

28. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN Y EL FENÓMENO JURÍDICO INTERNACIONAL

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Catedrático habilitado de Derecho Internacional público
Universidad Carlos III de Madrid

Amparo ALCOCEBA GALLEGO

Profesora doctora de Derecho Internacional público
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL ORDEN INTERNACIONAL.—1. El concepto de Constitución internacional.—2. La Carta de Naciones Unidas como Constitución.—3. La interpretación constitucional de los tratados constitutivos de algunas organizaciones internacionales.—4. La idea de Constitución en el Derecho internacional general.—III. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL ORDEN COMUNITARIO.—1. El concepto de Constitución europea hasta el Tratado Constitucional.—2. El concepto de Constitución europea desde el Tratado Constitucional.—3. Las dimensiones constitucionales del Derecho comunitario hasta el Tratado Constitucional.—4. Las dimensiones constitucionales del Derecho comunitario a la luz del Tratado Constitucional.—IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL FENÓMENO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO.—1. La articulación general de la Constitución española.—2. Posibles desarrollos constitucionales en el ámbito jurídico internacional.

I. INTRODUCCIÓN

No hay consenso sobre cuáles son los elementos que deben reunirse para que pueda identificarse una Constitución, de tal manera que hay diver-

sas acepciones del término y del constitucionalismo¹. Como señala Aja, la cuestión ¿qué es una Constitución? carece de una «respuesta general»².

La idea de Constitución no sólo ha sido muy fructífera en los Estados, que normalmente tienen una Constitución que actúa como norma suprema escrita, sino que también ha sido fértil en el marco del Derecho internacional y europeo.

A pesar de la ausencia de una Constitución escrita de la Comunidad internacional, el debate en torno a la denominada Constitución de la Comunidad internacional ha reflejado, tradicionalmente, los progresos del Derecho internacional. El debate ha dado lugar a clásicas teorías constitucionales del Derecho internacional y, en Europa, ha tenido connotaciones propias y específicas en el marco de la integración europea, sometida a un proceso de constitucionalización progresiva. La aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha profundizado el debate constitucional en tiempos recientes.

Estos debates se fundamentan en ideas similares, aunque el contexto jurídico internacional y europeo es distinto. En este análisis vamos a abordar la idea de Constitución internacional y europea y sus diferentes manifestaciones. Pero un análisis sobre la idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional quedaría incompleto de no abordar también la Constitución del Estado. En el epígrafe IV analizamos la articulación general de la Constitución española como plataforma para abordar, posteriormente, las posibles reformas y desarrollos constitucionales que serían deseables para adecuar nuestro derecho interno al Derecho internacional y europeo.

II. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL ORDEN INTERNACIONAL

1. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN INTERNACIONAL

El término Constitución no es predicable sólo de la organización jurídica estatal, como muestran, por ejemplo, las referencias doctrinales a la idea de Constitución de la Comunidad internacional o a los principios constitucionales del Derecho internacional. Al profundizar en la idea de Constitución³ de la Comunidad internacional es a nuestro jui-

¹ Vid., por ejemplo, RAZ, J., «On the Authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries», *Constitutionalism*, ALEXANDER, L. (dir), Cambridge University Press, 1998, pp. 151 ss.

² AJA, E., «Introducción», LASALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 8.

³ Vid. PECES-BARBA, G., DORADO PORRÁS, J., «Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII», *Historia de los Derechos fundamentales, tomo II, siglo XVIII*, vol. 1. «El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución», Dykinson, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, p. 163-164.

cio pertinente hacerlo desde la *concepción que tenían sobre la idea de Constitución los ilustrados del siglo XVIII*. En aquel momento no existía la idea de Constitución como texto escrito supremo y sistemático, que aparecerá en el siglo XIX en el contexto de la codificación, en un proceso vinculado a la formación del Estado nacional, en el que la Constitución cumple una función de seguridad —como límite al poder absoluto— y de justicia —al establecerse principios político-jurídicos supremos—⁴.

En las reflexiones sobre la Comunidad internacional o sobre las organizaciones internacionales y la construcción europea no se puede utilizar la misma concepción, si bien lo relevante es atender a los rasgos esenciales de una Constitución para ver si son aplicables, en todo o en parte, a la Comunidad internacional y europea. Entre estos rasgos, más allá de que esté o no en documento escrito, la idea de Constitución tiene relación con los rasgos de *supremacía, jerarquía, seguridad, justicia, valores o pacto*. Estos rasgos se dan, con sus características específicas y, en mayor o menor medida, en la Comunidad internacional y en la Unión Europea, lo que ha dado pie al desarrollo de teorías constitucionales en el Derecho internacional⁵, bien sea desde consideraciones formalistas kelsenianas, bien sea desde otra muy variada gama de aproximaciones.

En síntesis, las principales teorías constitucionales del Derecho internacional están representadas por las conocidas *Escuela germánica e italiana*, respectivamente, que surgen como reacción a las insuficiencias del positivismo y del voluntarismo. Frente a un Derecho basado sólo en la voluntad surgen la *teoría pura del Derecho, el objetivismo social* (DUGUIT, SCELLE, POLITIS), el *retorno del Derecho natural* (PILET, LE FUR, SALVIOLI, VERDROSS) y la *teoría de la institución* (S. ROMANO)⁶. Todas estas teorías favorecen la idea de que el Derecho internacional se asienta en unas bases que concilian el poder y el Derecho, en la idea de una jerarquía normativa en un orden jurídico como el internacional. Asimismo se suele aceptar que en una Constitución de la Comunidad internacional, como mínimo, habría que incluir las normas que regulan el proceso de creación de Derecho (las fuentes) y el establecimiento de la personalidad jurídico internacional originaria⁷. Pero las principales escuelas difieren tanto en cuál sería su contenido como en sus propios fundamentos.

⁴ PECES-BARBA, G., *ibidem*, p. 171.

⁵ SCELLE, G., «Le droit constitutionnel international», VV.AA., *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, pp. 501-515.

⁶ Véase: KOLB, R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Préface de G. Abi-Saab, Puf., Paris, 2000, p. 60.

⁷ *Ibid.*, p. 67.

i) En el universalismo humanista de la *Escuela germánica*⁸ (VERDROSS, MOSLER), de estirpe iusnaturalista, la Constitución internacional expresa un *orden objetivo que culmina en la unidad moral del género humano*. La constitución internacional es el medio jurídico para concebir la sociedad internacional como una verdadera comunidad de derecho, inorgánica pero normativamente integrada y en la cual se introducen normas «impregnadas de valores» (principios materiales fundamentales para esa comunidad de derecho)

ii) La *Escuela italiana*, en la línea de la Escuela histórica de Savigny y marcada por la teoría institucionalista de S. ROMANO, basa la idea de Constitución en el hecho social. La idea maestra de este pensamiento institucionalista es la unidad esencial del Derecho y de la institución, del hecho social ordenado y ordenador. El Derecho es el aspecto normativo inherente a la realidad social. Para S. ROMANO⁹:

«Il diritto internazionale non si può altrimenti definire che indicando l'ente sociale, ossia la istituzione, in cui esso prende corpo. Tale ente è la così detta "comunità internazionale" o la "società degli Stati"».

El Derecho internacional así definido en relación con la entidad social en que toma cuerpo (la Comunidad internacional) tiene unos principios supremos no voluntaristas que reposan directamente en el hecho social: la costumbre y los principios fundamentales derivan de la misma estructura de la Comunidad. Así, la Constitución es la traducción normativa de la estructura fundamental de la comunidad como hecho social.

iii) A nuestro juicio la concepción del orden jurídico internacional desde el *paradigma constitucional* puede hacerse si se acepta un *concepto material de Constitución no escrita en un documento único, según el modelo británico o anglosajón*¹⁰. Es en este sentido conveniente acudir a la *idea ilustrada de Constitución que existía hasta el siglo XVIII*¹¹, que tenía un sentido más amplio, caracterizador de los *rasgos generales básicos de un sistema jurídico*, de su organización, de sus «leyes fundamentales», como identificación de unas normas superiores. Y ello porque es evidente que no existe una Constitución formal

⁸ *Ibid.*, pp. 64-65.

⁹ ROMANO, S., *Corso di diritto internazionale*, 3.^a edición, Padoue, 1933; *id.* *L'ordinamento Giuridico*, ISA, 1918; asimismo GHIRARDINI, C., «La Comunità internazionale e il suo diritto», *RDI*, 1919, 13, pp. 3 ss.; ZICCARDI, P., *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943; *id.* «La dottrine giuridiche di oggi et l'insegnamento di Santi Romano», *MÉLANGES G. BALLADORE PALLIERI*, Milano, 1978, pp. 684 y ss.

¹⁰ *Vid.* en este sentido. Tomuschat, C., «Obligations arising for States without or against their will», *RCADI*, 1993-IV, p.

¹¹ En este sentido, PECES-BARBA, G., y DORADO PORRAS, *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII*, PECES-BARBA, G.; MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R., *Historia de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*

pero sí que existen fenómenos de jerarquización normativa novedosos y dimensiones constitucionales que permiten, a efectos simbólicos, concebir la existencia de una *Constitución material de la Comunidad internacional*.

Una Constitución cumple fundamentalmente *tres funciones en un orden jurídico: seguridad, justicia y legitimidad*. Aporta seguridad y certeza al establecer los procedimientos de creación y de aplicación de las normas; contribuye a la realización de la *Justicia*, al establecer los fines, principios y valores supremos del ordenamiento; y aporta *legitimidad*, lo que no es sino una consecuencia de la seguridad y la justicia, como señala Peces-Barba.

2. LA CARTA DE NACIONES UNIDAS COMO CONSTITUCIÓN

Uno de los paradigmas dominantes en este ámbito ha llevado a parte de la doctrina a identificar a la *Carta de las Naciones Unidas como la Constitución de la Comunidad internacional*¹².

Los argumentos utilizados se apoyan en la interpretación de los arts. 1, 2, 6.2, 39, 103 y 108 de la Carta, que ciertamente *reflejan algunas de las nuevas dimensiones constitucionales del Derecho internacional contemporáneo*. En primer lugar estos autores estiman que la concepción de la paz como un problema global y no sólo militar, llevó a *codificar e institucionalizar un conjunto de intereses comunitarios*¹³ relativos a la *justicia*, el respeto de los *derechos humanos* y el *desarrollo social*.

No cabe duda de que la ONU es la única organización que intenta hacer frente a las demandas del conjunto de la Comunidad internacional,

¹² SIMMA, B., «From bilateralism to community interest in international law», *RCADI*, pp. 257-258; más recientemente SIMMA, B., y PAULUS, A., «The international community: Facing the challenge of globalization. General conclusions», *EJIL*, vol. 9, núm. 2, pp. 266-278, p. 274-276; CRAWFORD, J., «The Charter of the United Nations as a Constitution, The changing constitution of the United Nations», *Abi-Saab* (dir.), London, 1997, pp. 3-15; VERDROSS, A., y SIMMA, B., *Universelles völkerrecht*, Berlín, 1984, pp. 58 ss; también ROSS, A., *Constitución de las Naciones Unidas*, versión española de FERNANDO ARIAS PARGA, prólogo de ANTONIO DE LUNA, Madrid, 1954; GORDON, E., «The world court and the interpretation of constitutive treaties. Observations on the development of an international constitutional law», *AJIL*, 1965, pp. 794-833; MACDONALD, R. ST.J., «The United Nations Charter: constitution or contract?», *The structure and process of international law*, MACDONALD, JOHNSTON (dir.), La Haya-Boston-Lancaster, 1983, pp. 889 ss.; del mismo autor «The Charter of the United Nations and the development of fundamental principles of international law», *Contemporary problems of international law. Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his 80th birthday*, London, 1988, pp. 196-215.

Asimismo NICOLOUDIS, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement contemporain du droit international public*, Atenas, 1974, p. 127; ROLIN, H., «Les principes de droit international public», *RCADI*, 1950-II, t. 77, p. 343; CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, 4. ed, Nápoles, 1992, p. 180.

¹³ SIMMA, B., «From bilateralism...», *op. cit.*, p. 257.

fundamentalmente en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de los «compromisos humanitarios», la «cooperación al desarrollo», el «orden jurídico internacional» y los «derechos humanos».

Ahora bien, las *Naciones Unidas* no representan la defensa de los intereses jurídicos generales que derivan de la violación de las obligaciones *erga omnes*, es decir, que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto, a excepción, en cierta medida, de la posesión de intereses jurídicos de *Naciones Unidas* en relación con el crimen de agresión, con el crimen de denegación de autodeterminación o con las graves violaciones de derechos humanos, ex capítulo VII de la Carta, como señala DE HOOGH¹⁴.

De otro lado, la Carta insertó algunos *principios fundamentales* nuevos del Derecho internacional (prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales; principio constitucional de protección internacional de los derechos humanos) que transformaron la concepción tradicional del ordenamiento, introduciendo una cierta *dimensión constitucional*¹⁵.

Ahora bien, no todos los principios fundamentales están incluidos en la Carta y lo que permite calificarlos de constitucionales es su naturaleza consuetudinaria¹⁶.

En tercer lugar, autores como ROSS o FROWEIN han interpretado el art. 6.2 de la Carta en el sentido de que introduce un *principio de legislación*¹⁷ (competencia para dar reglas jurídicas obligatorias a aquellos que no han consentido en su promulgación), que no se deduce del principio de la fuerza obligatoria de los tratados. Para FROWEIN esa disposición prueba que los *founding fathers* actuaban con la intención de influir en los Estados no miembros, algo difícil de explicar en términos jurídico tradicionales¹⁸. Del mismo modo, sobre la base del art. 103 se destaca la *primacía* de la Carta de las Naciones Unidas sobre otros acuerdos

¹⁴ DE HOOGH, A., de., *Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, Kluwer law international, 1996, pp. 126-127.

¹⁵ En este sentido el prof. CARRILLO SALCEDO se refiere, sin defender la idea de Constitución, a que el Tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas introduce ciertas dimensiones constitucionales. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A., «Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public», *RCADI*, 1996, núm. 257, p. 124.

¹⁶ Sobre la naturaleza jurídica de los principios fundamentales del Derecho internacional, véase DÍAZ BARRADO, C. M., «La sociedad internacional en busca de un orden constitucional», *Anuario argentino de Derecho internacional*, VI, 1994-1995, pp. 13-39, pp. 26-28.

¹⁷ ROSS, A., *Constitución de las Naciones Unidas*, versión española de FERNANDO ARIAS PARGA, prólogo de ANTONIO DE LUNA, Madrid, 1954, en especial pp. 33-42.

¹⁸ Vid. FROWEIN, J. A., «Reactions by not directly affected States to breaches of public international law», *RCADI*, 1994-IV, pp. 352-434, en especial 355.

internacionales¹⁹. Desde una aproximación sistemática se indica que la Carta es una Constitución porque su art. 108 no requiere el asenso unánime, y pueden introducirse enmiendas por una cierta *mayoría*²⁰.

En cuarto lugar, desde un punto de vista orgánico la *innovación de estructura constitucional* que supuso la creación del *Consejo de Seguridad* es un argumento importante para apoyar el carácter constitucional de la Carta, en la medida en que puede decidir con fuerza obligatoria comparable a la de un gobierno o de un Parlamento de un sistema constitucional estatal. Es la posibilidad de reacción de la Comunidad internacional frente a situaciones que amenazan a la paz, suponen un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, en virtud del capítulo VII de la Carta. La Carta, que no suprime la lógica del Derecho internacional clásico bilateral y particularista, permitiría la «traslación de una noción abstracta de comunidad internacional a una *aproximación institucional*»²¹.

Ahora bien, no se debe olvidar el hecho de que el Consejo de Seguridad no es un *legibus solutus*, sino que sus poderes tienen límites constitucionales, en la Carta de las Naciones Unidas —que sería una Constitución de poderes delegados y por tanto limitados, aunque se interpreten extensivamente²²— y en el Derecho internacional.

Esta corriente doctrinal²³ defiende, en definitiva, que la *Carta de las Naciones Unidas reuniría los dos elementos básicos de una Constitución*. Desde el punto de vista formal, la primacía sobre las reglas «ordinarias», con independencia del debate sobre si el art. 103 establece una jerarquía normativa o constituye una norma de conflicto,

¹⁹ Art. 6.2. «... los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales». Art. 103 que establece que en supuesto de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y sus obligaciones, resultantes de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones de la Carta. *Vid.* sobre ambos artículos los comentarios en SIMMA, B., *United Nations Charter commentary*, 1994 (sobre el art. 2, 6, el de VITZHUM, W.)

²⁰ Equipara este autor a estos efectos lo que sucede con la Constitución americana de 1787/89 que nació como Tratado, en el sentido histórico, de conformidad con las reglas de enmienda de la federación de 1777/81, que requerían la ratificación de los trece Estados participantes. Después de que la nueva Constitución fue aprobada por «los Estados Unidos, reunidos en el Congreso», tuvo lugar, según es bien conocido, la ratificación de todos los Estados, de acuerdo con lo que la Constitución misma claramente expresa en su art. VII, al establecer que el nuevo orden no es obligatorio para ningún Estado que no haya ratificado el documento. Pero, por otra parte, la Constitución dispone en el art. V que las futuras enmiendas pueden introducirse con la ratificación de las tres cuartas partes de los Estados miembros. En un sentido sistemático, en consecuencia, es una Constitución, no un Tratado. Esto se aplica también a la Carta de las Naciones Unidas. ROSS, A., *Constitución de las Naciones Unidas*, Madrid, 1954, cit., p. 37.

²¹ SIMMA, B., PAULUS, A., «The international community: Facing...», *op. cit.*, p. 275.

²² En este sentido FRANCK, T., «Fairness in the international».

²³ SIMMA, B., «From bilateralism...», *op. cit.*, pp. 260-261

siendo que en cualquier caso establece la primacía del Derecho de las Naciones Unidas sobre los acuerdos internacionales, al menos en relación con los Estados miembros, y sobre la base del art. 2.6 y del art. 39 también en relación con los Estados no miembros. Desde el punto de vista material, el establecimiento de las reglas básicas que gobiernan la vida de la comunidad (los arts. 1 y 2 confirmarían las normas y valores básicos del Derecho internacional moderno). De tal modo que, para Simma:

Las normas básicas de la Carta constituyen el *derecho constitucional de la Comunidad internacional universal y los órganos de la Carta, al menos en términos prácticos, son los órganos de la Comunidad internacional de Estados en su conjunto*²⁴.

Y en otra aportación doctrinal defendía que esta tesis es hoy en día universalmente aceptada²⁵.

A nuestro juicio, la Carta de las Naciones Unidas no puede concebirse como la Constitución de la Comunidad internacional, porque estas tres funciones sólo se realizan parcialmente a través del orden de las Naciones Unidas.

— *Seguridad y certeza*: En el orden internacional la seguridad y la certeza no se canalizan a través de las Naciones Unidas. Los procedimientos de creación de normas no se fundamentan en la Carta y ni tan siquiera en el art. 38 del estatuto del TIJ; ni tampoco los procedimientos de aplicación, a excepción de algunos mecanismos de control y de aplicación como las sanciones *estricto sensu*. El Derecho de las Naciones Unidas no es lo mismo que el Derecho internacional general. Las Naciones Unidas no son lo mismo que la Comunidad internacional de Estados ni que la Humanidad, y sólo pueden representarlas en casos excepciones en el marco del capítulo VII de la Carta. Son las *normas secundarias del Derecho internacional las que establecen los procedimientos generales de creación, cambio y aplicación del ordenamiento y tienen naturaleza consuetudinaria*.

— *Justicia*: los valores, fines y principios fundamentales que pueden permitir alcanzar o acercarse a la justicia no se incluyen de manera completa en la Carta. Si bien algunos principios de la Carta pueden considerarse constitucionales, porque tienen vigencia consuetudinaria, otros no se incluyen en ella²⁶, al igual que importantes categorías normativas jerarquizadoras, como las normas de *Ius cogens*, que se desarrollan al margen.

²⁴ SIMMA, B., «From bilateralism...», *op. cit.*, pp. 262 y ss.

²⁵ Vid. SIMMA, B., PAULUS, A. L., «The international community: Facing...», *op. cit.*, p. 274.

²⁶ Como indicó el TIJ la Carta no recoge «todos los principios esenciales del Derecho internacional en vigor», *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, Rec. TIJ, pp. 96, párrs. 190-192.

— *Legitimidad*. Se ha desarrollado por cauces bien diversos y no sólo a través de las Naciones Unidas.

Lo que cabe aceptar no es que la Carta sea la Constitución de la Comunidad internacional, sino que ha introducido ciertas *dimensiones constitucionales*.

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE ALGUNAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Una cosa es que la Carta no sea la Constitución de la Comunidad internacional y otra que no pueda ser calificada como instrumento constitucional a ciertos efectos. En este sentido, la *especial naturaleza de la Carta de las Naciones Unidas* lleva a interpretarla como un *instrumento constitucional de la principal organización internacional universal con objetivos y competencias generales, aunque limitadas*.

La consideración de la Carta como constitución de la organización tiene efectos jurídicos en la *interpretación evolutiva, extensiva, teleológica y sistemática de sus disposiciones*, en particular a la luz de sus propósitos y principios enunciados en el art. 1. Es decir que debe hacerse una interpretación constitucional de la Carta, de manera similar a la concepción de los Tratados de la Comunidad europea como Constitución.

El debate sobre la Carta como Tratado o Constitución se planteó entre las denominadas *escuela soviética* y *escuela occidental*. Por lo general, la doctrina socialista del Derecho internacional se oponía a considerar a la Carta como una *constitución de una organización internacional*²⁷, por la inexistencia de un legislador y porque eso serviría al imperialismo.

Frente a esta concepción que apoyaba su interpretación como *tratado multilateral sui generis*, que debía dar lugar a una interpretación restrictiva, la *escuela occidental* asimilaba la Carta a un instrumento constitucional, fomentando su interpretación extensiva mediante conceptos como el «principio de eficacia o la idea de poderes implícitos de una organización internacional»²⁸.

²⁷ Vid. un análisis de las posiciones de autores polacos como KOCOT, NAHLIK o EHRlich, KLAFKOWSKI, o soviéticos BROVOC, MALININ y SKAKUNOV, o G. Tunkin en MACDONALD, R. ST.J., «The United Nations charter: Constitution or contract?», *The structure and process of international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, MACDONALD, JOHNSTON (dir.), pp. 889 ss.

²⁸ Vid. ESPÓSITO, C., *La jurisdicción consultiva de la Corte internacional de Justicia*, Madrid, McGrawHill, Monografía, Ciencias jurídicas, 1996, pp. 173 ss. Esta idea se refleja en la jurisprudencia del TIJ desde el Asunto Reparaciones al estimar el Tribunal que hay poderes o competencias de las organizaciones que no están expresamente previstas en la Carta, conferidos a la Organización por implicación necesaria por ser esenciales para el cumplimiento de sus deberes. TIJ, Rec. 1949, p. 174.

4. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

La evolución del DI ha conducido a una transformación de su naturaleza permitiendo estas nuevas dimensiones constitucionales. Esta evolución se observa en las transformaciones normativas (normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, por ejemplo) y del conjunto del Derecho internacional. BEDJAOUÍ ha señalado los principales rasgos básicos de esta transformación al indicar:

No se pueden negar que los progresos de la institucionalización, véase de la integración y de la «mundialización de la sociedad internacional». La prueba es la multiplicación de organizaciones internacionales, la sustitución progresiva de un Derecho internacional de la cooperación al Derecho internacional clásico de la coexistencia, la emergencia del concepto de Comunidad internacional y las tentativas a veces coronadas de éxito de subjetivización de esta última. De todo esto se encuentra testimonio en el lugar que el Derecho internacional otorga hoy a conceptos como los de obligaciones *erga omnes*, de *ius cogens* o al patrimonio común de la Humanidad²⁹.

Estos rasgos muestran el tránsito de un Derecho internacional particularista, voluntarista, bilateralista y recíproco, en síntesis relativista, a otro más *comunitario*, institucional, solidario y abierto a los intereses comunes, como señala la doctrina internacionalista.

La Comunidad internacional reconoce ciertos *valores fundamentales universales de convivencia*, que están positivizados en los principios fundamentales y desarrollados en normas del ordenamiento. Se trata de un *fenómeno reciente* que, como señala el profesor MARIÑO³⁰ ha provocado cambios en el conjunto del ordenamiento jurídico internacional dando lugar a *situaciones jurídicas subjetivas de carácter constitucional*, sobre todo en relación con los principios fundamentales (que tienen valor jurídico superior y que están en la Constitución del ordenamiento internacional) que prohíben recurrir a la fuerza (y protegen una dimensión esencial de la paz) y que obligan a respetar los

²⁹ Dictamen del TIJ relativo a la licitud del uso del arma nuclear, TIJ, Rec. 1996, Declaración de M. BEDJAOUÍ, pág. 13.

³⁰ Dentro de la Constitución del ordenamiento internacional el prof. MARIÑO incluye las siguientes categorías de normas: a) Normas que consagran los valores fundamentales universales de convivencia aceptados por la comunidad internacional; b) Normas que determinan los sujetos (principio estructural que determinan la plena subjetividad internacional de todo Estado soberano); Normas que organizan las funciones de producción de normas, generales y particulares, que incluyen su creación, modificación y terminación. La función de reconocimiento de normas, es decir la de identificar cuáles son las normas válidas dentro del sistema en un caso concreto. La función de garantía de aplicación de normas en el propio orden internacional, a través del establecimiento de la responsabilidad, el recurso a procedimiento de solución pacífica de controversias o la aplicación coercitiva de medidas para hacer cumplir el resto de las normas. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales...», *op. cit.*, pp. 315-363.

derechos humanos y libertades fundamentales (y protegen la dignidad del ser humano)³¹.

Desde esta perspectiva el orden internacional tiene una unidad material, es decir, que en terminología hartiana contiene *reglas primarias de alcance universal*, lo que implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios universalmente un *núcleo duro de principios y de reglas del Derecho internacional*, un *orden público internacional*, reducidos en número y que tiene una naturaleza consuetudinaria, constituyendo parámetros de validez y de inspiración de las normas generales y particulares de Derecho internacional.

En esta Constitución material se deberían incluir en nuestra opinión los *principios esenciales de la coexistencia y la cooperación entre los Estados* (contenidos en la Res. 2625 (XXV) de la AGONU sobre los principios de Derecho internacional sobre las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados). De ahí que autores como DÍEZ DE VELASCO³² los denominen *principios constitucionales* o estructurales, cuya naturaleza depende de su contenido material y no de su fuente formal, y de la práctica internacional sobre los mismos. Formarían también parte de esa Constitución las *normas secundarias básicas y generales del Derecho internacional general*, relativas a la creación, cambio y aplicación; también las normas que determinan el «círculo de las *entidades* cuyos intereses y cuyas conductas son considerados jurídicamente relevantes en el ordenamiento internacional y son así sujetos de éste, como la que establece el principio de la plena subjetividad de todo Estado soberano»³³. Las nociones de *Comunidad internacional y de Humanidad* también contribuyen a resaltar la dimensión constitucional del orden internacional, al corporeizar los intereses comunes, las aspiraciones e intereses, reglas y haber producido una cierta institucionalización de los mismos.

III. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA HASTA EL TRATADO CONSTITUCIONAL

La relevancia de la idea de Constitución Europea no aparece con la reciente adopción del *Tratado por el que se establece una Constitución*

³¹ Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales...», *op. cit.*, p. 328, 334 y 335.

³² Vid. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 12 edición, Madrid, Tecnos, 1999, p. 101.

³³ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales...», *op. cit.*, pp. 323-324.

para Europa, sino que es muy anterior a ella, como muestran las valiosas aportaciones de la doctrina científica³⁴ y de las instituciones³⁵, sobre esta cuestión. La relevancia de la idea de Constitución aplicada a la construcción europea se pone de moda fundamentalmente desde que el TJCE realizase una aproximación constitucionalizadora a los Tratados³⁶.

En este sentido, la jurisprudencia del TJCE aborda la cuestión mediante lo que se ha calificado como *constitucionalización* del ordenamiento jurídico comunitario³⁷. Así constata la existencia de principios y características del Derecho comunitario que parecen alejar a la Comunidad de la teoría clásica de las organizaciones internacionales³⁸, al

³⁴ Vid., entre otros: BERNHARDT, R. «La fuentes del Derecho comunitario: la «constitución» de la Comunidad», en *Treinta años de Derecho Comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1981, pp. 73-86; BLANCHARD, D. *La constitutionnalisation de l'Union Européenne*. Paris: Apogée, 2001, 476 pp.; CASSESE, S., «La Costituzione Europea», *Quaderni Costituzionali*, 1991, núm. 3, pp. 487-508; CONSTANTINESCO, L. J., «La Constitution Économique de la CEE», *RTDE*. 1977, pp. 244-281; «La nature juridique des Communautés Européenne», *Annales de la Faculté de Droit, d'économie et de Sciences Sociales de Liege*. 1979, núm. 4, pp. 151-192; DE WITTE, B., «International Agreement or European Constitution?», en WINTER, J. A.; CURTIN, D.; y KELLERMANN, A. E. (et al.), (eds.). *Reforming the Treaty on European Union —The legal Debate—*. The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1996, pp. 2-18; DÍEZ-PICAZO, L. M., «Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea», *RIE*. 1993, núm. 2, vol. 20, pp. 533-559; FLAUSS, L. (dir.), *Vers un droit Constitutionnel Européen. Quel Droit Constitutionnel Européen? Actes du Colloque des 18 et 19 juin 1993. 40 Anniversaire de l'IHEE, Université Robert Schuman, Strasbourg*, publicado en *RUDH*, 1995, vol. 11-12, pp. 357-468; GERKRATH, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Bruxelles: Université de Bruxelles, 424 pp.; HARTLEY, T. C., «Constitutional and institutional aspects of the Maastricht Agreement», *ICLQ*. 1993, vol. 42, pp. 213-237; *Constitutional problems of the European Union*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999, 195 pp.; LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1995, pp. 9 y ss.; MANCINI, G. F., «The making of a constitution for europe», *CMLR*. 1989, vol. 26, pp. 595-614; MANGAS MARTÍN, A., «Reflexiones en torno al “proceso de constitucionalización” de la integración Europea», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Madrid, Trotta, 200, pp. 423-433; OBRADOVIC, D., «Community Law and the doctrine of divisible sovereignty», *LIEI*. 1993, núm. 1, pp. 1-21; PIRIS, J. C., «L'union Européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?», *RTDE*. 1999, núm. 4, vol. 35, pp. 599-635; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La Constitución de la Comunidad Europea», *Noticias CEE*. 1993, núm. 100, pp. 93-99; WEILER, J. H. H., «The Transformation of Europe», *The Yale Law Journal*, 1991, núm. 100, pp. 2403-2483.

³⁵ Vid. por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de julio de 1990 sobre las Orientaciones del Parlamento Europeo acerca de un Proyecto de Constitución para la Unión Europea (DOCE C 231 de 17 de septiembre de 1990); Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1990 sobre las bases constitucionales de la Unión Europea (DOCE C 19 de 28 de enero de 1991); *Contribución a un anteproyecto de Constitución de la Unión Europea elaborado por la Comisión* (Proyecto Penélope). Documento de Trabajo de 4 de diciembre de 2002.

³⁶ JACQUÉ, J. P., «Cours Général de Droit Communautaire», *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, vol. I, pp. 266.

³⁷ En particular, sobre la constitucionalización de los Tratados puede verse: JACQUÉ, J. P., *Ibid.* especialmente pp. 265 y ss.; MANCINI, G. F., «The making...», *op. cit.*, WEILER, J. H. H., «The transformation...», *op. cit.*

³⁸ Vid. Principio de aplicabilidad directa o inmediata y limitación definitiva de los derechos soberanos de los Estados (STJCE de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa vs. ENEL*, As. 6/64),

tiempo que califica a los Tratados como Carta Constitucional de la Comunidad³⁹. De entre los numerosos pronunciamientos del Tribunal que han contribuido a la Constitucionalización de los Tratados⁴⁰, dos resultan particularmente ilustrativos sobre el concepto pretoriano de Constitución utilizado por el TJCE. En la sentencia *Les Verts*⁴¹, el TJCE califica por primera vez los Tratados como *Carta Constitucional Básica* de una Comunidad que es una Comunidad de Derecho⁴²; en el Dictamen

efecto directo (STJCE 5 de febrero de 1963, *N.V. Algemene Transport — en expeditie Onderneming van Gend & Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen*, as. 26/62), primacía (STJCE de 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. SPA Simmenthal*, as. 106/77), responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario (STJCE de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich y otros vs. República Italiana*, as. ac. C-6 y 9/90). Esto, además de *los importantes cambios que para el sistema jurídico y judicial de los Estados han implicado los principios establecidos por el Tribunal* (Vid. una apreciación de conjunto en RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Cuadernos de estudios europeos, Civitas, 1993, 202 pp; FERNÁNDEZ LIESA, C., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las directivas comunitarias, y su posible incidencia en el Derecho Laboral español», R.L., núm. 11, año 9, junio de 1993, pp. 92-120; MARIÑO MENÉNDEZ, F.; MORENO CATENA, V., y MOREIRO, C., *Derecho procesal comunitario*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, 335 pp.). Sobre las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario respecto del orden jurídico internacional puede verse: CONSTANTINESCO, L., «La spécificité du droit communautaire», *RTDE*. 1966, núm. 2, pp. 1-30; JACOT-GUILLARMOD, O., *Droit Communautaire et Droit international public: Études des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés Européennes*. Genève: Librairie de l'Université, 1979, 299 pp.; MÉGRET, J., «La spécificité du droit communautaire», *Revue Internationales de Droit Comparé*. 1967, vol. 19, pp. 565-577; PESCATORE, P., «International law and Community Law-A comparative analysis», *CMLR*. 1970, núm. 1, vol. 7, pp. 167-183; «L'apport du Droit communautaire au droit international public», *CDE*. 1970, núm. 1, pp. 501-525.

³⁹ Vid. *infra*.

⁴⁰ De entre ellas, a título de ejemplo, además de las ya citadas en nota anterior (*Costa, Van Gend & Loos, Simmenthal, Francovich*) pueden verse: STJCE de 13 de noviembre de 1964, *Comisión vs. Reino de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, as. ac. 90 y 91/63; STJCE de 14 de marzo de 1974, *J. Nold vs. Comisión*, as. 4/73; STJCE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne vs. SABENA*, as. 43/75; Dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977 sobre la compatibilidad con el Tratado CEE del Proyecto de Acuerdo relativo a la constitución de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior; STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbh vs. Einfuhr — und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, as. 11/70; STJCE de 29 de octubre de 1980, *Maizena Gmgh vs. Consejo*, as. 139/79; Orden del TJCE de 13 de julio de 1990, en el caso 2/88, *J.J. Zwartveld y otros*.

⁴¹ STJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Parti Ecologiste Les Verts vs. Parlamento Europeo*. En esta ocasión el TJCE, apartándose del texto del art. 173 TCE, que sólo preveía el control de la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión, declaró que los actos del Parlamento Europeo que producen efectos jurídicos para terceros también están sujetos a dicho control. Conclusión que se basa en que la «Comunidad económica europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional que constituye el Tratado». Sobre esta sentencia puede verse: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RIE*, 1994, núm. 40, pp. 257-265; JOLIET, R., «Quelques réflexions sur les effets des accord internationaux liant la Communauté dans l'ordre juridique communautaire», en *Hacia un nuevo orden...*, *op. cit.*, pp. 985-1006.

⁴² Pár. 23.

1/91⁴³, el TJCE también califica a los Tratados como *Carta Constitucional de una Comunidad de Derecho* (la Comunidad Europea) y, además, señala expresamente *ciertos rasgos esenciales* de su ordenamiento jurídico (primacía y efecto directo)⁴⁴.

El concepto de los Tratados como Constitución de la Comunidad supera la simple identificación de cualquier Tratado constitutivo de una organización internacional como la Norma fundamental de ésta⁴⁵. Para el TJCE los Tratados, no obstante su origen internacional⁴⁶, son la *Carta Constitucional de la Comunidad* en cuanto que, más allá de su carácter constitutivo y organizativo como normas generadoras de un ordenamiento jurídico⁴⁷, han dado luz a un ordenamiento jurídico propio⁴⁸, una Comunidad de Derecho⁴⁹, que tiene primacía sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros⁵⁰, lo que tiene una relevancia jurídica innegable⁵¹.

⁴³ Dictamen 1/91 de 14 de diciembre sobre la compatibilidad del Proyecto de Tratado sobre el EEE y el Tratado de la Comunidad. Sobre este Dictamen *vid.*: BOULOIS, J., «Les avis de la Cour de justice de Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace Économique Européen», *RTDE*, 1992, núm. 28, pp. 457-463; DA CRUZ VILAÇA, J. L.; PIÇARRA, N., «Y-at-il des limites matérielles à la revision des Traités instituant les communautés Européennes?», *CDE*, 1993, Mai, pp. 3-37; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «L'espace Économique sous le regard des juges de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *RMC*, 1992, núm. 360, pp. 603-612; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La noción de Constitución europea...», *op. cit.*, pp. 273-282; GAUDISSERT, M. A., «La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés Européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen», *RMUE*, 1992, núm. 1-2, pp. 121-136; VALLE GÁLVEZ, A., «La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo», *RJE*, 1993, núm. 1, pp. 155-193;

⁴⁴ Pár. 21

⁴⁵ *Vid.* Sobre esa significación, con carácter general: WAELBROECK, M., «Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?», *Travaux et Conférences de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 1964, vol. II, pp. 75-76).

⁴⁶ Dictamen 1/91, Pár. 21

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ STJCE de 15 de julio de 1964, *Costa*, *cit.* Esto significa que el ordenamiento jurídico comunitario es un ordenamiento jurídico autónomo en sus fuentes, su contenido y su control jurisdiccional (*Vid.* MÉGRET, J., «La spécificité...», *op. cit.*, p. 566; JACQUE, J. P., «La Constitution...», *op. cit.*, pp. 397 y ss).

⁴⁹ STJCE de 23 de abril de 1986, *Les Verts*, *cit.* pár. 23.

⁵⁰ *Vid. ibid.*

⁵¹ Como ha dicho el profesor Díez-PICAZO, «se trata de equiparar la fuerza vinculante de los Tratados constitutivos a las más elevadas manifestaciones del Estado de Derecho a nivel nacional, esto es, no como puro principio de legalidad, sino también como puro principio de constitucionalidad» («*Reflexiones...*», *op. cit.*, p. 535). En el Dictamen 1/91 el TJCE llegó aún más lejos. Tras afirmar que «...el art. 238 del Tratado CEE no proporciona base alguna para establecer un sistema jurisdiccional que infringe el art. 164 de este Tratado y, de modo más general, los propios fundamentos de la Comunidad» (pár. 71), el TJCE respondió en los siguientes términos a la pregunta de la Comisión sobre la posibilidad de utilizar el entonces art. 236 TCEE previsto para la revisión del Tratado, con el fin de hacer compatible ese Tratado con el acuerdo EEE: «Por esas mismas razones, la modificación de esta disposición en el sentido indicado por la Comisión no podía subsanar la incompatibilidad con el Derecho comunitario del sistema jurisdiccional del Acuerdo»

El concepto de *Carta Constitucional* sirve para definir el papel de los Tratados en el orden comunitario y en el de los Estados miembros y, al mismo tiempo, singularizar estos Tratados en el marco de los Tratados constitutivos de otras organizaciones internacionales, aun teniendo origen internacional. Por ello, a pesar de su origen internacional-conven-cional, se trata de un orden jurídico específico si bien forma parte del fenómeno jurídico internacional. Ello no obstante, los Tratados han actuado como Constitución material al tiempo que cabe identificar en los mismos ciertas dimensiones constitucionales originales e innovadoras⁵².

No cabe afirmar que los Tratados puedan concebirse como una Constitución formal y clásica. A pesar de la letra del Preámbulo⁵³, de los arts. 6 y 7 TUE⁵⁴, de la jurisprudencia en materia de derechos funda-mentales⁵⁵, del reconocimiento de derechos de carácter económico y social⁵⁶, y de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁵⁷, faltaba en los Tratados un catálogo de derechos y libertades funda-mentales jurídicamente vinculante que reflejase la dimensión objetiva (valo-res y principios que deben inspirar la totalidad de un orden jurídico) y la dimensión subjetiva (como derechos subjetivos), que son las dos fun-

(pár. 72). (La cursiva es nuestra). Algunos autores han visto en estas palabras del Tribunal la exis-tencia de *límites materiales a la revisión del Tratado* (Vid. *infra*).

⁵² Vid. en general: JACQUÉ, J. P. «Cours General...», *op. cit.*, pp. 265 y ss.; RODRÍGUEZ IGLE-SIAS, G. C., «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», *GJUE*, abril-mayo 1999, núm. 200, p. 2; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1998, p. 37.

⁵³ Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros confirman en el Preámbulo su «adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las liber-tades fundamentales y del Estado de Derecho [...] a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea [...] y en la Carta comunitaria de los derechos sociales funda-mentales de los trabajadores, de 1989», y muestran su deseo de «acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, [...] fortalecer el funcionamiento democrático y eficaz de las instituciones» [...].

⁵⁴ El art. 6 TUE establece que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, prin-cipios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetara los derechos fundamenta-les tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humano-s y de las Libertades Fundamentales [...] y tal y como resultan de las tradiciones con-stitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comu-nitario». El art. 7 TUE recoge la posibilidad de suspender determinados derechos para el Estado miembro de la Unión Europea en caso de *violación grave y persistente* por parte de éste, de los principios del art. 6.

⁵⁵ Vid., por ejemplo: STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Eric Stauder vs. Stadt UCM-SOZIALAMT*, as. 29/69; STJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold, cit.*; STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Handelsgesellschaft...*, cit. Estas tres sentencias establecen «las ideas clave de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE, que éste irá desarrollando y aplicando en su jurisprudencia posterior, sin apartarse por ello de las mismas» (PI LLORENS, M., *Los derechos fun-damentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 25).

⁵⁶ Como por ejemplo, la libre circulación de trabajadores (arts. 39 y ss. TCE) y la libre pres-tación de servicios (arts. 49 y ss.).

⁵⁷ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada de manera solemne y conjunta por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo el 7 de diciembre de 2000. Se trata de un texto que no tiene carácter jurídico vinculante por el momento.

ciones básicas que cumplen en un orden jurídico moderno y avanzado la protección de los derechos fundamentales.

Si bien esto ha cambiado en parte en el nuevo Tratado constitucional, la nueva situación tampoco es equiparable a la de la Constitución de un Estado porque, entre otras cosas, el poder constituyente no ha sido transferido, a parte de que el poder constituido sigue teniendo algunos déficits de legitimidad democrática, aunque el modelo sea mucho más avanzado comparado con otras organizaciones internacionales⁵⁸.

2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA DESDE EL TRATADO CONSTITUCIONAL

Cabe plantearse si el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004⁵⁹, supone una mutación de la situación previamente descrita o si, por el contrario, implica un avance en la idea de Constitución europea.

Cabe señalar que, tras las incertidumbres derivadas del fracaso de la Conferencia intergubernamental celebrada en Bruselas en diciembre de 2003⁶⁰, el consenso se ha conseguido desde un mayor espíritu conciliador de los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE, en la Cumbre de Bruselas celebrada en junio de 2004⁶¹. Este texto tiene su origen en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para

⁵⁸ Además, cabe recordar que la primacía no ha sido plenamente aceptada desde el ángulo de los Tribunales Constitucionales, por lo que se refiere a las respectivas constituciones estatales. Son muy ilustrativas las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán de 12 de octubre de 1993 (puede leerse en español en *RIE* 1993, núm. 3, vol. 20, pp. 975-1030) y sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 6 de abril de 1998 (puede leerse en DYRBERG, P. «La constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)», *RDCE*, 1998, núm. 4, pp. 578-586). *Vid.* sobre esta cuestión: RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», en PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (*et alii*). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1175-1200, especialmente, pp. 1191-1200.

⁵⁹ CIG 87/02/04 de 29 de octubre de 2004.

⁶⁰ Abierta el 4 de octubre de 2003 en Roma, el cierre de la CIG estaba inicialmente previsto para los días 12 y 13 de diciembre en Bruselas. El fracaso estuvo originado, fundamentalmente por la oposición de España y Polonia a un nuevo reparto de votos en el Consejo que, a su juicio, disminuía su cuota de poder en él. Todos los documentos de la CIG 2003 pueden consultarse en http://ue.eu.int/cms3_applications/Applications/igc/doc_register.asp?lang=ES&cmsid=576.

⁶¹ El texto consta de cuatro partes y dos adendas (una de declaraciones y la otra de protocolos). La primera parte, que no tiene denominación recoge, con carácter general, los caracteres generales y de funcionamiento de la nueva Unión; la segunda de ellas recoge la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión; la tercera, desciende de modo concreto a las políticas y funcionamiento de la Unión; la cuarta y última parte cuenta, además, con una adenda en la que se integran los protocolos tradicionalmente anejos a los Tratados de la Unión y que no resultan derogados.

Europa elaborado por la Convención Europea⁶² que presidió Giscard d'Estaing.

Durante los trabajos de la Convención⁶³ se barajó un amplio abanico semántico en el que latía implícitamente el debate sobre el significado del término Constitución: Tratado básico o Fundamental, Tratado constitutivo, Tratado Constitucional Europeo, Tratado constitucional, Tratado para una Constitución Europea, Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa... El documento final de la Convención optó por esta última denominación. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la denominación de un texto normativo no determina su naturaleza; esto significa que de la sola denominación del texto no es posible determinar que necesariamente estemos, en este caso, ante una Constitución en sentido clásico y formal⁶⁴.

A priori es innegable el *sello constitucional* que los Estados miembros han imprimido al proceso de integración mediante el nuevo texto. Sin embargo, resulta dudoso que este texto suponga un salto cualitativo en la construcción europea desde la perspectiva de la idea de Constitución material y formal. Además, tampoco introduce novedades verdaderamente relevantes en el proceso de constitucionalización ya menciona-

⁶² CONV 850/03 de 18 de julio. A su vez, el texto de la Convención tiene su origen en la Declaración relativa al Futuro de la Unión aneja al Tratado de Niza y en el Consejo Europeo de Laeken. Por una parte, la Declaración proponía un amplio debate sobre el futuro de Europa con la participación de sectores económicos, políticos, de la sociedad civil, representantes de la UE, etc., y planteaba cuatro grandes cuestiones de alcance constitucional: 1. Delimitación más clara de competencias entre Unión Europea y Estados miembros; 2. Estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales; 3. Simplificación de los Tratados; 4. Función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura de Europa. Por otra parte, el Consejo Europeo de Laeken, celebrado un año después de la *Cumbre de Niza*, además de convocar una Convención sobre el futuro de Europa con objeto de examinar «las cuestiones esenciales que plantea el futuro desarrollo de la Unión e investigar las distintas respuestas posibles» para preparar la conferencia intergubernamental de 2004, planteó también, por primera vez, la posibilidad de que las reformas a introducir aconsejaran la adopción de un *texto constitucional*. La Convención Europea podría definirse como un foro de reflexión y discusión previo a la CIG. En ella han participado representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno, y de los parlamentos nacionales de los países miembros de la UE y de los países candidatos, del Parlamento europeo, de la Comisión. Los representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, del defensor del pueblo e interlocutores sociales serán observadores. Se constituyó, en paralelo, un *foro*, con el fin de que la sociedad civil pudiera participar de los trabajos de la convención (*Vid.* Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken, 14-15 de diciembre de 2001). Todos los documentos de la Convención pueden verse en <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=ES>.

⁶³ La Convención Europea desarrolló su trabajos inició sus trabajos el 1 de marzo de 2002 y aunque debía terminarlos el 1 de marzo de 2003, tuvo que prorrogarlos hasta el 10 de julio de 2003. Los Grupos de Trabajo creados al efecto fueron los siguientes: Subsidiariedad (Grupo I); Carta de los Derechos Fundamentales (Grupo II); Personalidad Jurídica (Grupo III); Parlamentos nacionales (Grupo IV); Competencias complementarias (Grupo V); Gobernanza Económica (Grupo VI); Acción Exterior (Grupo VII); Defensa (Grupo VIII); Simplificación (Grupo IX); Libertad, Seguridad y Justicia (Grupo X); Europa Social (Grupo XI).

⁶⁴ DíEZ-PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 2002, p. 83.

do, si bien es importante como símbolo y también ha clarificado sistemáticamente algunos aspectos.

Como indica Blumann sería un error ver un salto cualitativo en la construcción europea a partir de este momento, por la sola razón de que el texto se califique con el prestigioso nombre de Constitución⁶⁵; ello, con independencia de reconocer que no deja de ser un avance (sólo nominal, eso sí) que, por primera vez, un texto de Derecho comunitario en la Unión Europea se califique a sí mismo como tal. Algunos elementos del texto⁶⁶ potencian las dimensiones constitucionales del Derecho comunitario, en la idea de profundizar en una constitución material, pero en su conjunto hay más continuidad que cambio de modelo⁶⁷.

Aunque algo paradójica, la expresión *Tratado constitucional* quizás sea la mejor para calificar un texto con contenidos constitucionales pero cuya forma y características son todavía internacionales en esencia⁶⁸. Por ello, como se ha señalado, hablar simplemente de *Tratado* sería obsoleto, y sólo de *Constitución*, prematuro⁶⁹.

3. LAS DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO COMUNITARIO HASTA EL TRATADO CONSTITUCIONAL

Como hemos visto los Tratados de la Comunidad tienen algunas características que permitían afirmar, no tanto la existencia de una Constitución formal, cuanto de *elementos constitucionales, características constitucionales de los Tratados o de una cierta dimensión constitucional del Derecho comunitario*⁷⁰. En este sentido puede hablarse de *Cons-*

⁶⁵ BLUMANN, C., «Quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union Européenne», *Revue de Droit Publique*, 2003, núm. 5, p. 1273.

⁶⁶ Entre ellos la Convención Europea que precedió a la CIG, la introducción de una Carta de Derechos fundamentales con carácter jurídico vinculante y la adhesión al CEDH.

⁶⁷ Vid. ZILLER, J., *La nouvelle Constitution Européenne*. Paris: La Découverte, 2004, p. 16. *vid.* en el mismo sentido: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Hacia una Constitución Europea: un balance de los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho de la UE*, 2004, núm. 6, pp. 207; ALDECOA LUZARRAGA, F., «El resultado definitivo de la Convención Europea: la existencia de una Constitución para Europa», *Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo núm. 63. www.realinstitutoelcano.org; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *RDCE*, 2003, núm. 15, p. 53; Incluso, quizás, podríamos afirmar que la introducción del Derecho de retirada de los Estados recogido en el art. I-60 supondría cierto *retroceso constitucional* al menos, desde la perspectiva de interpretaciones clásicas sobre tal extremo, controvertidas. *Vid. infra*.

⁶⁸ Vid. LOUIS, J. V., «L'Union Européenne dans le projet de Constitution», *RDP*, 2003, núm. 5, p. 1265.

⁶⁹ GRARD, L., «Traité Constitutionnel», une réalité juridique», *RDP*, 2003, núm. 5, p. 1263.

⁷⁰ PIRIS, J. C., «Does the European Union have a Constitution? Does it need one?», *Harvard Jean Monnet Working paper*, 5/00, p. 6; CURTIN, D., «The Constitutional structure of the European Union: A Europe of bits and pieces», *CMLR*, 1993, pp. 17-69; MANCINI, F., «The Making...»,

*titución material*⁷¹, como ya hemos señalado. Así, indica Rodríguez Iglesias que estos Tratados y ciertos principios generales de carácter fundamental que son comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros otorgan una cierta dimensión constitucional al Derecho comunitario⁷². De entre estas *dimensiones constitucionales*⁷³ cabe destacar, muy sucintamente, las siguientes:

En primer lugar, los Tratados ocupan la posición suprema de la jerarquía normativa comunitaria, supremacía que es garantizada por el control de legalidad comunitaria⁷⁴. La *primacía* se ve complementada y garantizada por el efecto directo y la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario⁷⁵.

op. cit.; STEIN, E., «Lawyers, judges and the making of a transnational Constitution», *AJIL*, 1981, pp. 1-27. *Vid.* también GRAIG, P., «Constituciones...», *op. cit.*; WEILER, J., y HALTERN, U., «Constitutional or international? The Foundations of the Community legal order and the question of judicial kompetenz-kompetenz». *The European Court and National Courts. Doctrine and jurisprudence*. Oxford: Hart publishing, 1998, cap. 12; en la misma publicación STONE SWEET, A., «Constitutional dialogues in the European Community», capítulo 11; PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited», *CMLR*, 1999, vol. 36, núm. 4, pp. 703 y ss.; FRANKENBERG, G., «The return of the contract: Problems and pitfalls of European Constitutionalism», *ELJ*, 2000, vol. 6, núm. 3, pp. 258 y ss.; SCHWARZE, J., «The Birth of a European Constitutional order: the interaction of National and European Constitutionalism», en SCHWARZE, J. (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2001.

⁷¹ *Vid.* MANGAS MARTÍN, A., «Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización de la integración Europea». *Homenaje al Prof. J. M. Castro-Rial*, Madrid: Trotta, 2002, p. 426.

⁷² RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, Discurso de recepción en la Academia asturiana de jurisprudencia, Oviedo, 1998. Para otros autores no cabría hablar de Constitución de la Comunidad Europea sino de principios constitucionales recogidos en un conjunto de textos, al igual que ocurría con los tratados constituyentes. En este sentido, MEDINA, M., *Hacia una Constitución europea*. Cuadernos de la Cátedra J. B. SCOTT, Universidad de Valladolid, 1994, p. 14.

⁷³ Sobre esto *vid.* CASSESE, «La Costituzione...», *op. cit.*; BERNHARDT, R., «Las fuentes del Derecho comunitario...», *op. cit.*; CARRERAS SERRA, F., DE., *Por una Constitución Europea*, *REP*, núm. 90, 1995, pp. 193 ss; CONSTANTINESCO, V., «Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, pp. 5 y ss; DíEZ-PICAZO, L. M., «Reflexiones...», *op. cit.*; ELEFFHERIADIS, P., «Aspects of European Constitutionalism», *ELR*, vol. 26, 1996-1, pp. 32 y ss.; GRIMM, D., «Does Europe need a Constitution?», en GOWAN, P., ANDERSON, P. (eds.). «The Question of Europe», Londres, Nueva York: Verso, 1997, pp. 239-258; LA PERGOLA, A., «¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?», En OREJA AGUIRRE, M. (dir.). *La Constitución Europea*, Madrid: Universidad Complutense, 1994, pp. 43-51; MANCINI, F., «The making...», *op. cit.*; MEDINA, M. *Hacia una Constitución...*, *op. cit.*; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; MANGAS MARTÍN, A., «Reflexiones sobre el proyecto de Constitución Europea ante la perspectiva de la reforma de 1996», *REDC*, núm. 45, 1995, pp. 135 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «¿Necesita la Unión Europea una Constitución? Reflexiones en torno a una discusión casi estéril», *BeuLR*, 1997, suplemento núm. 0 (mayo 1997), pp. 13-21; ZULEEG, M., «The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario», *ELR*, 1997, vol. 22, núm. 1, pp. 19-34.

⁷⁴ RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., *Ibidem*; DíEZ-PICAZO, L. M., «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 535.

⁷⁵ *Vid. supra*.

En segundo lugar, por lo que respecta a la *organización de los poderes en los Tratados*, en cuanto al reparto de competencias Estados-Comunidad y al reparto de poderes en el interior de ésta, cabe destacar en primer lugar la relevancia y originalidad de los *principios que estructuran las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros*⁷⁶. En segundo lugar, en relación con la estructura orgánica, las instituciones desarrollan las tres funciones constitucionales básicas (legislativa, ejecutiva y judicial) y están sometidas a diversos pesos y contrapesos que tienen como consecuencia la estrecha colaboración entre las instituciones. El principio de equilibrio institucional implica, como ha señalado el TJCE, que «cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de los demás»⁷⁷, lo que tiene semejanza con el principio de separación de poderes. Sin embargo, esta separación no es tal⁷⁸ porque sólo una de las instituciones —el TJCE— detenta en exclusiva uno de los poderes, el judicial, mientras que el Consejo y el Parlamento comparten el legislativo y la Comisión, por su parte, detenta fundamentalmente el ejecutivo, aunque con un importante papel del Consejo.

En tercer lugar, *las competencias del TJCE evocan a un Tribunal Constitucional*, porque juega un papel fuera de lo común para las jurisdicciones internacionales tradicionales, y ejerce funciones no sólo como jurisdicción internacional y administrativa, sino también constitucional⁷⁹.

El TJCE garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados⁸⁰. Mediante esta función, el TJCE ha sido fundamental en la denominada constitucionalización del Derecho comunitario⁸¹. Es de destacar, también, la *naturaleza constitucional de la jurisdicción del Tribunal de Justicia en materia de delimitación de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros* y su papel en los *conflictos de competencias entre las instituciones comunitarias*. El propio TJCE ha definido su papel al respecto como *constitucional*⁸².

⁷⁶ Principio de atribución de competencias (art. 5, 1er. pár. TCE); principio de subsidiariedad (art. 5, 2.º pár. TCE); principio de proporcionalidad (art. 5, 3er. pár. TCE); principio de cooperación leal (art. 10 TCE); respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (art. 6.3 TUE).

⁷⁷ Vid., por ejemplo, STJCE de 22 de mayo de 1990, *Parlamento Europeo vs. Consejo de las Comunidades Europeas (as. Chernobyl)*, C-70/88, FJ 22.

⁷⁸ JACQUÉ, J. P., «Cours Général...», *op. cit.*, p. 142.

⁷⁹ Vid. una apreciación general en DEHOUSSE, R., *La Cour de Justice des Communautés Européennes*. Montchrestien: Clefs, 1994, p. 21.

⁸⁰ Vid. art. 220 TCE.

⁸¹ Vid. *supra*.

⁸² Vid., por ejemplo, el Informe del TJCE, emitido con ocasión de la CIG'96, sobre ciertos aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, Luxemburgo, mayo de 1995.

Otro elemento de constitucionalidad del Tratado se relaciona con la *rigidez del Tratado para su revisión*, lo que no significa que sea intangible. El Tratado sólo puede revisarse por el procedimiento expresamente previsto para ello, recogido en el art. 48 TUE⁸³. La exclusividad de ese procedimiento para la revisión ha sido mantenida tanto por el TJCE⁸⁴ como por buena parte de la doctrina científica⁸⁵ sobre la base, en última instancia, de la autonomía de su Derecho. La obligatoriedad de respetar un determinado procedimiento en la revisión del Tratado se encuentra, para algunos autores, indefectiblemente unida a que el contenido de tales revisiones tenga que respetar precisamente aquellos elementos que pretenden protegerse estableciendo esa exclusividad del procedimiento de revisión⁸⁶. De ahí algunos autores desprenden que, además, el origen de los límites formales a la revisión estaría en la existencia de límites materiales, esto es, en la imposibilidad de alterar ciertos elementos consus-

⁸³ El procedimiento de revisión tiene como peculiaridad, en comparación con el procedimiento típico de revisión de los Tratados internacionales previsto en el art. 39 Cv. Viena, la participación de las instituciones de la Unión.

⁸⁴ STJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, cit. Vid. también, por ejemplo, el Dictamen del TJCE 1/92... cit., en donde el Tribunal dijo que «las competencias que el Tratado confiere al TJCE sólo pueden ser modificadas a través del procedimiento previsto en su art. 236» (pár. 32). En la STJCE de 6 de abril de 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) y Independent Television Publications LTD (ITP) vs. Comisión*, as. ac. C-241/91 P y C-24/91 P, el Tribunal dijo que «las disposiciones de un Convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado o, en su caso, con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro, convenio al que se aplica el art. 234 del Tratado, no podía invocarse para limitar la competencia de la Comunidad, tal como la establece el TCEE, puesto que éste sólo podría revisarse conforme al procedimiento del art. 236» (pár. 86).

⁸⁵ DA CRUZ VILAÇA, J. L., y PIÇARRA, N., «Y-a-t-il des limites materielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?», *CDE*. Mai 1993, pp. 14-16; DíEZ-PICAZO, L. M., «Reflexiones...», *op. cit.*, pp. 533-537; JACOT-GUILLARMOD, O., *Droit Communautaire...*, *op. cit.*, p. XXVII y pp. 11, 41-42 y 45-47; JACQUÉ, J. P., «Cours général...», *op. cit.*, especialmente pp. 256-260 y 267-273; LAMBERS, H. J., «Les clauses de révisions des Traités instituant les Communautés Européennes», *AFDI*, 1961, pp. 602-604; LASOK, D., «The Communities: the scope of the Treaties», en VAUGHAN, D. (Ed.) *Law of the European Communities*. London: Butterworths, 1986, p. 51; LOUIS, J. V., «Quelques considerations sur la révision des Traités instituant les Communautés», *CDE*. 1980, núm. 5-6, pp. 554-557; Id. «La révision des traités et l'Union Européenne». En MIROIR, A. (ed.), *Pensée et construction Européennes. Hommage à Georges Goriely*. Bruxelles, CERIS, 1990, p. 195; SIMON, D., «Commentaire article 236 TCEE». En CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R., y JACQUÉ, J. P. (et al.) (dirs.) *Traité instituant la CEE...*, *op. cit.*, pp. 1546-1547. En opinión de BERNHARDT, R., la razón de la obligada utilización de los procedimientos de revisión prescritos por los Tratados comunitarios estaría más en la finalidad y los objetivos de tales Tratados que en la pretendida autonomía de su Derecho respecto del internacional, pues ésta tendría su base en la interpretación de aquéllos («Las fuentes...», *op. cit.*, p. 80). Por su parte, CATTABRIGA, CH., se muestra a favor de la exclusividad del procedimiento expresamente previsto por el Tratado aunque considera que se justificaría más en las exigencias de estabilidad y democracia que en la «constitucionalización» de los Tratados en cuanto que ciertas constituciones internas no necesariamente contemplan sus procedimientos de revisión de forma rígida (*La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, especialmente pp. 283-303).

⁸⁶ ALCOCEBA GALLEG0, M. A., «Fragmentación y diversidad en la construcción europea». Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004 (*en prensa*).

tanciales a la Unión⁸⁷ y que conforman lo que denominan el *acervo esencial de la Unión*⁸⁸.

Estos autores defienden que, aunque los Estados miembros son el *poder constituyente*, desde el punto de vista del Derecho comunitario y habida cuenta de que éste es un ordenamiento jurídico autónomo, la actuación de los Estados miembros en contra de los límites a la revisión es un poder *extra ordinem, intrínsecamente revolucionario y por eso ilegal, aunque perfectamente capaz de afirmarse sobre el plano de la efectividad y en el marco de un nuevo criterio de legitimidad*⁸⁹.

Pero esta tesis es muy controvertida y otros autores inciden en que la existencia y transformación de la Unión Europea depende, básicamente, de la voluntad de sus Estados miembros⁹⁰. En este sentido indica MATRINGE⁹¹ el derecho particular puede derogar el derecho internacional general *ius dispositivum*, pero no puede invalidar objetivamente las normas que presupone ni hacerlas definitivamente inaplicables a una situación legal. El derecho positivo y la lógica del Derecho internacio-

⁸⁷ En opinión de CATTABRIGA, CH., «A favore della teoria dei limiti materiali assoluti alla revisione gioca, poi, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di limiti formali all'emendamento del Trattato. Affermando che modifiche alla costituzione comunitaria possono essere realizzate solo nel rispetto delle condizioni procedurali previste [...], i giudici europei hanno infatti mostrato di concepire il potere di revisione come un potere non libero ed originario, ma regolato e, perciò, costitutivo dal trattato. Il suo esercizio non può, pertanto, giungere fino a rinnegare y fundamenti dell'ordinamento che lo istituisce senza perdere la fonte della sua stessa legittimazione» (*La Corte di Giustizia...*, *op. cit.*, p. 324) y apunta que «La tesi che lege nel parere 1/91 l'imposizione di un limite materiale assoluto all'emendamento della «costituzione comunitaria» non fa dunque altro che portare alle sue logiche conseguenze la giurisprudenza della Corte di giustizia circa il carattere precettivo della procedura di emendamento prevista dal trattato» («Limiti materiali alla revisione comunitaria: il caso dei protocolli allegati al Trattato di Maastricht». *Rivista di Diritto Europeo*. 1994, núm. 2 Aprile-Giugno, p. 261). En la misma línea parece situarse E. WHITEFORD, cuando dice que de la imposibilidad de que los Estados miembros puedan disponer del Derecho comunitario como mejor les parece no se desprenden sólo limitaciones de carácter formal a su revisión, sino también de carácter material («Social policy after Maastricht», *ELJ*, 1993, núm. 3, vol. 18, p. 219). Sin embargo, R. BIEBER, B. KAHIL-WOLFF y L. MULLER, no creen que el reconocimiento de límites formales a los Tratados comunitarios implique necesariamente el reconocimiento de límites materiales a ello («Cours général de Droit communautaire». *Collected Courses of the Academy of the European Law*. 1992, vol. III, p. 96). R. BERNHARDT, opina por su parte que «...no hay forma de indicar límites jurídicos [materiales] convincentes en materia de revisión de los Tratados. En todo caso, una vez que los procedimientos prescritos son respetados, todas las revisiones son posibles» («Las fuentes...», *op. cit.*, p. 79).

⁸⁸ Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M. A., «Fragmentación y diversidad...», *op. cit.*, Los párrafos 71 y 72 del Dictamen 1/91 del TJCE han sido interpretados por parte de la doctrina en este sentido (*cit.*).

⁸⁹ CATTABRIGA, CH., *La Corte di Giustizia...*, *op. cit.*, p. 300.

⁹⁰ Así, por ejemplo: REMIRO BROTONS, A., Prólogo al libro de Díez-Hochleittner, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*. Madrid, McGrawHill, 1998, p. XIV.

⁹¹ MATRINGE, J., *La contestation des actes unilatéraux des Organisations internationales par les Etats membres. Etude sur la centralisation de l'ordre juridique international*. Tesis Paris II (Director LEBEN, C.), leída el 10 de enero de 2000, pp. 139 ss.

nal impiden suponer que los Estados miembros de una organización no puedan jamás prevalerse de los poderes legales de que disponen en el orden jurídico internacional. Como señala este autor, una organización no podría impedir al Estado prevalerse de su cualidad de miembro originario del orden jurídico internacional general⁹².

Con independencia de estos debates doctrinales, sobre los que no vamos a pronunciarnos por no ser objeto de este estudio, tal vez sea más relevante resaltar la conformación, en la Unión Europea, de unos *valores europeos comunes* reconocidos en el art. 6 TUE, cuya violación permite la puesta en marcha de un procedimiento de suspensión de los derechos de un Estado miembro en la Unión (art. 7 TUE). Además, la protección de los derechos fundamentales es otra dimensión de carácter constitucional, como ya hemos señalado, en la medida en que se ha pasado de un modelo pretoriano a un modelo progresivamente normativizado hasta su consagración en el reciente *Tratado constitucional*, ámbito en el que sí que se produce un salto relevante, con independencia de las objeciones técnicas muy variadas que, a la Carta de Derechos fundamentales, podrían realizarse desde la perspectiva de la teoría general de los derechos humanos y del Derecho internacional y europeo.

4. DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO COMUNITARIO A LA LUZ DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

El nuevo Tratado ha recogido expresamente ciertas dimensiones que profundizan en la «Constitución comunitaria» y ha permitido abrir el debate sobre la existencia de nuevas dimensiones. Unas y otras siguen siendo, a nuestro juicio, insuficientes para hablar de Constitución en sentido estricto, en cuanto que permanecen todavía las deficiencias apuntadas:

Entre las innovaciones fundamentales del nuevo Tratado, puestas de relieve por nuestro Consejo de Estado recientemente (dictamen de 21 de octubre de 2004) destaca el reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión Europea, la simplificación y redefinición de las fuentes del Derecho de la Unión, la generalización de la codecisión como procedimiento normativo ordinario, la potenciación del Parlamento Europeo, el reconocimiento de un cierto derecho de iniciativa legal a los ciudadanos, la delimitación de competencias de un modo más preciso, la atribución de determinadas funciones a los Parlamentos nacionales, la nueva definición de la mayoría cualificada en el Consejo Europeo y en el Consejo, la ampliación de objetivos de la PESC, la posibilidad de retirada

⁹² *Ibid.*, p. 140.

voluntaria de la Unión, la integración de la Carta de Derechos fundamentales, etc.

Entre los elementos constitucionales novedosos está el reconocimiento expreso del principio de *primacía* (art. I-6). También los arts. I-13, I-14 y I-17⁹³ establecen un catálogo de competencias exclusivas de la Unión, compartidas (con los Estados miembros) y complementarias o de coordinación que, como en las Constituciones, establecen un reparto clarificador de competencias, al menos en el texto, entre la UE y sus Estados miembros.

La entrada en vigor del nuevo texto puede suponer avances en materia de derechos humanos. Sin perjuicio de ciertos problemas⁹⁴, es más cercana la adhesión al CEDH (art. I-9.2) al mismo tiempo que el texto de la Carta adquiere valor jurídico vinculante⁹⁵. Desde la perspectiva de los valores el texto del nuevo Tratado está plagado de referencias a los mismos, sobre cuya vinculatoriedad se plantean dudas, fundamentalmente en el ámbito de la acción exterior europea.

El procedimiento de revisión general seguido para dar a luz al *Tratado Constitucional* ha sido: Convención + Instituciones + CIG + Unanimidad de los Estados miembros. Este es el procedimiento ordinario previsto, además, para su revisión (art. IV-443). El poder constituyente sigue, pues, estando en los Estados miembros. Ello no obstante es destacable el papel del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en el procedimiento de revisión simplificada del art. IV-444.

Otro elemento relevante ha sido el de los trabajos previos a la fase intergubernamental, realizados por la Convención, que alumbró el proyecto ya mencionado. No obstante, ello no permitiría afirmar que la nueva reforma haya sido realizada por un poder constituyente europeo⁹⁶.

⁹³ La enumeración de todos los artículos ahora citados es la del documento CIG 87/2/04 de 29 de octubre de 2004.

⁹⁴ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El proyecto de Constitución Europea...», *op. cit.*, p. 544.

⁹⁵ Vid. sobre la carta: ABELLAN HONRUBIA, V., «Los derechos humanos en la Unión Europea», *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Dmas-Lerner editores, vol. II, 2002, pp. 941-958; CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 7 y ss.; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La Carta de derechos fundamentales en la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección». *Gaceta jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 214, julio-agosto de 2001, pp. 15 y ss.; id en *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al prof. Ernesto Rey Caro...*, *op. cit.*, pp. 959-983; RODRÍGUEZ BEREJO, A., «La Carta de los derechos fundamentales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192, enero de 2001, pp. 9 ss; PI LLORENS, M., *La carta de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2001.

⁹⁶ Ello no obstante es cierto que, como indica ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., la idea de un proceso constituyente democrático se *refuerza*. («Hacia una constitución Europea:..., *op. cit.*, p. 204). En el mismo sentido: DELOCHE-GAUDEZ, F., «La convention pour l'elaboration de la Charte des droits fondamentaux: une méthode "constituante"?». En DEHOUSSE, R. (dir.), *Une Constitution*

En este sentido, como indica, A. MANGAS MARTÍN, «no se debe confundir la transparencia en el debate y la apertura institucional y política [...] con la legitimidad democrática»⁹⁷.

La Convención, importante y positivo foro de discusión y preparación, no era sino una primera piedra preparatoria de un documento de base a negociar por una posterior Conferencia intergubernamental, que seguía disponiendo de plena libertad para diseñar el contenido del Tratado como estimase conveniente, en términos jurídicos y políticos⁹⁸; no era una Asamblea constituyente y soberana⁹⁹; no había, por tanto, *emancipación* del art. 48 del TUE¹⁰⁰. Desde un punto de vista político hubiese sido impensable que la Conferencia hubiese hecho una enmienda a la totalidad del proyecto presentado¹⁰¹, e incluso el texto aprobado finalmente hace un agradecimiento preambular a la Convención. Además, también cabe señalar que más allá de las interpretaciones doctrinales sobre el sentido de la denominada doble legitimidad del Tratado, no cabe duda de que la opción del referéndum previo a la prestación

pour l'Europe? Paris: Presses de l'Université des Sciences Politiques, 2002, p. 223. Sobre la aportación del método de la Convención *vid.* AMATO, G., «Il metodo della convenzione». En BASANINI, F., y TIBERI, G., *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*. Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 11-20.

⁹⁷ «Estudio Preliminar. El futuro de la Unión Europea ampliada: el Tratado de Niza y el Proyecto de Tratado Constitucional». *Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho comunitario*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 40. En la misma línea SCHWARZE, J., quien considera que la carga positiva de la Convención en relación con el procedimiento está en otorgar mayor transparencia a éste («Perspectivas constitucionales de la Unión Europea ante la próxima CIG de 2004»). En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) y ALONSO GARCÍA (subdir.), *op. cit.*, p. 320.

⁹⁸ *vid.* En este sentido, BLUMANN, C. «Quelques réflexions...», *op. cit.*, p. 1271.

⁹⁹ OPPERMANN, T., «Il processo costituzionale europeo dopo Niza». *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 2003, núm. 2, p. 367. En sentido contrario *vid.* MANZANELLA, A., en relación con la Convención que redactó la Carta de Derechos fundamentales: «The Convention: a new model for Constitution making». VV.AA., *Institutional reforms in the European Union*. Roma: Europeos, 2002, pp. 159 y ss.

¹⁰⁰ GRARD, L., «Traité Constitutionnel»..., *op. cit.*, p. 1260. *Vid.* también BARNIER, M. y VITORINO, A., «A la recherche de la Constitution perdue». En MATTERA, A. (dir.), «Pénélope». *Projet de Constitution de l'Union Européenne*. Paris: Clément Juglar, 2003, pp. 66-67; BUSIA, G. y DE MINICO, G., «Revisione, recesso, approvazione e ratifica del Trattato costituzionale». En BASANINI, F. y TIBERI, G., *op. cit.*, pp. 172-173. No lo ve del mismo modo ALDECOA LUZARRAGA, F., para quien la Convención supone un punto de inflexión importante en la elaboración del nuevo texto: «La innovación de la Convención permite calificar la calidad de constituyente del proceso que hace que hoy sea posible ya hablar de superación del método diplomático de reforma de los tratados. La peculiaridad del método de la Convención reside en su naturaleza híbrida, tanto de Conferencia Intergubernamental anticipada en la medida en que se sientan en ella los mismo actores de una conferencia y del Parlamento, porque, además de que el componente de origen parlamentario es el mayoritario, muchos de sus miembros se agrupan y organizan en torno a formaciones políticas, presentando y defendiendo en ocasiones propuestas similares, aunque las decisiones se tomen por consenso» («Una Europa»: *su proceso constituyente*. Madrid, Biblioteca nueva, 2003, p. 30 y, en el mismo sentido, p. 119).

¹⁰¹ BLANQUER, J. M., «Le projet de Constitution Européenne. Entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif», *RDP*. 2003, núm. 5, p. 1276. En un sentido similar, GATTINI, A.,

del consentimiento, que van a seguir muchos Estados, pretende reforzar la idea de legitimidad democrática, si bien son cosas distintas. Un planteamiento diferente, aunque impensable por el momento, hubiese sido que la entrada en vigor del texto se hubiera condicionado a la aceptación de éste en un referéndum popular europeo vinculante, lo cual supondría un salto cualitativo innovador que cambiaría la lógica de la Unión Europea¹⁰².

Las disposiciones del nuevo texto establecen también la mayor participación del Parlamento Europeo¹⁰³ y de los Parlamentos nacionales¹⁰⁴, reduciendo el déficit democrático de la Unión, aspecto sobre el que también son innovadoras las disposiciones relativas a la *vida democrática* de la Unión¹⁰⁵.

Un elemento de reflexión final que evidencia que todavía no estamos ante una Constitución europea es la articulación jurídica del Derecho de retirada (art. I-60), del que cabe deducir el mantenimiento de las *bases estatales* del proceso de integración¹⁰⁶. Este derecho es propio del Derecho de las organizaciones internacionales¹⁰⁷ y supone que la cesión del ejercicio de competencias estatales no es irreversible, por lo que cabría la retrocesión, símbolo de que los Estados miembros de la Unión siguen siendo soberanos e independientes —con todas las modulaciones que se quiera— lo que acerca esta construcción a las tesis internacionalistas más que a las Constitucionalistas¹⁰⁸.

«Questioni di metodo nella revisione dei Trattati». *Verso la Costituzione Europea. Atti dell'incontro di studio*. Urbino, 17 giugno 2002, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 110.

¹⁰² A juicio de algunos autores potenciaría la legitimidad democrática de la UE (GATTINI, A. «Questioni...», *op. cit.*, p. 111); para GRIMM, D. estaríamos verdaderamente en el camino constitucional [«Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution Européenne?»]. En DEHOUSSE, R. (dir.)..., *op. cit.*, p. 73).

¹⁰³ Por ejemplo generalizando el procedimiento de codecisión, denominado ahora procedimiento legislativo ordinario (art. I-34).

¹⁰⁴ En relación, por ejemplo, con el principio de subsidiariedad. *Vid.* Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

¹⁰⁵ El Título VI de la I Parte de la Constitución, «De la vida democrática de la Unión», concreta la participación del ciudadano en la Unión. La novedad más importante al respecto es la «iniciativa legislativa popular, en la que hay quien ha visto un *elemento potencial de apropiación ciudadana de la Unión* y, por tanto, un nuevo reforzamiento del principio democrático de la Unión» (CHALTIEL, F., «Une Constitution pour l'Europe, An I de la République Européenne», *RMCUE*. 2003, núm. 471, p. 496).

¹⁰⁶ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Hacia una constitución europea...», *op. cit.*, p. 212.

¹⁰⁷ No obstante, y aunque no es habitual, este derecho de retirada no es completamente desconocido para algunas estructuras federales: *Vid.* Díez PICAZO, L. M., *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

¹⁰⁸ De acuerdo con la teoría que han venido manteniendo algunos autores, este Derecho de retirada supondría un cambio en la naturaleza de la Unión tal y como era concebida hasta entonces (*Vid.* ALCOCEBA GALLEGO, M. A., *Fragmentación y Diversidad...*, *op. cit.*). Sin embargo, las escasas posibilidades de que se ponga en marcha llevan a *desdramatizar* el alcance de esa cláusula (*Vid.* LOUIS, J. V., «Le projet de Constitution...», *op. cit.*, pp. 221-222).

IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL FENÓMENO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO

1. LA ARTICULACIÓN GENERAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Las Constituciones históricas españolas realizaban escasas referencias al Derecho internacional debido a una concepción poco democratizadora de la acción exterior del Estado, al mismo tiempo que poco abierta al fenómeno jurídico internacional. La Constitución de 1978 se elabora tras una larga etapa de aislamiento internacional y de dictadura bajo el régimen del general Franco. Los constituyentes estuvieron de acuerdo en una norma suprema mediante la cual se pudiese abordar la apertura internacional del Estado, fundamentalmente en el ámbito del proceso de construcción europea.

Diversos preceptos constitucionales¹⁰⁹ reflejan este espíritu de apertura al tiempo que regulan distintas cuestiones sobre el Derecho internacional y la construcción europea. Pero las principales preocupaciones de los Constituyentes giraban en torno a otras cuestiones (la cuestión regional y la unidad del Estado, la diversidad cultural, la protección de los derechos humanos, la cuestión social, la democratización del Estado, las relaciones con la Iglesia, el papel del Ejército, etc.), de tal modo que la articulación constitucional del fenómeno jurídico internacional y europeo no deja de presentar, aparte de un tenor bastante clásico, ciertas insuficiencias, puestas de relieve por la doctrina¹¹⁰. Con una perspectiva más bien descriptiva cabe señalar lo siguiente:

i) En primer lugar, la Constitución de 1978 podría haber realizado una referencia modernizadora y aperturista si se hubiese referido expresamente a los denominados *principios fundamentales o constitu-*

¹⁰⁹ Vid. Preámbulo y arts. 10.2, 11.3, 13.1 a 13.3, 39.4, 42, 56.1, 63, 75.3, 87.3, 93 a 97 y 149.1.3.^a CE.

¹¹⁰ Vid., entre otros muchos, JUSTE RUIZ, J., «El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978». En *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Valencia: Universidad, Facultad de Derecho, 1980, pp. 175-202; MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución Española de 1978». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980, núm. 61, pp. 143-184; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «El Derecho internacional público en la Constitución Española de 1978». En FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, UNED, 1978, pp. 163-194; PUENTE EGIDO, J., «El Derecho internacional en el sistema constitucional español vigente». *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1987, pp. 191-229; TRUYOL Y SERRA, A., «La adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes. Problèmes posés par l'adhésion». En *L'Espagne et les Communautés Européennes*. Colloques Européennes. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1979, pp. 109-119. REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 24. En el mismo sentido, *Ibid.* «De los Tratados internacionales. Comentario introductorio». En ALZAGA VALLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Cortes Generales, EDESA, 1998, p. 494.

*cionales del orden internacional*¹¹¹. En el párrafo séptimo del Preámbulo, se destaca que la Nación española proclama su voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. Esta referencia preambular es muy amplia y general¹¹², tiene una ubicación inadecuada y no hace referencia a los principios fundamentales del Derecho internacional. Se ha señalado que hay principios que se reconocen implícitamente en el Preámbulo (principio de arreglo pacífico de controversias y principio de cooperación entre los Estados), pero ni aún así estarían todos los principios fundamentales ni los que recoge la conocida y autorizada Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2625 (XXV)¹¹³.

El Tribunal Constitucional utiliza los principios del Derecho internacional por referencia a la Carta de Naciones Unidas y otros Tratados internacionales y, en menor medida, sobre la base de la Resolución 2625 (XXV) y del Preámbulo de la Constitución¹¹⁴. En otras ocasiones, ha

¹¹¹ Lamentando esta ausencia, *vid.* ROLDÁN BARBERO, J., *Las relaciones exteriores de España*. Almería: Dykinson/Universidad de Almería, 2001, p. 211; TRUYOL Y SERRA, A., «La adhesión de l'Espagne...», *op. cit.*, pp. 110-111.

¹¹² TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «El Derecho internacional público...», *op. cit.*, p. 173.

¹¹³ MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público...», *op. cit.*, pp. 144-145.

¹¹⁴ «Pasando ya al examen de la legitimidad constitucional de este obstáculo o límite a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles en materia civil, ha de afirmarse que si en nuestra STC 107/1992, fundamento jurídico 3., se declaró que “el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 C.E.”, otro tanto cabe decir ahora respecto a la inmunidad de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos. En efecto, esta limitación ha de reputarse legítima desde un punto de vista constitucional pues posee un doble fundamento objetivo y razonable: En primer lugar, en el principio de igualdad soberana de los Estados consagrado en el art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas y al que expresamente se refiere el Preámbulo del Convenio de Viena de 1961. En segundo término en el principio de cooperación pacífica, que también se deriva de aquel tratado internacional. Pues si el primero implica la igualdad jurídica de todos los Estados y el mutuo respeto de su personalidad, de ello se sigue que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales (*par in parem non habet imperium*). Consecuencia que claramente se proyecta en la institución de la inmunidad de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos dado que se concede por el Derecho internacional para garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas y éstas son, conviene subrayarlo, órganos de un Estado extranjero que le representan ante el Estado receptor. En segundo término, si el Preámbulo de nuestra Constitución proclama la voluntad de la Nación española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra», es indudable que a ese fortalecimiento contribuyen las funciones que llevan a cabo las misiones diplomáticas (art. 3.1 del Convenio de Viena de 1961). Y ello se confirma por lo dispuesto en el art. 63.1 de la Norma fundamental, ya que la expresa referencia a que «El Rey acredita a los Embajadores y otros representantes diplomáticos», y a que «Los representantes extranjeros están acreditados ante él» pone de relieve la importancia que la Norma fundamental atribuye a las misiones diplomáticas en el desarrollo de las relaciones pacíficas y de cooperación de España con todos los pueblos y Estados. (STC 140/1995 de 28 de septiembre, FJ 8. La Cursiva es nuestra). En la misma línea en lo que nos interesa, *vid.* ATC 113/2000 de 3 de mayo, FJ. 3.

prescindido de cualquier referencia a su origen o plasmación en algún texto de Derecho internacional público¹¹⁵.

ii) Uno de los ámbitos en que se refleja este espíritu de apertura al Derecho internacional es el de la *protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, donde la Constitución española fue innovadora y es un ejemplo de Constitución avanzada y bien elaborada.

En opinión del Alto Tribunal, el art. 10.2 CE «expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado»¹¹⁶.

A este respecto se ha señalado por la doctrina que la referencia que realiza el art. 10.2 CE al Derecho internacional es plural, abierta¹¹⁷ y que esta disposición no sólo tiene carácter hermenéutico, sino que, además, realiza un función estimuladora de los derechos y libertades fundamentales¹¹⁸. La necesaria conexión de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución con el Derecho internacional público en este artículo contribuye a potenciar y promocionar los derechos fundamentales en la medida en que el ordenamiento jurídico internacional realiza progresos en este ámbito mediante un proceso dinámico y en continua evolución para la concreción, tipificación y universalización de los derechos y libertades fundamentales¹¹⁹.

¹¹⁵ «La compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho a la ejecución deriva de que debe reputarse legítimo desde el punto de vista constitucional que el Legislador, con un fundamento objetivo y razonable, impida que la potestad de ejecución forzosa pueda dirigirse sobre determinados bienes [...] así, en lo que ahora interesa, por lo que respecta a los Estados extranjeros, la soberanía y el principio de igualdad de los Estados es fundamento suficiente para que se pueda legítimamente excluir la potestad ejecutiva respecto de los bienes que dichos Estados tengan en nuestro territorio» (STC 107/1992 de 1 de julio, FJ 3) (La cursiva es nuestra).

¹¹⁶ STC 91/2000 de 30 de marzo, FJ 7.

¹¹⁷ MARTÍN RETORTILLO, L., «La recepción por el Tribunal constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, 1995, 137, pp. 9-11. Plural en cuanto que la referencia incluye textos no obligatorios de Derecho internacional (la Declaración Universal de derechos humanos) y textos obligatorios (Tratados internacionales), y abierta en cuanto que incluye cualesquiera Tratados ratificados por España en materia de derechos humanos. *Vid.* también GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de derechos humanos», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, pp. 338-339.

¹¹⁸ *Vid.* al respecto: GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La interacción...», *op. cit.*, pp. 349-350; RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., «Art. 10: Derechos Fundamentales de la persona». En ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 58-59.

¹¹⁹ Sobre el art. 10.2 CE pueden verse, entre la abundante bibliografía: GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 10 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 200-204; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La interacción...», *op. cit.*, pp. 333-350; LIÑÁN NOGUERAS, D., «La aplicación en España de los tratados relativo a derechos y libertades fundamentales», en

El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con el art. 10.2 CE que cualesquiera disposiciones (no sólo las constitucionales) relativas a la protección de derechos fundamentales y libertades públicas que la Carta Magna reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España¹²⁰. No obstante, el TC ha señalado que el 10.2 no convierte a estos textos, *per se*, en *medida de constitucionalidad* de las leyes¹²¹ ni constituyen un *canon autónomo de validez* de las normas y de los actos de los poderes públicos, desde la perspectiva de los derechos fundamentales¹²²; el art. 10.2 no *constitucionaliza*¹²³ esos textos internacionales en cuanto que, para el Alto Tribunal español, «fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna»¹²⁴.

iii) Por otro lado la *proyección de la soberanía del Estado en la escena internacional* —siguiendo la terminología del TC— está sujeta a limitaciones jurídico internacionales y constitucionales. Entre las primeras, los Estados deben cumplir las obligaciones establecidas por el Derecho internacional público. Entre las segundas, cabe destacar que la acción exterior española está sujeta al cumplimiento de los objetivos, mandatos y facultades que establece la Constitución (Preámbulo y arts. 10.2, 63, 93, 94, 96 y 97), así como a la propia Constitución, para lo cual el art. 95 prevé que no se podrán celebrar tratados internacionales contrarios a ella sin la previa revisión del texto constitucional¹²⁵.

iv) Desde el punto de vista de la articulación constitucional del *papel de las instituciones del Estado en la acción exterior* cabe destacar, muy sintéticamente, que la labor de dirección corresponde al Gobierno en exclusiva (arts. 97 y 149.1.3 CE)¹²⁶, mientras que las Cor-

MANGAS, A. (dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 269-327; REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del art. 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, núm. 537, 1989, pp. 3611 y ss.; RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., «Art. 10:...», *op. cit.*, pp. 39-107; SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional del Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 302 pp.

¹²⁰ STC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4.

¹²¹ STC 28/1991 de 14 de febrero de 1991, FJ 5.

¹²² STC 64/1991 de 22 de marzo, FJ 4.

¹²³ PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política...*, Valencia: Fernando Torres, 1981, p. 153.

¹²⁴ STC 84/1989 de 10 de mayo, FJ 5.

¹²⁵ STC 140/1995, *cit.*, FJ 9. También el art. 13.2 CE impide la celebración de acuerdos internacionales sobre el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales sin atender a criterios de reciprocidad y el art. 13.3 CE hace lo mismo en relación con acuerdos internacionales de extradición que incluyan los delitos políticos

¹²⁶ *Vid.*, por ejemplo, esta misma referencia en STC 137/1989 de 20 de julio de 1989, FJ, 3. Ello, sin perjuicio de las actividades que en el exterior, y en el ámbito de sus competencias, pueden ejercer las comunidades autónomas. *Vid. Infra*.

tes (arts. 66.2, 63.3, 93, 94.1 y 96.2 CE¹²⁷) y el Tribunal Constitucional (arts. 95, 161.1 a) y 163 CE¹²⁸) se reservan la función del control. La Constitución reconoce ciertas funciones específicas al Jefe del Estado —el Rey— en este ámbito: manifiesta el consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente mediante Tratados internacionales (art. 63.2 CE)¹²⁹, declara la guerra, hace la paz (art. 63.3 CE)¹³⁰ y acredita a los representantes diplomáticos (art. 63.1 CE). No obstante, el papel reservado al Jefe del Estado, que ostenta la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales (art. 56.1 CE), es meramente formal: todos sus actos están cubiertos por el refrendo del presidente del Gobierno o, en esta materia, por el ministro de Asuntos Exteriores (art. 64 CE)¹³¹.

v) En lo que se refiere a las cuestiones de *recepción, jerarquía y aplicación del Derecho internacional en el Derecho español* cabe destacar la precariedad en la regulación constitucional, en la medida en que solamente en art. 96.1 CE se refiere expresamente a las normas de Dere-

¹²⁷ Concretamente, las Cortes ejercen la labor de control mediante: 1) el control del poder político (art. 66 CE) con interpelaciones, preguntas, mociones, comisiones de acción exterior, etc.; 2) la autorización de la declaración de guerra y la celebración de Acuerdos de paz; 3) la autorización de la celebración de Tratados internacionales (art. 93 y 94.1); 4) su función de garantes del cumplimiento de los Tratados internacionales (art. 93); 5) la solicitud al TC para que se pronuncie sobre la contradicción con la Norma fundamental (art. 95 CE); 6) mediante la utilización del procedimiento del art. 94 para la denuncia del Tratado. Por otro lado, las Cortes deben ser informadas de la conclusión de cualesquiera acuerdos para los que no se requiera autorización de éstas (art. 94.2 CE). Con independencia de la contribución del Consejo de Estado como órgano consultivo para considerar si un determinado tratado necesita o no autorización previa de las Cortes para entrar en una u otra categoría de las previstas en el art. 94 CE (art. 22.1 LOCE), la decisión corresponde al Gobierno. Cualquier conflicto al respecto debe resolverse por el Tribunal Constitucional (arts. 59. 3 y 73 y ss LOTC).

¹²⁸ La labor de control la desarrolla el TC mediante: 1) control previo de constitucionalidad (art. 95.2); 2) control *a posteriori*, esto es, una vez que España ya ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado internacional en cuestión. Se ejerce mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1a) CE) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). *Vid.* sobre el particular, por ejemplo, REMIRO BROTONS, A., «Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales», *Revista de Derecho político*, núm. 16, 1982-1983, pp. 109-141.

¹²⁹ Parece, no obstante, que en los Acuerdos en forma simplificada no es necesaria la manifestación del consentimiento por parte del Rey. *Vid.*, por ejemplo, ATC 114/91, de 11 de abril, FJ4: «...una interpretación de tan extremo rigor formal cegaría la facultad de alcanzar acuerdos mediante el canje de notas verbales, que es fundamental en la práctica diplomática y que [...] resulta plenamente respetuosa con las reservas constitucionales que traza el art. 63.2, por una parte, y los arts. 17.1 y 25.1 por otra».

¹³⁰ Cuestión esta, por cierto, la de *declarar la guerra* que ha merecido alguna crítica por parte de la doctrina por su dudosa adecuación al texto del Preámbulo ya comentado. *Vid.*, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público...», *op. cit.*, p. 163; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «El Derecho internacional público...», *op. cit.*, p. 175.

¹³¹ Como es sabido, la participación de los «ciudadanos» en materia de política exterior es muy limitada. De un lado, la iniciativa popular para la presentación de propuestas de ley en cuestiones internacionales queda excluida (art. 87, 3 CE); de otro lado, el referéndum en España es facultativo y consultivo (art. 92, 1 CE).

cho internacional general. Ello no obstante, como ha reconocido el TC, las relaciones de España con terceros Estados y organizaciones internacionales «están regidas por el «Derecho internacional general» y por los tratados y convenios en vigor para España»¹³². Sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español la doctrina ha puesto de manifiesto el espíritu de apertura al Derecho internacional general¹³³, como muestra una articulación constitucional suficientemente conocida. El Derecho internacional convencional recibe un tratamiento más detallado en cuanto a su recepción, jerarquía y aplicación en el orden interno.

La recepción de los Tratados cabría calificarse de automática. El TC ha interpretado el art. 96.1 CE en el sentido de que los Tratados internacionales ratificados por España forman parte integrante del ordenamiento jurídico español¹³⁴, lo que significa que desde su entrada en vigor España está obligado a cumplirlos. La publicación de los Tratados en España, para el TC, sirve a su *eficacia*¹³⁵. La publicación, por tanto, no transforma los tratados en norma interna¹³⁶ sino que es sólo una condición para su aplicación directa»¹³⁷. Por ello algunos autores califican a nuestro sistema de *monista moderado*¹³⁸, mientras que otros lo califican de *no abiertamente dualista*.

¹³² STC 165/94 de 26 de mayo. FJ 5. No obstante en la interpretación constitucional, el Alto Tribunal aplica las normas de Derecho internacional normalmente por referencia a las normas de derecho interno (por ejemplo, la STC 107/1992 *cit.*, FJ 4 en relación con las inmunidades de Estados extranjeros y la remisión del art. 21 de la LOPJ), bien en combinación con normas de Derecho internacional convencional vinculantes para España y aplicables al caso concreto (son muy ilustrativas en este sentido las sentencias en materia de Derechos fundamentales).

¹³³ *Vid.* al respecto MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional general*, Valladolid, Trotta, 1999, p. 572. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2002, p. 274. En materia de Derechos humanos: JUSTE RUIZ, J., «El Derecho internacional público...», *op. cit.*, p. 179. *Vid.*, en particular, sobre la Declaración, CARRILLO SALCEDO, J. A., «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 167-178.

¹³⁴ *Vid.*, por ejemplo, STC 30/86 de 20 de febrero, FJ4.

¹³⁵ STC 179/89 de 2 de noviembre, FJ 2

¹³⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 573.

¹³⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Ibidem*; *Vid.* Asimismo sobre esto: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La aplicación de los Tratados internacionales en España», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Cuestiones prácticas...*, *op. cit.*, pp. 51-58; LIÑÁN NOGUERAS, D., «La aplicación en España de los tratados relativo a derechos y libertades fundamentales», en *ibíd.* p. 276; PANIAGUA REDONDO, R., «La recepción, publicación y rango normativo de los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, núm. 4, p. 16; ROLDÁN BARBERO, J., *Las relaciones exteriores...*, *op. cit.*, pp. 228-234.

Por otro lado, no debe descartarse que el particular lesionado por la falta de publicación de un Tratado internacional vinculante para España pueda exigir responsabilidad patrimonial al Estado (*vid.* ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La aplicación de los Tratados internacionales en España», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Cuestiones prácticas...*, *op. cit.*, pp. 58-69, en particular p. 62; MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho internacional Público...*, *op. cit.*, p. 573, nota al pie núm. 9).

¹³⁸ MANGAS MARTÍN, A., «La recepción del Derecho internacional público...», *op. cit.*, p. 198.

En segundo lugar, en cuanto a la posición que ocupan los tratados en la jerarquía normativa el TC ha reconocido su *supralegalidad* en virtud del art. 96.1 CE¹³⁹ y su *infraconstitucionalidad* en virtud del art. 95, y del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 161.1.a) y 163 CE)¹⁴⁰.

vi) Finalmente, como es sabido, las *relaciones internacionales* son, en virtud del art. 149.1.3.º CE competencia exclusiva del Estado «sin limitación alguna»¹⁴¹, en su «totalidad»¹⁴², como ha señalado el TC. Ahora bien, esto lleva a desentrañar el concepto de relaciones internacionales. Desde la perspectiva constitucional el TC ha advertido de que no toda relación «por lejana que sea, con temas en los que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros» supone que la competencia entra en el ámbito de las «relaciones internacionales»¹⁴³. Dicho de otra manera, no toda actividad que tenga *proyección exterior* se identifica con las «relaciones internacionales», competencia exclusiva del Estado¹⁴⁴. Por ello, las Comunidades Autónomas pueden realizar una acción con *dimensión exterior* porque, de otro modo, de no poder ejercerla, podrían vaciarse parcialmente sus competencias¹⁴⁵.

¹³⁹ *Vid.*, por ejemplo, STC 11/1985 de 30 de enero: «...con independencia, incluso, de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución [...] la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter supletorio» (FJ 4) (La cursiva es nuestra). *Vid.* también, ATC 740/1984 de 28 de noviembre, FJ 4.

¹⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, Declaración 1/1991 de 1 de julio..., *cit.* FJ 1.

¹⁴¹ STC 44/1982 de 8 de julio, FJ4.

¹⁴² STC 137/1989..., *cit.* FJ 3.

¹⁴³ STC 153/1989 de 5 de octubre, FJ 8.

¹⁴⁴ STC 165/1994 de 26 de mayo, FJ 5.

¹⁴⁵ *Ibid.* *Vid.* también STC 236/1991 de 12 de diciembre, FJ9. Piénsese, por ejemplo, en la competencia sobre turismo y fomento de la cultura y la lengua (art. 148 CE), si pretende proyectarse fuera de nuestras fronteras. Sobre las Comunidades Autónomas y el Derecho internacional pueden verse, entre otros: DIEZ-PICAZO, L. M., «Constitucionalismo...», *op. cit.*, pp. 189-217; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «La acción exterior de las Comunidades autónomas: desarrollos recientes», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1996, pp. 269-318; GARZÓN CLARIANA, G., «La ejecución del Derecho comunitario europeo en España y las competencias de las Comunidades autónomas», en *La aplicación del Derecho de la Comunidad Europea por los organismos subestatales*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 1986, pp. 193-252; PELÁEZ MARON, J. M., «Las Comunidades autónomas ante el orden comunitario europeo», en *Constitución, Comunidades Autónomas...*, *op. cit.*, pp. 89-109; *ibid.*, «La participación de las Comunidades Autónomas en la celebración y ejecución de los Tratados internacionales», *RDP*, 1985, núm. 98, pp. 69-100; PÉREZ GONZÁLEZ, M., y PUEYO LOSA, J., «Las Comunidades autónomas ante el orden internacional», en *Constitución, Comunidades Autónomas...*, *op. cit.*, pp. 13-88; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La acción exterior del Estado y las autonomías: desarrollos en la práctica estatutaria», en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1986, p. 265; *ibid.*, «Comunidades autónomas y relaciones internacionales: reflexiones sobre el caso gallego», *REI*, 1985, núm. 3, vol. 6, pp. 655-663; *ibid.*, «El espacio de acción exterior de las autonomías territoriales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Mélanges Pierre Vellas*, París, 1995, tomo II, pp. 181-203; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «El art. 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 219-250; SORIANO, J. E., «La participación de las comunidades autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 1295-1310.

En este sentido es ilustrativa la conocida STC 165/1994 de 25 de mayo, pronunciada con ocasión de un conflicto positivo de competencias sobre el establecimiento de una Oficina del Gobierno del País Vasco en Bruselas. En opinión del TC la *reserva* a favor del Estado del art. 149.1.3.^a CE tiene como objeto «las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos [...] y con las Organizaciones internacionales gubernamentales [...] que [...] están regidas por el «Derecho internacional general» a que se refiere el art. 96. 1 C.E., y por los tratados y convenios en vigor para España»¹⁴⁶. Entre ellas el TC se refiere a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado¹⁴⁷. Las Comunidades Autónomas sólo podrán realizar actividades que, aunque tengan proyección exterior, resulten «necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales»¹⁴⁸. Se hace necesario, por tanto, que exista atribución competencial y que ésta no afecte a la estatal en cuanto que no la perturbe o condicione. Estas condiciones se daban en el caso en cuestión¹⁴⁹.

No obstante la celebración de acuerdos internacionales corresponde en exclusiva al Estado, «[la Constitución] tampoco impide que la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas se proyecte también en este ámbito, mediante estructuras adecuadas, para las que tanto la propia Constitución (art. 150.2) como el Derecho Comparado (Tratados-marco, etc.) ofrecen amplias posibilidades»¹⁵⁰. La participación de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente de la formación de la voluntad del Estado en la elaboración de los Tratados es escasa, limitada a la posibilidad de instar su negociación en materias que les afecten, según determinan los Estatutos de Autonomía¹⁵¹.

¹⁴⁶ FJ 5.

¹⁴⁷ FJ 6.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Un comentario sobre esta importante sentencia puede verse en GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las oficinas autonómicas y la STC 165 de 26 de mayo de 1994», *Noticias de la UE*, 1995, núm. 127-128, pp. 9-19, y PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La “onda regional” en Bruselas y el ámbito del poder exterior (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1994 de 26 de mayo)», *RIE*, 1994, vol. 21, núm. 3, sept-dic., pp. 899-915.

¹⁵⁰ STC Sentencia 137/1989 de 20 de julio, FJ 4. *Vid.*, por ejemplo, el Convenio entre España y Portugal sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 (BOE núm. 219 de 12 de septiembre de 2003) y el Tratado entre Francia y España sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995 (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 1997).

¹⁵¹ Algunos Estatutos de Autonomía recogen expresamente un derecho de solicitud al Gobierno para iniciar el proceso de celebración de Tratados internacionales (aunque no supone obligación alguna para aquél); en otros casos se contempla el derecho al solicitar información

Nada dice la Constitución sobre la ejecución por las Comunidades Autónomas de las obligaciones internacionales, si bien los estatutos de autonomía prevén la obligación que tienen de adoptar las medidas necesarias al efecto en materias de su competencia¹⁵². A este respecto el TC ha indicado que la ejecución de las obligaciones internacionales «corresponde a quien materialmente ostente la competencia según el ordenamiento español»¹⁵³ —siendo las reglas internas las que lo determinan¹⁵⁴— sin perjuicio del principio de *cooperación interinstitucional*¹⁵⁵. En este sentido la integración de España en las Comunidades Europeas no alteraba las reglas constitucionales de reparto interno de competencias¹⁵⁶.

2. POSIBLES DESARROLLOS CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

En la actualidad cabe plantearse cuáles pueden ser las modificaciones normativas deseables a la Constitución desde la perspectiva internacional o, en todo caso, y para no abrir la caja de Pandora en exceso, los desarrollos constitucionales que ésta merece al respecto. En este sentido cabe destacar positivamente la reciente reforma del código penal mediante la introducción del nuevo art. 607 bis —De los delitos de lesa Humanidad—, que viene a subsanar una deficiencia que era a todas luces incomprensible con los desarrollos del Derecho internacional¹⁵⁷.

sobre la celebración de Tratados de interés para la Comunidad Autónoma de que se trate; en otros casos sólo se contempla el derecho a recibir información sobre esos mismos Tratados; no obstante, no faltan los estatutos cuya referencia a estas cuestiones es inexistente. *Vid.* una clasificación detallada en, por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A., «Los Tratados internacionales (ii): Derecho español», en Díez de Velasco, M., *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁵² *Vid.* los detalles en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público...*, *op. cit.*, p. 581.

¹⁵³ STC 79/1992, *cit.* FJ 1. *Vid.* también STC. 252/1988, de 20 de diciembre, FJ2.

¹⁵⁴ *Vid.* STC 153/1989 de 5 de octubre, FJ 8; STC 236/1991 de 12 de diciembre, FJ 9; STC 80/1993 de 8 de marzo de 1993, FJ 3; STC 98/2001 de 5 de abril, FJ 6.

¹⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, STC 252/1988 de 20 de diciembre, FJ 2; STC 115/1991 de 23 de mayo, FJ 4. Como mecanismos de cooperación interinstitucional podemos destacar Comisión Interterritorial de cooperación al desarrollo (*vid.* art. 23 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo y Real Decreto 22/2000, de 14 de enero, por el que se regula la composición, competencias, organización y funciones de la Comisión Interterritorial de Cooperación para el Desarrollo). Para el caso particular de la Unión Europea, la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) (Ley 2/1997 de 13 de marzo).

¹⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, STC 76/1991 11 de abril FJ 3; STC 236/91 de 12 de diciembre FJ 9; STC 128/1999 de 1 de julio, FJ 7; STC 95/2002 de 25 de abril, FJ 18; STC 230/ 2003 de 18 de diciembre, FJ 4.

¹⁵⁷ *Vid.* Capítulo II bis. De los delitos de lesa Humanidad: capítulo introducido por la Ley orgánica 15/2003, de 25-11, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La ausencia de estos delitos en el código penal, incluso tras la reforma de 1995 era llamativa si tenemos en cuenta que ya fueron recogidos en el Estatuto de Nuremberg (art. 6, c), y en los de Yugoslavia, Ruanda, Roma o en el posterior estatuto de Tribunal penal internacional, que se basó en los trabajos de la CDI de 1994 (sobre Tribunal penal internacional) y de 1996 (sobre código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad). Esto llevó a una interpretación forzada, aunque bienvenida en ese momento, del delito de genocidio por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso Pinochet.

i) Un primer elemento que merecería un desarrollo constitucional sería el de los principios fundamentales del Derecho internacional y, muy en particular, el *principio que prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales*. La Constitución de la Segunda República renunciaba explícitamente al uso de la fuerza como instrumento de la política internacional, pero la de 1978 no lo hace explícitamente, aunque, como hemos visto, en su Preámbulo la nación española proclama su voluntad de «colaborar eficazmente en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra».

Se trata de uno de los *principios fundamentales del Derecho internacional, siendo una norma de ius cogens y erga omnes* que tiene naturaleza consuetudinaria y convencional, recogido en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, que fue publicada en España en 1990, y asimismo establecido en multitud de instrumentos jurídico internacionales en vigor en España. No cabe duda de que vincula a todos los Estados de la Comunidad internacional, incluido España. Ello no obstante *ninguna norma española se refiere al mismo ni lo desarrolla*.

En la Constitución el art. 63.3 indica que al «Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz». Si bien el Rey ha permanecido callado ante recientes usos de la fuerza, y aún cuando pueda estimarse que es de aplicación el principio *qui tacet negat* sería mejor que tanto el Jefe del Estado como el del Gobierno tuviesen un marco jurídico claro de actuación. Ello porque, como es sabido, hoy ya nadie —o casi nadie— declara las guerras, lo cual no significa que hayan desaparecido, lo que supone que el art. 63.3 en la práctica española está necesitado de algunos desarrollos que impidan ampliar fuera de sus propios límites las causas de justificación del uso de la fuerza, para evitar las contradicciones en que se cae cuando al mismo tiempo que se apoya el Estatuto de Roma en el que se recoge el crimen de agresión, se colabora en algunos usos ilícitos de la fuerza, lo cual también es un hecho ilícito internacional grave.

Del mismo modo se contribuiría a evitar que pueda tomar aliento la tesis del *uso de la fuerza anticipatorio frente a determinados riesgos internacionales*, siguiendo la estela de la doctrina de seguridad nacional norteamericana en sus versiones más radicales. Esta teoría de la *legítima defensa preventiva* está al margen del Derecho para la doctrina y para la mayoría de los Estados, pero es difícil que una conducta contraria al mismo sea sancionada por los tribunales españoles que, en estos supuestos, aplican la *teoría del acto político de gobierno*, permaneciendo fuera del control jurisdiccional, no sólo constitucional, sino también contencioso administrativo, esos «actos políticos del gobierno».

Pero es obvio que la participación, colaboración, apoyo o autoría de una agresión no constituye un «acto político» sino un «acto de agresión», aunque no haya sido esa la apreciación del Tribunal Supremo, en

1999, al señalar que «la Constitución española no consagra, en manera alguna, un hipotético gobierno de los jueces, de suerte que vendría a ser un fraude constitucional que alguien pretendiese, mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en marcha de un proceso de la misma naturaleza, corregir la dirección de la política interior o exterior que el art. 97 encomienda al gobierno democráticamente legitimado»¹⁵⁸. Ante este tipo de interpretaciones sería deseable que una ley estableciese los supuestos en que el Estado español puede utilizar la fuerza, o colaborar en su utilización en las relaciones internacionales, de tal manera que excluyese cualquier otro tipo de participación que no estuviese prevista y no se eludiese el control judicial de esa forma.

ii) De otro lado falta una ley que desarrolle de manera completa y clara el *régimen jurídico de celebración y entrada en vigor de los Tratados* y su *aplicación*. También podría ser objeto de desarrollo el establecimiento de un *régimen claro de participación de las Comunidades Autónomas en los mismos*¹⁵⁹, así como la clarificación del papel de los diferentes Ministerios en su celebración.

Se debería impulsar definitivamente una *ley de tratados* que desarrollase en su complejidad la competencia exclusiva del Estado que se articula en torno al *ius contrahendi*, y que, en un Estado de estructura compleja, exige un modelo más claro de participación en la formación de la voluntad del Estado y en la aplicación de los compromisos internacionales. Así se podría utilizar esta ley para acordar un modelo más claro que el de las Conferencias sectoriales de participación de las Comunidades Autónomas y, en su caso, estudiar el papel del Senado a tal efecto.

Podría asimismo articularse un régimen de respuesta más depurado frente a la celebración de acuerdos nulos a todos luces, como el de pesca entre la Comunidad Autónoma Vasca y Mauritania. En este supuesto, al ser competencia exclusiva de la Unión Europea la política pesquera, es el Estado español el responsable.

El principio de unidad del Estado implica una depuración mayor del *ius contrahendi*, del *ius representationis* y del régimen de responsabilidad no sólo internacional sino de derecho interno.

¹⁵⁸ Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español. Recurso núm. 1680/1999, de 19 de mayo de 1999, razonamiento jurídico único.

¹⁵⁹ A tal efecto son de aplicación en España, en esencia, los arts 63, 93, 94, 95, 97, 161, 163 de la Constitución española, el *Convenio de Viena sobre derecho de los tratados*, de 23 de mayo de 1969 (que entró en vigor el 27 de enero de 1980, BOE, núm. 142, de 13 de junio de 1980); el Decreto 801/1972, de 24 de marzo sobre ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados (BOE núm. 85 de 8 de abril de 1972), la Ley orgánica del TC (arts. 27 y 78), la Ley orgánica del Consejo de Estado (art. 22), la ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno (art. 5), el reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 (arts. 154 a 160), el reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982, texto refundido de 3 de mayo de 1994 (arts. 144 a 156) y la orden de la Subsecretaría de exteriores de 17 de febrero de 1992 (BOMAE, núm. 592, de febrero de 1992). Sobre la participación CC.AA. destaca lo establecido en los Estatutos de Autonomía.

iii) En tercer lugar, sería conveniente impulsar la elaboración de una *ley de protección diplomática de españoles en el extranjero*, porque ésta es un derecho del Estado, y no del particular, según el Derecho internacional general. Esta protección es discrecional del Estado y sólo se exige el vínculo de la nacionalidad. Ni tan siquiera es necesario para ejercerla que el particular haya tenido un buen comportamiento (es el llamado criterio de las «manos limpias»).

Pues bien, en la práctica del gobierno español cabe resaltar su *inacción en la protección de ciudadanos españoles que han sufrido daños en el extranjero*, por motivos vinculados a opciones de política exterior y no tanto por el comportamiento de los particulares, como sucedió en el caso *Couso*, pues si bien puede ser dudosa la prueba de que haya existido un hecho ilícito (es decir, un crimen de guerra imputable a Estados Unidos), no lo es una posible sospecha, lo que hubiese debido de llevar a exigir una investigación. Cabría desarrollar mediante ley orgánica un plus de protección; es decir, establecer que *los particulares, en determinadas circunstancias, tienen un derecho subjetivo a solicitar del Estado el ejercicio de la protección diplomática en su favor*. No se trataría, lógicamente, de una obligación de resultado, cuanto de una obligación de comportamiento del Estado cuando el particular tuviese las «manos limpias» y hubiese sufrido vulneración de sus derechos fundamentales fuera del territorio nacional. Sería una especie de doctrina *in foro interno in foro externo*.

iv) El Real Decreto 1645/1980, de 11 de julio, sobre el servicio de los contencioso del Estado en el extranjero (BOE, 16 de agosto de 1980) y la ley orgánica del Poder judicial 6/1985, de 1 de julio (BOE de 2 de julio de 1985, y de 4 de noviembre de 1985) en su art. 21 remiten a las normas de Derecho internacional público en cuanto al alcance de la jurisdicción del Estado en materia de inmunidades. Esta remisión abrió las puertas jurisprudenciales a la tesis de la inmunidad restringida del Estado extranjero, tanto de jurisdicción como de ejecución, sobre la base de la distinción entre actos de *iure imperii* y de *iure gestionis* (Sentencia de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986, de la Sala de lo Social del Tribunal supremo, Rec. Ar. 1986 n.º 727 y 7231).

El mismo Tribunal Constitucional, en sentencia 197/92, de 1 de julio (FJ4), de la Sala segunda, indicó esta evolución del *par in parem imperium non habet* hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad que habilita a los tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud del imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. Se trata de un distinción del Derecho internacional general, que no afecta a otras inmunidades de carácter más absoluto (por ejemplo, la de un Jefe de Estado extranjero o a la de un ministro de asuntos exteriores en ejercicio)

Pero sigue existiendo esta inmunidad en ciertos casos. Como ha señalado el TC, ello es consecuencia de los principios de igualdad soberana de los Estados y de cooperación pacífica. Esto llega a transformar la habitual interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (STC, sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, BOE núm 246, suplemento de 14 de octubre de 1995). En ese asunto se planteaba la constitucionalidad de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas por la posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14, 24 y 33 de la Constitución española. Una persona había alquilado un piso de su propiedad, en 1988, a un consejero diplomático de la embajada italiana en Madrid, que dejó de pagar. Se planteaba si los privilegios diplomáticos eran compatibles con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución española y, en particular, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

A juicio del TC el art. 31, 1 de la Convención de Viena era constitucional por ese doble fundamento de la igualdad y soberanía de los Estados y de la cooperación pacífica entre ellos. En la práctica, el Ministerio de Asuntos exteriores debería solicitar a Italia la renuncia a la inmunidad de jurisdicción civil de su representante. Pero el TC indicó que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando sea procedente (STC 197/92 FJ3) pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los juzgados y tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos».

Por tanto, en estos casos, le queda al particular una acción indemnizatoria frente al Estado. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico también se podría exigir al Gobierno mediante ley, como señalábamos antes, que ejerciese la protección diplomática a favor del particular.

En este sentido, recientemente el Ministerio de Asuntos exteriores se limitó a transmitir un «aviso de los Estados Unidos de que adoptarían contramedidas» en el supuesto en que un juez español se «atrebiese» a ordenar la ejecución de una sentencia (debido al impago de unas obras en la Base de Rota) con cargo a bienes allí existentes. Es evidente, por lo demás, que no todos los bienes de la base de Rota, o al menos no todos los bienes del Gobierno americano en España están protegidos por las normas de Derecho internacional.

v) Los desarrollos del Derecho internacional han planteado nuevos horizontes a la cuestión de la inmunidad de los Jefes de Estado. La defensa de la inmunidad absoluta de los Jefes de Estado (soberanos) extranjeros en ejercicio (por ejemplo, *Auto del pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 1999*, diligencias previas n.º 322/98; rollo n.º 111/98, FJ.4, en relación con Fidel Castro) por los tribunales españoles es concebida como una «exención jurisdiccio-

nal de derecho externo» de carácter absoluto. Este tipo de inmunidad apareció antes que la inmunidad de los Estados e igualmente se aplica a Castro que a Berlusconi.

Tradicionalmente, se ha reconocido que los tribunales de un país no pueden juzgar al soberano extranjero por un acto efectuado en su carácter de soberano (actos oficiales de Jefe de Estado), caso en el que la inmunidad es absoluta y permanente (*Asunto del Duque de Brunswick contra el Rey de Hannover, 1812; Asunto Hacth contra Baex, 1876; Asunto Underhill contra Hernández, 1897*).

El problema es determinar si estamos frente a un acto soberano de Estado o a un acto realizado a título privado. En esta línea, lord Nicholls, de la Cámara de los Lores, en la decisión en el *Asunto la Reina contra Bartle y contra Evans, respectivamente y el comisionado de la policía de Londres, Pinochet* (recurso del Tribunal Supremo de la división de Tribunales de la Reina), de 25 de noviembre de 1998, reconoce la inmunidad restringida de sus funciones, del general Pinochet, entre las que es evidente que el Derecho internacional no incluye la tortura o el genocidio. En su argumentación indicó: «El art. 39.2 de la Convención de Viena, modificada y aplicada a ex Jefes de Estado por la sección 20 de la ley de 1978 es válida para conferir inmunidad con respecto a actos realizados en el ejercicio de funciones que la ley internacional reconoce como funciones de un Jefe de Estado, con independencia de los términos de su constitución nacional. El Derecho internacional no exige garantía de ninguna inmunidad más amplia».

Del mismo modo, en el *Asunto ante el Tribunal Internacional de Justicia relativo al mandato de arresto de 11 de abril de 2000 (República democrática del Congo c. Bélgica, sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002)* este tribunal clarifica el Derecho (consuetudinario en vigor en materia de inmunidades). Bélgica sostenía (pár. 49) que los ministros de Asuntos exteriores sólo tienen inmunidad por actos oficiales, mientras que para el Congo durante el mandato el ministro tendría «inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción penal absoluta e integral, sin excepciones» (pár. 47), lo que no significaría impunidad por no ser motivo de exoneración de responsabilidad penal o de reducción de la pena. El tribunal llega a la conclusión de que «las funciones de un ministro de AAEE son tales que, durante el período de su mandato, se beneficia de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad total en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra cualquier acto de autoridad de parte de otro Estado».

Esta regla de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad de los Ministros de Asuntos Exteriores (y de los Jefes de Estado) no tiene excepciones en Derecho consuetudinario, ni incluso bajo la sospecha de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, como se deduce de la práctica de los Estados (pár. 58). Pero, esto no sig-

nifica confundir «competencia» con «inmunidad» ni con «impunidad», puesto que no exonera de responsabilidad. El ministro puede ser perseguido por su país, o por otro país —si se levanta su inmunidad— o cuando deja de ocupar la función.

Cuestión distinta es la inviolabilidad e inmunidad de un Jefe de Estado ante el Tribunal Penal Internacional, pues ésta en este foro no existe (*art. 27 del Estatuto de Roma aprobado en julio de 1998*, de creación de dicho Tribunal). Tras la ratificación por España de este estatuto, y su entrada en vigor, cabe interpretar que el art. 56.3 de la Constitución española (*La persona del Rey es inviolable no está sujeta a responsabilidad*) es compatible con el art. 27 siempre y cuando se interprete en el sentido de que no excluye su responsabilidad penal personal individual e internacional por crímenes internacionales, que serían inconstitucionales por exceder de sus funciones.

Señala el Consejo de Estado (Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte penal internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. *Consejo de Estado. Recopilación de doctrina legal, 1999*, BOE-Madrid, 2000, pág. 17, pp. 6-7) que «la irresponsabilidad personal del Monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es, la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual responsabilidad penal individual a que se refiere el Estatuto».

Más claro es el criterio de Francia que, por decisión n.º 98-408 DC de 22 de enero de 1999, del Consejo Constitucional interpreta el art. 68 de la Constitución (inmunidad por actos realizados en el ejercicio de la función, a excepción de alta traición) en el sentido de que es incompatible con el Estatuto de Roma, lo que condujo a una reforma constitucional.

En todo caso, el orden constitucional español parece, con la interpretación del Consejo de Estado, adecuado a los nuevos desarrollos en la lucha contra la impunidad de las grandes crímenes contra la Comunidad internacional, aunque pedagógicamente no sea lo más adecuado.

vi) El proyecto de tratado por el que se establece una Constitución para Europa plantea la cuestión jurídico-política de si es necesario y conveniente abordar una reforma de la Constitución.

Es el art. 93 de la Constitución española el que ha permitido hasta la actualidad tanto la adhesión en los ochenta como que las posteriores reformas abordadas por los Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza. La reforma actual es un Tratado, si bien tiene el nombre de Constitución para Europa. Analizado su contenido y a la luz de la doctrina constitucional y del Consejo de Estado cabe plantearse si este proyecto exige una modificación de la Constitución española de 1978.

En otros países europeos las sucesivas reformas de los Tratados de la Unión Europea han dado lugar a reformas constitucionales de más

amplio calado. En el caso de España el Tratado de Unión Europea estuvo en el origen de la única reforma realizada hasta el momento de la Constitución ante la colisión textual del art. 13 de la misma con el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento europeo que tienen los ciudadanos europeos en el territorio comunitario y no sólo en el nacional.

Un análisis del texto del *Tratado constitucional* no parece que exiga una reforma constitucional si bien pueden plantearse algunas dudas en materia de derechos fundamentales. El art. 93 sirve como cláusula de apertura para muchos temas salvo, probablemente, para lo relativo a la estructura del Estado español y a los derechos fundamentales. Sobre esta base se han vivido mutaciones constitucionales (en el sentido de Jellinek) como por ejemplo con la Unión Económica y Monetaria sin que haya sido necesario reformar la Constitución o realizar referéndums.

Pero este Tratado plantea un nuevo panorama al incluir una Carta de Derechos fundamentales. Indica el art. 10.2 de la Constitución que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. No cabe duda de que la Carta podrá ser utilizada para interpretar los derechos fundamentales, como así ha sucedido ya.

Pero debe ahondarse un poco más. El preámbulo de la Carta indica que respeta las competencias y misiones de la Unión, el principio de subsidiariedad, etc. Por su parte sobre el ámbito de aplicación las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, organismos y agencias de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión.

De la lectura de los derechos contenidos en la Carta se podría reflexionar sobre si hay derechos nuevos que no están reconocidos, al menos explícitamente en la Constitución española, o derechos con un contenido distinto.

De la jurisprudencia del TJCE se deduce que, como último intérprete, será él quien establezca el contenido y límites de los derechos, si bien es cierto que teniendo en cuenta tanto las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos —éste como estándar mínimo—.

En todo caso se produce aquí, en el marco de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y de los actos legislativos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, una transferencia del poder, en la medida en que será el Tribunal de Luxemburgo el que delimite, de conformidad con los

principios de primacía, efecto directo y responsabilidad del Estado, el contenido de dichos derechos.

Esto afecta al esquema constitucional en materia de derechos fundamentales. Es cierto que mientras haya una protección comparable puede que no surjan problemas, pero también es cierto que igual que el art. 10.2 se refiere al CEDH y a la DUDH podría incluirse una referencia a esta Carta de derechos fundamentales.

ad. En pruebas de imprenta, el 5 de noviembre de 2004, el Gobierno ha preguntado al Tribunal Constitucional sobre las posibles contradicciones entre la Constitución española y la Constitución europea. Ello trae causa de un Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004 sobre el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». A juicio del Consejo de Estado se trata de un «Tratado de integración supranacional». En opinión de este órgano, el art. 93 CE es idóneo para ratificar el Tratado por lo que se refiere al sistema de atribución de competencias, que se clarifica. En materia de Derechos fundamentales, las salvedades impuestas parecen garantizar que las disposiciones de la Carta no producirán colisiones o discordancias con la configuración constitucional de los derechos y libertades (a salvedad de las dificultades que la práctica evidencie), así como de sus límites, si bien la existencia de tres regímenes o parámetros de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta), pese a la garantía del nivel de protección otorgado por las Constituciones nacionales en sus respectivos ámbitos de aplicación, determinará eventualmente un proceso de influencias mutuas no exento de problemas que debe aclarar el TC, en el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta y las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades. Ahora bien, para el Consejo de Estado, el extremo fundamental en que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, puede entrar en conflicto con la Constitución española, es el relativo a la supremacía de ésta. El principio de primacía reconocido en el art. I-VI del Tratado (fruto de una construcción jurisprudencial bien conocida) podría entrar en contradicción, según el Consejo de Estado, con el art. 9.1 CE. Su incorporación al Tratado produce unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial (susceptible de ser aplicado con flexibilidad a través del diálogo entre jueces). Dado que no cabe la formulación de reservas o cláusulas de excepción, no puede soslayarse (indica el Consejo de Estado) un potencial conflicto entre la primacía del Derecho de la Unión y la de la Constitución española. Cabe recordar que tanto el Tribunal Constitucional (Declaración de 1 de julio de 1992) como el Consejo de Estado (Memoria de 1992) han subrayado la supremacía de la Constitución española respecto de cualquier otra norma jurídica. Por ello, el Consejo de Estado estima oportuno seguir la vía del art. 95.2 CE para que el TC se pronuncie sobre la posible contradicción.

Esta posición del Consejo de Estado no es ajena a la previa posición de su Presidente, el Prof. Francisco RUBIO LLORENTE, que en un artículo previo sobre la misma cuestión, antes de ser designado para tal función, había defendido la necesidad de un *referéndum agravado*, vía art. 168, ante el problema de colisión entre el art. 9 CE y el art. I-6 de la Constitución europea ¹⁶⁰; es decir, había que disolver las Cortes, según esa posición. En aquel momento gobernaba el Partido Popular, y esta posición fue defendida por otros constitucionalistas. En declaraciones de ahora a la prensa, el Prof. RUBIO LLORENTE ha desechado la vía del art. 168 (*donde dije Digo, digo Diego*) y no nos constan otros constitucionalistas que defiendan esa vía. Esta interpretación, por lo demás, nunca había sido defendida por la doctrina internacionista española, tal vez al entender el proceso de constitucionalización de Europa desde una visión internacionista, desde la consideración de la Unión Europea como un fenómeno jurídico novedoso aunque original en relación con otras organizaciones internacionales y no equiparable al fenómeno estatal, en su dinámica actual. Habrá que esperar a lo que señale el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, si bien, en nuestra opinión, siendo deseable una reforma de la Constitución española para adaptarla al proceso europeo, ésta no debiera realizarse por una vía agravada. Tiene sentido la reforma sencilla para evitar una mutación constitucional (en el sentido de JELLINEK) sin que el constituyente sea consciente de ella y sin que los españoles puedan percibir en su integridad el significado de la construcción europea que, no obstante, no sólo no ha superado el fenómeno estatal, sino que, por el contrario, su evolución reciente confirma la vitalidad que siguen teniendo los Estados en el proceso.

vii) Diversas normas constitucionales hacen referencia al territorio del Estado, pero ninguna define ni delimita su extensión y límites. En la actualidad España mantiene controversias internacionales sobre atribución del territorio del Estado con el Reino Unido (sobre el peñón de Gibraltar), con Marruecos (sobre Ceuta, Melilla, Chafarinas, Vélez de la Gomera, Perejil etc.), y probablemente se agudicen los problemas con Portugal (sobre Olivenza).

Habría que reflexionar sobre la posibilidad de establecer mediante una ley cuál es el territorio del Estado, lo cual no debe hacerse necesariamente citando los lugares arriba señalados sino mediante una referencia en las leyes, como hace la Constitución portuguesa (en su art. 5), al *territorio históricamente definido*.

Los fundamentos de los títulos de soberanía sobre los territorios polémicos se pueden clarificar. En este sentido la tesis del gobierno español del *statu quo* sobre el territorio de Perejil era altamente insostenible, porque no existen *terras nullius* en la actualidad. Uno u otro país

¹⁶⁰ F. RUBIO LLORENTE, «El referéndum superfluo y el necesario». *El País*, julio de 2003.

tendrán mejores fundamentos de soberanía. Es cierto que tienen menor relevancia política las controversias entre Estados miembros de la Unión, pero también lo es que la noción de la frontera línea no se ha visto alterada por la construcción europea, aunque sí lo hayan sido las funciones de la frontera como espacio de cooperación y de integración. Con independencia de Perejil, en los otros territorios polémicos y, en especial, en Ceuta, Melilla, Gibraltar y Olivenza, habría que articular unas tesis jurídico-políticas coherentes y que permitiesen la defensa de la españolidad de dichas plazas desde los fundamentos de la soberanía territorial que pueden derivar de un exhaustivo análisis de los títulos jurídicos, que el Estado debe conocer con mayor precisión de la que ha hecho gala en tiempos recientes, más por desconocimiento que por estrategia.