Exclusividad vs. Concurrencia competencial. Tipos legislativos en la República Federal de Alemania» Antonio Arroyo Gil	623
«Competencias y facultades de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la justicia: avances, límites y alternativas de reformulación» Miguel Ángel Cabellos Espiérrez	637
«Las leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2 CE): una puerta abierta a la modificación del reparto constitucional de competencias» Juan M.º Bilbao Ubillos	659
«Una característica del modelo territorial español: la distinción entre las normas atributivas de competencias y las normas meramente delimitadoras de aquellas» Tomás de la Quadra-Salcedo Janini	681
«Presente y futuro de la distribución competencial sobre la Administración de Justicia entre el Estado y las Comunidades Autónomas» Alberto Saiz Garitaonandia	697
«La naturaleza competencial de las reservas de Ley Orgánica en la jurisprudencia constitucional. En particular, el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial» María del Mar Navas Sánchez	707
«El papel del Estado en la materialización del derecho a la vivienda. Especial referencia a la vivienda protegida» Pilar Garrido Gutiérrez	719
 IV. RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES: LA EXPERIENCIA EN LOS SISTEMAS FEDERALES Y EN ESPAÑA.	 733
PONENCIAS	735
«Las relaciones intergubernamentales en la arquitectura del sistema federal: Estados Unidos» Carol S. Weissert	737
«Las relaciones intergubernamentales en Canadá: una perspectiva horizontal» Benoît Pelletier	749
«Las relaciones intergubernamentales en los sistemas federales: el modelo de Alemania» Rainer Arnold	777
«Las relaciones intergubernamentales en Suiza» Luzius Mader	787
«La participación de las Comunidades Autónomas en los órganos centrales del Estado» Eduardo Virgala Foruria	803

«Las relaciones intergubernamentales en España y la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán: ¿y ahora, qué?» María Jesús García Morales	825
«Relaciones intergubernamentales en el sistema federal español: en búsqueda de un modelo» César Colino Cámara	853
COMUNICACIONES.	869
«El principio de separación de poderes en crisis: las relaciones intergubernamentales desde una perspectiva comparada» Eleonora Ceccherini	871
«Evolución de las relaciones intergubernamentales y el refuerzo de la autonomía» Rémi Barrué-Belou	883
«El sentido actual y futuro de las relaciones intergubernamentales: una visión comparada del modelo en EE.UU. y en España» Eva Sáenz Royo	897
«El principio de bilateralidad en las reformas estatutarias tras la STC 31/2010: anhelo y realidad» Ana M.ª Carmona Contreras	909
«Las relaciones de colaboración entre Comunidades Autónomas: una oportunidad para la racionalización del Estado autonómico en tiempos de crisis» Josep M.ª Castellà Andreu	929
«La cooperación horizontal: una asignatura pendiente del Estado autonómico español» Javier Tajadura Tejada	945
«Los nuevos mecanismos de cooperación en el Estado autonómico» Luis A. Gálvez Muñoz y José G. Ruiz González	963
«Inmigración y cooperación en el Estado de las Autonomías» Ignacio Álvarez Rodríguez	973
«Cooperación intergubernamental y políticas sociales en el Estado autonómico: la gobernanza compartida del Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia» Víctor Cuesta López	987
«Las relaciones del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en el proceso de integración europea» María Soledad Santana Herrera	999
«La participación de las entidades sub-estatales durante las presidencias del Consejo Europeo de 2010» Jorge Tuñón y Régis Dandoy	1009

La Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático. Especial referencia a las relaciones intergubernamentales y a la transversalidad Marta Pérez Gabaldón	1023
V. LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD: CANADÁ Y ESPAÑA	1039
PONENCIAS	1041
«Reflexiones sobre la diversidad en Canadá: modelos competitivos» Richard Simeon	1043
«Confianza y desconfianza entre Harper y Quebec» Guy Laforest	1055
«¿Café para todos? Homogeneidad, diferencia y federalismo canadiense» Alain Noël	1077
«La opción federal y la gestión de la diversidad en España» Xavier Arbós Marín	1097
«Autonomía política, federalización y declaración estatutaria de derechos» Francisco J. Bastida Freijedo	1125
«El Derecho civil propio como seña de identidad política. Una aproximación constitucional al caso de la Comunidad Valenciana» Remedio Sánchez Ferriz	1145
«La “fragmentación” del derecho fundamental a la vida: entre descentralización territorial y economía basada en el conocimiento» Leire Escajedo San Epifanio	1163
COMUNICACIONES	1187
«Lenguas españolas y orden constitucional por cumplir (o de cómo dar cuenta de un <i>presente</i> continuo a mitad de jornada)» Antonio López Castillo	1189
«La libertad religiosa en los comedores escolares y sus enemigos. Coherencia normativa y coordinación de actuaciones del Estado y las Comunidades Autónomas sobre los comedores escolares» Miren Gorrotxategi Azurmendi	1211
«Diversidad cultural, derechos humanos y proceso democrático. Un caso de límites» Jordi Jaria i Manzano	1245
«La cuestión indígena y la organización territorial del Estado en el constitucionalismo refundador latinoamericano» Andoni Pérez Ayala	1261
«La protección multinivel de los derechos y libertades en Canadá» Cecilia Rosado Villaverde	1301

«Diferencias, disidencias y la identidad de la comunidad: logrando el equilibrio entre la teoría de los derechos y la jurisprudencia» Ian Peach	1313
VI. AUTONOMÍA TERRITORIAL EN ESPAÑA: OTRAS CUESTIONES.	1325
COMUNICACIONES	1327
«La cualitativa evolución del sistema autonómico español. El cambio experimentado por los Estatutos de Autonomía» Esteban Arlucea Ruiz	1329
«Apertura, complejidad y asimetría. Retos del “Estado autonómico” en perspectiva comparada» María Salvador Martínez	1341
«Algunas consideraciones sobre la prevalencia y la primacía» Francisco Javier Matia Portilla	1359
«La cláusula de prevalencia en la Constitución española: aportaciones al debate» Josu de Miguel Bárcena	1371
«Especulación teórica sobre la consideración de la asimetría como un elemento del federalismo» Esther Seijas Villadangos	1381
«El principio de lealtad y confianza federal en el Estado de las Autonomías» S.D. Baglioni	1395
«Breves consideraciones en torno a la estructura del Senado español y los límites entre Pacto Federal y Estado autonómico» Elena García-Cuevas Roque	1407
«La adhesión del Estado autonómico español al modelo disgregativo federalista: una posible vía» Anna Mastromarino	1419
«Identities nacionales y ciudadanía en la ordenación autonómica del Estado: democracia formal, autodeterminación y cláusula de secesión» José A. Sanz Moreno	1441
«La descentralización de la función consultiva en el Estado autonómico: la posición del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña después de la STC 31/2010, de 28 de junio» Luis Delgado del Rincón	1457
«El reforzamiento de la posición de los gobiernos locales en los nuevos Estatutos de Autonomía» José María Porras Ramírez	1471
«Una República Vasca (y Catalana) en un contexto federal. Reflexiones sobre nuevos escenarios en la crisis del Estado de las Autonomías» Íñigo Bullain	1489

«Federalismo y Democracia en Euskadi. El reto federal español» Jule Goikoetxea	1519
«Diversidad y efecto frontera: el blindaje del Concierto Económico vasco» Amelia Pascual Medrano	1533
«Hacia una determinación de las atribuciones locales en la legislación sectorial» Cristina Zoco Zabala	1541
«El gobierno de las áreas metropolitanas: problemas y alternativas en el caso español» Joaquín Martín Cubas y Antonio Montiel Márquez	1551
«La conveniente coordinación de la fiscalidad ambiental autonómica como retención al desarrollo del federalismo fiscal» Cristóbal J. Borrero Moro	1563

Algunas consideraciones sobre la prevalencia y la primacía

Francisco Javier Matia Portilla
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Presentación. 2. La prevalencia estatal: 2.1. Precedentes de la prevalencia. Especial referencia a los estados federales. 2.2. Debate doctrinal. 2.3. Características de la prevalencia. 2.4. ¿Qué hacer con la prevalencia? 3. La primacía del Derecho de la Unión Europea, y su lejanía con la cláusula constitucional de la prevalencia. 4. Algunas reflexiones conclusivas. 5. Bibliografía citada.

1. PRESENTACIÓN

Una de las muchas paradojas que se recogen en nuestra Constitución es que mientras que el modelo autonómico está poco definido, se recoge una intensa delimitación del sistema de fuentes. Es tópico recordar, tras el difundido trabajo del profesor Cruz Villalón, que pocas certidumbres se tenían en diciembre de 1978 sobre la estructura territorial que finalmente tendría el Estado español, tanto en lo que atañe a su extensión de la descentralización territorial como a la profundidad que presentaría. Estas incógnitas quedarían despejadas en los pactos de la Moncloa, tres años después.

Frente a esta indeterminación, el sistema de fuentes constitucionalmente previsto establece fundamentos más sólidos. Dicho de forma esquemática, se prevé que la Constitución es la primera norma del ordenamiento español (lo que se expresa en su especial rigidez y en su supralegalidad normativa), estableciéndose, junto al Derecho del Estado central, que las Comunidades Autónomas que se impulsen, a través del oportuno Estatuto de Autonomía, podrán asumir las competencias en él previstas. Resulta lógico, en principio, que las relaciones entre el ordenamiento estatal y los subordinamientos territoriales se encuentren presididas por el criterio de competencia, puesto que la primera condición para que una norma sea válida es que se dicte al amparo de un título propio.

Ocurre, sin embargo, que no son impensables los conflictos normativos que se puedan producir entre dos normas, una estatal y otra autonómica, que han sido dictadas al amparo de títulos competenciales propios, siempre que ambas

recaigan sobre un mismo objeto o relación jurídica, sobre un mismo territorio y contengan regulaciones discrepantes (Santamaría, p. 141). Para la resolución de tales contradicciones normativas se prevé el principio de prevalencia, que impone la aplicación preferente de la norma estatal.

Este principio sirve para asegurar, en el plano puramente normativo, la supremacía del sistema normativo estatal sobre el autonómico (García de Enterría y Fernández, p. 355), vinculado al interés general (Parejo, p. 110). En el caso de la prevalencia, resulta de especial interés examinar su interrelación con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el español, marcada, en un primer momento, por la difundida DTC 1/2004, y que acaba de ser retomada en el muy interesante (y criticable) ATC 86/2011, de 9 de junio, que ha contado con un voto particular suscrito por el Magistrado Pérez Tremps.

2. LA PREVALENCIA ESTATAL

2.1. Precedentes de la prevalencia. Especial referencia a los estados federales

Los precedentes remotos del principio de prevalencia, antes del surgimiento del modelo federal de Estado, se remiten a la pluralidad de ordenamientos personales y territoriales existente tras la disolución del imperio romano, jugando, en ese contexto, al revés (esto es, aplicándose preferentemente la norma local frente a la del Reich) (Otto, p. 60) y al margen del (entonces desconocido) principio de competencia (Lasagabaster, p. 109).

Es, sin embargo, al hilo del surgimiento del Estado federal de Estados Unidos cuando se desarrolla el principio de prevalencia. Se ha previsto expresamente en el art. 6.2 de la Constitución de 1787 y en otras estructuras federales (especialmente en el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn —y antes en los 2.1 y 13 de la Constituciones del Reich, de 1871, y de Weimar—) y de forma implícita en el ordenamiento suizo. No se ha incluido tal fórmula en la Constitución austriaca (Otto, pp. 59-60). Sí que lo ha hecho la Constitución española de 1931, que alumbra el Estado integral.

2.2. Debate doctrinal

La doctrina ha mantenido un vivo debate sobre la naturaleza, el contenido y el alcance de la cláusula de prevalencia, habiéndose también expresado en diversas ocasiones dudas sobre su sentido en nuestro Estado de las autonomías. Resulta preciso recordar, al menos, las aportaciones, en esta materia, de Luciano Parejo, Ignacio de Otto, o Iñaki Lasagabaster, entre otras varias.

Casi todas estas aportaciones encierran un entendimiento del modelo de descentralización territorial español. Mientras que algunos autores lo asimilan

el enfoque federal (poniendo cierto énfasis en el reparto competencial que lo caracteriza en Alemania, o en el poder limitado del poder federal en Estados Unidos), otros recuerdan que el modelo autonómico se caracteriza justamente por lo contrario, por la apertura de un poder general y pleno a la realidad autonómica. Es de justicia señalar que la cláusula ha sido muy cuestionada tanto en el marco del Estado federal, como entre nosotros. Mientras que algunos autores clásicos defienden su pertinencia (Schwartz o Maunz —Otto, p. 60—), otros patrocinan su desterramiento (Imboden, Von Mangoldt y Klein y, especialmente, Schmitt y Kelsen) (*cf.* Lasagabaster, pp. 96 ss). Especialmente beligerante en este punto se muestra entre nosotros Ignacio de Otto, quién defiende, en un clásico trabajo, que el poder central es general y pleno, frente al carácter competencialmente limitado de los autonómicos. Este autor estima que con el principio de prevalencia «se pretende tan sólo evitar el efecto a que conduce la combinación del principio de especialidad [del Derecho autonómico] y el de concentración de la jurisdicción constitucional» (p. 87). Por ello, «cuando el órgano llamado a la aplicación considere que la ley de la Comunidad Autónoma es nula no se verá sometido a la obligación de aplicarla que deriva de los principios señalados, sino que se aplicará el derecho del Estado, esto es, el derecho general, sin perjuicio de que ulteriormente pueda demostrar que su juicio era erróneo y que, por tanto, debió utilizar la regla de especialidad y aplicar el derecho autonómico. Lejos de obligar a hacer una presunción, la regla de prevalencia establece que si se duda de la validez del derecho autonómico se proceda a su inaplicación y se aplique sustitutivamente el derecho general del Estado» (Otto, p. 87). Por su parte, Luciano Parejo defiende la prevalencia de las leyes estatales dictadas al amparo del art. 149.1 CE (pp. 103-104), porque considera que opera también como «una norma de competencia» (*ibidem*, p. 110) y Gómez Ferrer la anuda a una teórica *función constitucional* (pp. 33-36). También propugna la inaplicación de la ley autonómica Rubio Llorente (p. 123). Una posición radicalmente contraria es mantenida por quienes, siguiendo a Kelsen, sostienen que el principio de prevalencia carece de sentido en un modelo marcado por la distribución territorial de competencias. Estos profesores hacen notar que la prevalencia convierte en inútil el reparto constitucional o contractual de competencias, ya que éste, para tener sentido, ha de resultar indisponible, en su esencia, al menos, frente a la voluntad de una sola de las partes» (Arroyo, p. 418).

Sin entrar en el examen detenido de todas estas lecturas doctrinales de la prevalencia, merece la pena indicar, en primer lugar, que el desarrollo del Estado autonómico ha llevado a que el principio de prevalencia haya sido obviado por nuestro Tribunal Constitucional y a que su eventual aplicación, de existir, pase desapercibida.

Entrando en la primera cuestión indicada, debe hacerse notar que se ha abierto paso entre nosotros la sensación de que el Estado autonómico sitúa, en una misma posición, al Estado central y a las Comunidades Autónomas. Aunque los argumentos manejados por Ignacio de Otto no carezcan de sentido, no

se compadecen con algunos datos que merece la pena retener. Así, por ejemplo, el hecho de que la asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma pueda retirar la proposición de reforma de su Estatuto en cualquier momento de su tramitación, incide en esa idea pactista. Mayor servicio ha prestado a esta tesis el Tribunal Constitucional con algunas decisiones adoptadas a los largos de estos años. Así, por ejemplo, indicando que el legislador estatal no es ya competente para regular competencias que han sido cedidas a todas las Comunidades Autónomas, incurriendo en nulidad en caso contrario. O afirmando que cualquier conflicto internormativo planteado entre el Estado central y las Comunidades Autónomas debe ser resuelto a través de la (exclusiva) aplicación del principio de competencia.

La cláusula de prevalencia puede ser útil cuando la normativa estatal y autonómica está dictada al amparo de títulos competenciales propios y distintos entre sí (Santamaría, pp. 141-142). Especialmente interesante, en este punto, es también la jurisprudencia constitucional relacionada con la relación de las bases estatales y la legislación autonómica de desarrollo. Mientras que algunos autores consideran que estamos ante competencias concurrentes, y ven entonces aplicable el principio de prevalencia (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, p. 356; Borrajo, p. 2497; Alonso Más, p. 345), otros autores defienden que hay una delimitación funcional (bases de un lado, y legislación de desarrollo por otro), lo que implica un reparto constitucionalmente fiscalizable, lo que hace inviable acudir al criterio de la prevalencia (Otto, *Derecho...*, p. 282).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha entendido que la norma autonómica que se separa de la base estatal es inconstitucional (SSTC 27/1987 y 151/1992) de forma mediata o indirecta, en relación con las bases (SSTC 60/1993, 166/2002 y 109/2003, entre otras muchas). Tal inconstitucionalidad puede ser, incluso, sobrevenida, cuando la legislación autonómica, aunque válida en su origen, se ve contrariada por la variación de la base estatal (STC 1/2003). Lasagabaster entiende que, en este supuesto, los tribunales ordinarios podrían aplicar la norma básica (siempre que haya sido así definida por el legislador estatal —o, si fuera reglamentaria, siempre que una Ley estatal declare su carácter básico—) en detrimento de la norma autonómica anterior en el tiempo, pero no si es posterior, siendo procedente en este último caso plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad (pp. 148-156). Santamaría Pastor va más lejos, y entiende que la Ley autonómica que se ve afectada por unas nuevas bases estatales debe ser considerada derogada (p. 143).

Es cierto que este entendimiento de la cuestión puede ser sometido a crítica. La última Sentencia citada, por ejemplo, fue acompañada por un Voto Particular en el que tres Magistrados entendían que era de aplicación la cláusula de la prevalencia (también, en el plano doctrinal, Borrajo, p. 2497).

Yendo ya a la segunda cuestión apuntada, y en estrecha relación con la postergación de la prevalencia en la jurisprudencia constitucional respecto de

la competencia (STC 69/1982, de 23 de noviembre, FJ 2.c), ésta ha pasado a ser, en su caso, tomada en consideración por los tribunales ordinarios, y en casos concretos, lo que lleva, en primer lugar, a que se ejerza con una discreción que dificulta su estudio. Por este motivo se ha dicho que su aplicación práctica es invisible (Borrajo, p. 2496).

Hay que añadir, claro está, que el poder de los operadores jurídicos es muy limitado. De un lado, porque todos ellos (y, especialmente, los Juzgados y tribunales) están sometidos al imperio de la Ley. De otro, porque el propio Tribunal Constitucional ha señalado que los tribunales ordinarios no pueden inaplicar normas con fuerza de Ley autonómicas sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de noviembre, lo que ya fue adelantado por Lasagabaster, pp. 124 o 127, véase Borrajo, 2498-2499), lo que vuelve a situar, en el centro del debate, al principio competencial, lo que desplaza la eficacia (acaso el sentido) del principio de prevalencia.

No es de extrañar, entonces, que se haya sugerido la eventual supresión de la cláusula de la prevalencia en una futura reforma constitucional. Hasta que eso ocurra (si es que ocurre), podemos detenernos a continuación en las características del principio de prevalencia.

2.3. Características de la prevalencia

a) A pesar de lo que pudiera pensarse por el vocablo «principio», la prevalencia es una regla jurídica, que impone a los aplicadores del Derecho la aplicación preferente de la norma estatal sobre la autonómica. Esta idea, expresada por la profesora Biglino sobre la supletoriedad, resulta igualmente aplicable a la prevalencia (p. 56).

b) Esta regla opera, en todo caso, sobre un conflicto producido entre dos normas válidas; esto es, que no puede ser encauzado a través del criterio competencial, ya que, de activarse éste, «a la prevalencia no le queda ningún margen de maniobra, porque el conflicto en cuestión queda ya resuelto en un estadio anterior, el de la competencia» (Arroyo, p. 416; véase Santamaría, pp. 140-141). Por esta razón solamente puede tener sentido la prevalencia cuando afecta a competencias, cuando menos, compartidas (siendo esto acaso suficiente por carecer nuestro modelo constitucional de una reserva material de reglamento).

c) la prevalencia no es jerarquía, sino que opera entre normas que pueden estar situadas, en un mismo escalón jerárquico de subordinamientos jurídicos. Y es que «la inexistencia de relación jerárquica tiene su explicación en la propia fundamentación política del sistema: ninguna fuente del Derecho (salvo la Constitución misma) tiene ahora la fuerza inmanente atribuida a la ley como expresión de la voluntad nacional en el Estado legal de Derecho» (Balaguer, p. 201).

d) Como consecuencia de lo anterior, la activación de la prevalencia no conlleva ni la declaración de nulidad de norma alguna ni la consideración de que una de ellas deroga a la otra (Borrajo, pp. 2495-24966). «La norma desplazada sigue siendo válida y estando en vigor, sólo que rigiendo supuestos distintos a los que quedan sometidos al mandato de la norma prevalente sino, todo lo más, su inaplicación al caso concreto» (Borrajo, p. 2496).

e) Finalmente, la prevalencia no es actuada ni por el Tribunal Constitucional (Alonso Más se muestra partidario de establecer un mecanismo procesal que le permitiera conocer de estas materias, esp. pp. 346-347), ni por el legislador (ya sea estatal, ya sea autonómico —cfr. SSTC 76/1983, de un lado, y 132/1989 y 331/2005, de otro—). Son los aplicadores del Derecho los llamados a aplicar dicha regla, siempre que no afecte a una norma con fuerza de ley.

2.4. ¿Qué hacer con la prevalencia?

Se ha mostrado, en líneas anteriores, que la cláusula de prevalencia contenida en el art. 149.3 CE genera más discusiones que consensos. Se ha hecho ver, por ejemplo, que es perturbadora en el Estado federal, aunque nuestro Estado no lo es formalmente. También se ha discutido hasta la saciedad su eventual aplicación a los conflictos internormativos que puedan producirse entre las bases estatales y las legislaciones autonómicas de desarrollo. Estos desencuentros doctrinales, estas dudas acerca de los perfiles de la institución jurídica de la prevalencia, patrocinan, por sí solos, su revisión.

Lo que no resulta tan fácil es opinar sobre tal revisión. Fundamentalmente, porque el principio de prevalencia presenta connotaciones específicas en cada uno de los sistemas jurídicos en los que se integra (Lasagabaster, p. 100). Nuestro concreto modelo autonómico presenta una evidente crisis, que ha puesto de manifiesto la desautorización del nuevo Estatuto catalán. Más allá de lo que se opine sobre la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sí que puede adelantarse que cualquier decisión que pretenda ahondar en esa dirección, o en otras bien distintas, debe realizarse a través de la preceptiva revisión constitucional. Será, precisamente, en el marco del modelo de descentralización territorial del Estado español que se adopte, si es que se adopta, en el que deberá analizarse la pertinencia y, en su caso, el alcance de la cláusula de prevalencia.

3. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y SU LEJANÍA CON LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE LA PREVALENCIA

No es inhabitual que se suela aludir a la primacía del Derecho de la Unión Europea en los estudios doctrinales de la prevalencia (como sinónimos los uti-

liza Lasagabaster, pp. 39-40). Borrajo considera, por su parte, que el funcionamiento de ambas cláusulas es similar, aunque establece dos matices (a) la comunitaria no está expresamente prevista en los Tratados; (b) la española es limitada (puesto que no puede afectar a las materias exclusivas de las CCAA, por indicarlo así el art. 149.3 CE) (p. 2496).

Sin poner en cuestión estas afirmaciones, podrían añadir dos datos más que merecen ser tomados en consideración. El primero es que mientras que la Unión Europea (cuyo Derecho prima) es un organismo internacional de competencias atribuidas (y limitadas, por tanto a ellas), no ocurre esto con el Estado central español con respecto a las Comunidades Autónomas. En nuestro país las únicas organizaciones territoriales con competencias legislativas de atribución son las Comunidades Autónomas. Cuestión distinta es que se entienda que, una vez cedidas, el Estado central ya no puede regularlas. No deja de ser significativo que el tanto la UE como las CCAA nazcan con un listado tasado de competencias, y que el poder estatal de revisión constitucional siga estando exclusivamente vinculado al aparato central del Estado.

El segundo matiz que es conveniente añadir a los expuestos por el profesor Borrajo es que la primacía del Derecho de la UE sobre los ordenamientos estatales no es absoluta. Todos los Tribunales Constitucionales han formulado, en términos más o menos precisos pero constatables, una reserva de jurisdicción. Así, por ejemplo, en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, se llega a afirmar que «en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran» (FJ 4). Primacía sí, *ma non troppo*.

Es cierto, sin embargo, que esa misma Declaración incorpora una fundamentación, favorable al principio de primacía, en la que se admite también que el texto constitucional (en concreto, el art. 93 CE) puede consentir «su propio desplazamiento o inaplicación» (FJ 4). Si se recuerda ahora este aserto no es para reiterar las discrepancias en su día mostradas con el mismo (Matia, esp. pp. 345 ss), sino porque el reciente ATC recaído en el marco del recurso de amparo 6922-2008, en el que se plantean tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, ahonda en esa dirección. Examinaremos esta reciente resolución desde la exclusiva perspectiva de la primacía, aunque en otro contexto más general pudieran debatirse otras cuestiones complementarias (como, por ejemplo, si la norma cuya interpretación se solicita es aplicable a unos hechos acaecidos antes de su entrada en vigor).

Desde la perspectiva que aquí interesa analizar, lo determinante (y preocupante) es que se pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si un precepto de Derecho comunitario derivado debe ser interpretado de forma tal que impida a las autoridades someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a límites que, según el propio Tribunal Constitucional español, son imprescindibles para garantizar el derecho fundamental de defensa del afectado (art. 24.2 CE). Se plantea al Tribunal de Luxemburgo si tal precepto

es compatible con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Finalmente, la tercera cuestión prejudicial planteada en ese mismo auto es si, en el caso de que la normativa comunitaria examinada fuera compatible con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, podría ampararse en el artículo 53 de la misma que un Estado limitara el alcance de la euroorden para hacerlo compatible con el respeto de los derechos constitucionales del afectado.

El conflicto planteado no solamente se refiere a la regularidad del Derecho comunitario derivado (en sentido lato) respecto del originario (en particular, de la citada Carta, que tiene la misma fuerza que los Tratados), sino también a la influencia vinculante que ese precepto, aprobado por el Consejo de la Unión, puede tener sobre los derechos fundamentales, que son producto del poder constituyente español.

Desde esta estricta perspectiva, que resume el nudo gordiano del ATC, puede ser esta resolución sometida a crítica por diversas razones de distinta índole.

Comenzando por lo más evidente. Aún en el supuesto de que se admitiera, a título de inventario, que la Constitución estatal puede ser parcialmente desplazada por un Tratado internacional (más aún, aceptando que ese desplazamiento pudiera ser realizado por el Derecho comunitario derivado, pese a que los Tratados internacionales están lógicamente sometidos al control de constitucionalidad) resulta claro que dicho efecto nunca podría producirse sobre los derechos fundamentales. Lo es porque el sentido de la de la Constitución (como forma más acabada del constitucionalismo) es garantizar la libertad. Resultaría por ello inadmisibles aceptar que el Derecho comunitario (originario o derivado) consienta la vulneración (o, si se prefiere, el desplazamiento) de los derechos fundamentales. Este es, precisamente, el mensaje recogido en las difundidas Sentencias de los principales Tribunales Constitucionales europeos en la materia (también del español, en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.a). Por esta razón, y por el hecho de que se pueda discrepar de aquellos autores que defienden la conveniencia de que el Tribunal Constitucional plantee cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Alonso), dado que, en puridad, ni son jueces comunitarios ni aplican el Derecho comunitario derivado. Si este argumento no está desprovisto de sentido, no deberían plantearse cuestiones prejudiciales cuando están en juego los derechos fundamentales.

Si la máxima jurisdicción comunitaria entendiera, como máximo intérprete de la legalidad comunitaria, que el precepto cuestionado respeta la Carta de Niza, trasladaría una delicada cuestión al Tribunal Constitucional. No parece fácil que en un sistema como es el de la euroorden, basado en la igualdad y en la buena fe estatal, puedan consentirse regímenes especiales. Y eso obligaría al Tribunal Constitucional o a abandonar una línea jurisprudencial establecida en diversas resoluciones previas (SSTC 91/2000, 134/2000, 162/2000, 156/2002 y 183/2004) que interpreta un derecho constitucio-

nal, asumiendo una decisión intergubernamental adoptada en el seno de la Unión Europea, lo que resultaría simplemente sorprendente, o a rebelarse (en el caso de que el Tribunal de Luxemburgo tampoco admitiera reservas estatales derivadas de los derechos fundamentales) contra la jurisdicción comunitaria. Cualquiera de las posibilidades apuntadas es preocupante, lo que permite pensar que la cuestión prejudicial es, además de desafortunada en el plano puramente dogmático, arriesgada desde una perspectiva estrictamente estratégica. Y si el Tribunal quiere ser coherente con su jurisprudencia anterior, estaría más cerca de la rebelión que de la comprensión, porque en la citada Declaración de 2004 señaló, expresamente, que «claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno». Y si optara por olvidar este aserto y someterse a los dictados de la jurisdicción comunitaria, no sería imposible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enmendara la plana a nuestro Tribunal Constitucional, lo que tampoco le dejaría en un buen lugar.

Si se comparten las consideraciones realizadas hasta el momento, es probable que también se asuma la idea de que acaso el Tribunal Constitucional debiera haber explorado otras vías. Una de ellas, sugerida por el Magistrado Pérez Tremps, es plantearse seriamente si puede producirse una indefensión constitucionalmente relevante por un juicio celebrado en rebeldía cuando hay constancia de que el acusado fue debidamente emplazamiento y decidió, libremente, no personarse en su causa, constando además la posibilidad de que asistiera su abogado para la defensa de sus intereses (apartado 6 del VP que acompaña al Auto). Esta línea argumental (vinculada en el propio Voto Particular, por cierto, a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y no a la Carta de la Unión) hace innecesario, a juicio del Magistrado discrepante, que se recurra a la cuestión prejudicial en este caso. Más aún, podría haberse preguntado el Tribunal si la aparición de un nuevo catálogo europeo de derechos humanos, sin duda alguna relevante para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, exige (o consiente) realizar lecturas novedosas de los derechos fundamentales que han sido también consagrados en el Convenio.

Volviendo al objeto del presente trabajo, quiere dejarse claro, y en conclusión, que la primacía del Derecho comunitario admite pocas comparaciones con la cláusula constitucional de la prevalencia. Mientras que los subordinamientos del Estado Central y de las Comunidades Autónomas se encuentran vinculados a una Constitución normativa que goza de supralegalidad, los Tratados comunitarios instauran un organismo internacional del que siguen siendo sus señores los Estados miembros, soberanos, y, y esto es lo relevante en este estudio, cuya norma fundacional debe adoptarse de conformidad, procedimental y material, con las distintas Constituciones nacionales.

4. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En líneas anteriores se ha puesto de manifiesto que los principios de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico y de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos estatales mantienen entre sí importantes diferencias que aconsejan un estudio pormenorizado y separado de uno y de otro. Igualmente se ha subrayado la importancia que sigue teniendo la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, como producto del poder constituyente y como norma suprallegal que se garantiza, en lo que ahora interesa, a través del control nomofiláctico de las normas aprobadas por cualquier poder constituido.

No sería justo cerrar estas breves reflexiones sin indicar que ambos procesos (el de la integración europea y el autonómico) comparten una característica más que las señaladas hasta el momento. Tanto el modelo autonómico como el proceso de integración europea son procesos abiertos y, por ello mismos, inestables.

En el plano estatal, esa inestabilidad ha sido recientemente evidenciada con la desautorización (desactivación, si se prefiere) del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña en la STC 31/2010, y con las reacciones políticas y doctrinales que ha suscitado. Tampoco ha sido ajena la Unión Europea a las tensiones provocadas por la indefinición del modelo internacional elegido (que, justo es decirlo, ha permitido durante años alcanzar una profunda integración social y una interdependencia política y estratégica). Buena muestra de las mismas las encontramos en algunas resoluciones dictadas por Tribunales Constitucionales estatales (la más reciente, la alemana referida al Tratado de Lisboa), que, lejos de establecer un debate con el Tribunal de Luxemburgo, establecen los límites constitucionales que condicionan el desarrollo de la Unión Europea.

Es evidente que el futuro de ambos procesos de integración territorial del poder dependerá de las decisiones políticas que se adopten. Y es igualmente claro que la opción que se asuma en relación con uno proceso de integración incide, manifiestamente, en el otro. Así, por ejemplo, si los Estados europeos siguieran hoy la senda marcada en su día por los de Estados Unidos de Norteamérica, el papel de las CCAA en nuestro país, o de los *länder* en Alemania quedaría lógicamente devaluado.

Sería aventurado pronunciarse sobre el futuro de la Unión Europea. No lo es tanto hacerlo sobre la eventual evolución de nuestro modelo actual, basándose para ello en su forma de gestación, que ha sido muy distinta al surgimiento del Estado federal en otros países. Es sabido, por ejemplo, que el federalismo norteamericano se ha visto, tradicionalmente, como una separación de poderes de segundo grado o territorial, que se superpone a la horizontal o funcional (Ballbé y Martínez, p. 26). Pues bien, así como es habitual entender que el sistema político debe girar, en esta última, en torno al Parlamento porque integra a la minoría (cuya existencia y respeto es esencia misma de la democracia, *cfr.* Kelsen), suele contarse con que el Estado central debe tener cierta supremacía política.

Este dato, que no cuestiona que los ordenamientos central y autonómicos mantengan entre sí una relación de independencia e idénticos escalones jerárquicos, se encuentra también presente en nuestro sistema constitucional. Se evidencia, por ejemplo, en los principios de (indisoluble) unidad y solidaridad (art. 2 CE) (siendo esta última ontológicamente ponderada y exigida por el Estado central), y en la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE), en los Estados de emergencia constitucional (art. 116 CE) y, especialmente, en el contexto del presente estudio, en el poder de sustitución del poder autonómico (art. 155 CE).

Podría pensarse que tal supremacía no se encuentra reconocida en el plano normativo, incidiendo en la idea de la impulsión de los Estatutos de Autonomía responden a un pacto entre el Estado central y los territorios, tesis que alcanza nuevos bríos a partir del momento en que los Estatutos contemplan la posibilidad de que la Asamblea Legislativa pueda retirar la propuesta de reforma presentada antes las Cortes Generales en cualquier momento de su tramitación. En efecto, las futuras reformas precisarán así del consenso entre el Estado central y la Comunidad Autónoma. Puede hablarse, al menos desde un planteamiento fáctico, en que estaremos en presencia de un pacto entre territorios.

Siendo esto cierto, resulta oportuno recordar que la revisión constitucional, que puede (y debe) cerrar el modelo autonómico, no precisa, sin embargo, del concurso de la Comunidad Autónoma (Groppi, p. 10). A través de la revisión constitucional podría adoptar cualquier decisión en esta materia (desde optar por un modelo centralizado de Estado hasta diseñar un Estado federal). Podría argumentarse, claro, que las CCAA actuarían también en este proceso a través del Senado, por ser ésta una Cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), pero esto no pasa de ser un (cierto) eufemismo en el momento de escribir estas líneas.

La supremacía del Estado central no solamente es un presupuesto de un modelo teórico, sino que surge de nuestra forma de acceder, desde un Estado unitario, a una descentralización territorial. Aunque es indudable que el experimento acometido por el constituyente ha sido muy positivo, es un buen momento para replantearse el modelo, en el sentido que sea, y cerrarlo, dotándolo de una estabilidad tan conveniente como necesaria.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- ALONSO MÁZ, M.J., «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», en *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003.

- ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales: una relación imposible», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 80, 2007.
- BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., *Soberanía dual y Constitución integradora*. Ariel, Barcelona, 2003.
- BORRAJO INIESTA, I., «El orden constitucional de competencias y ordenamientos (art. 149.3 CE)», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española (XXX aniversario)*, La Ley-Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa» (1981), incluido en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2.º ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*. 5.º ed. Civitas, Madrid, 1989.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 113, 1987.
- GROPPI, T., «La reforma constitucional en los Estados federales: entre pluralismo territorial y no territorial», en *Ponencia presentada en el VII Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 12-15 de febrero de 2002, Consultado el 23 de julio de 2011, en http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/pub.html
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.
- MATIA PORTILLA, F.J., «Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 74, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*, Iustel, Madrid, 2006.
- OTTO Y PARDO, I., «La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981.
- OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PAREJO, L., La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- RUBIO LLORENTE, F., «El bloque de la constitucionalidad», incluido ahora en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo general I*. 2.º ed. Iustel. Madrid, 2009.