



# ***LA COMPATIBILIDAD DEL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA \****

---

*Carlos Vidal*

**Resumen:** La DCT 1/2004 sobre la compatibilidad de la Constitución Española con el Tratado Constitucional Europeo ha sido objeto de numerosas críticas, no sólo por su conclusión (negar la necesidad de la reforma constitucional), sino por las argumentaciones que utiliza para alcanzarla. En el trabajo se analiza la numerosa doctrina que ya ha abordado el análisis de la Declaración, así como su incoherencia con la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional. Se analiza con especial detenimiento la distinción entre primacía y supremacía. Por otro lado, se reclama una actitud más favorable del Alto Tribunal español a abordar cuestiones referidas a las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho interno, no sólo el de rango infraconstitucional sino también el Derecho constitucional.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El antecedente de la Declaración de 1992 y su engarce con la nueva Declaración. 3. El principio de primacía del Derecho europeo. a) Alcance limitado del principio. b) La distinción entre primacía y supremacía. c) La distinción entre primacía y supremacía y la interpretación del art.

\* Este trabajo ha sido elaborado durante una estancia de investigación en las Universidades de Gotinga y Colonia, con los profesores Christian Starck y Klaus Stern respectivamente, gracias a la financiación proporcionada por la Fundación Alexander von Humboldt, los años 2005 y 2006. Agradezco a ambos profesores las facilidades que en todo momento me dieron para desarrollar mi investigación, así como a la Fundación A. v. H. su constante apoyo y atención.

93. 4. La existencia de un núcleo indisponible (contralímites) justifica la posible reserva de jurisdicción. 5. La reserva de actuación del TC. 6. Los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales. 7. La necesidad de la reforma. 8. Necesidad de una mayor apertura del TC a los planteamientos europeístas.

## 1. INTRODUCCIÓN

No resulta fácil aportar ideas originales cuando se trata de abordar el análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, pues sin duda ha sido una de las resoluciones más comentadas de nuestro Alto Tribunal en un período tan corto de tiempo<sup>1</sup>. La declaración ha sido objeto de críticas, más o menos

1. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, ponencia presentada en el III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Barcelona, 21 y 22 de diciembre de 2004. A. SAIZ ARNAIZ, *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*; V. FERRERES COMELLA, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”, en *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20 (2005), pp. 5-17. A. LÓPEZ CASTILLO, “La Unión Europea ‘en constitución’ y la Constitución estatal (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 15 (2005), pp. 427-458. F.J. MATIA PORTILLA, “Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)”, *REDC*, 75 (2005), pp. 341-360. R. ALONSO GARCÍA, “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio

moderadas, aunque en algunas ocasiones se comparta por parte de quienes las formulan la conclusión final a la que llega el Tribunal, es decir, que no existe incompatibilidad material entre el Tratado constitucional europeo (en adelante, TCE) y la Constitución española (en adelante, CE), y que por tanto no es necesario reformar la Constitución<sup>2</sup>.

Como es conocido, se trata ésta de la segunda ocasión en que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) fue requerido para pronunciarse sobre la conformidad de un Tratado internacional con la CE, según el procedimiento previsto en el art. 95.2 de la Constitución y regulado en el art. 78 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTIC).

Los términos en los que se produjo la consulta por parte del Gobierno han sido también criticados por la doctrina, al entenderlos restrictivos y excesivamente genéricos<sup>3</sup>. Asimismo, se ha cri-

de primacía”, REDC, 73 (2005), pp. 339-364. J.M. AREILZA CARVAJAL, “La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004”, REDC, 73 (2005), pp. 365-378. A. RODRÍGUEZ DÍAZ, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3 (2005), pp. 327-353.

2. Así, p.ej., MATIA PORTILLA (“este cronista comparte y asume como propia la parte dispositiva de la declaración”, cfr. *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea [Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre]*, op. cit., pp. 342-345) y ALONSO GARCÍA (“suscribo en líneas generales la conclusión [sólo parcialmente explícita] del TC, que no, como argumentaré, el camino”, cfr. *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 340).

3. CRUZ VILLALÓN subraya cómo el Gobierno no concreta cuáles serían los preceptos de la Constitución que entrarían en conflicto con el principio de primacía y, por otro lado, la pregunta sobre los niveles de protección de los derechos la considera una “pista falsa”. Las preguntas que Cruz Villalón llama “procesales” sorprenden, como acertadamente viene a decir. Cuando se pregunta sobre si el cauce del artículo 93 CE resulta suficiente para la ratificación

ticado al Parlamento y al propio TC por no haber solicitado más aclaraciones al Gobierno sobre su consulta<sup>4</sup>.

El requerimiento del Gobierno planteó tres posibles contradicciones entre la CE y el TCE: las de los artículos I-6 TCE (primacía del Derecho de la Unión), II-111 TCE (ámbito de aplicación de la Carta de derechos) y II-112 TCE (alcance e interpretación de los derechos y principios). En la Declaración, el TC negó que existiese contradicción, y contó con tres votos particulares disidentes, que sí veían necesaria la reforma, al existir contradicciones basadas en la existencia de la primacía del Derecho comunitario.

Además, el Gobierno preguntó también sobre la suficiencia del art. 93 CE para prestar el consentimiento del Estado a la Constitución Europea, a lo cual el TC respondió que “el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado”. Por último, se inquirió al TC sobre el procedimiento de reforma constitucional que, caso de darse alguna contradicción, habría que poner en marcha antes de la ratificación. El TC no consideró que tuviera que responder, al no verse necesaria la reforma.

del Tratado, se hace de modo muy genérico. Entonces, sobrarían las dos primeras preguntas específicas. Y si la pregunta se hace como apéndice, entonces sobra ésta. La cuarta pregunta, por su parte “hubiera podido plantear un interesante problema de exceso de jurisdicción”, puesto que no está previsto en nuestra Constitución que el Tribunal Constitucional pueda señalar, “en positivo, cómo podría quedar afirmada la supremacía de la Constitución”. Cfr. *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, op. cit., Ponencia ACE, núms. 18, 19 y 20.

4. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea ‘en constitución’ y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., pp. 429-430.

## 2. EL ANTECEDENTE DE LA DECLARACIÓN DE 1992 Y SU ENGARCE CON LA NUEVA DECLARACIÓN

El único precedente de una Declaración de estas características lo constituye la DTC 1/1992, con motivo de la posible incompatibilidad constitucional del Tratado de Maastricht, en la que se proclamó la supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales, lo que se extiende también a los tratados por los que se transfieren competencias derivadas de la Constitución (artículo 93). Por ese motivo, ante la contradicción textual entre dos artículos, uno del Tratado europeo, otro de la Constitución, se hacía necesaria la reforma.

Lo que ocurre es que, como ha señalado Cruz Villalón, en 1992 no quedó resuelta (quizá porque la propia consulta se hizo en términos muy restrictivos) la cuestión de fondo, es decir, que se estaba creando una nueva comunidad política en la que se daba un nuevo tipo de ciudadanía, la ciudadanía europea, distinta de la ciudadanía de cada uno de los estados miembros<sup>5</sup>. El resultado fue que, aunque formalmente se afirmaba que la CE no permitía más tratados constitucionalmente relevantes que los que son expresión de una transferencia de competencias, el hecho cierto es que estaba (está) conviviendo ya con una constitución europea en sentido material, “que reinterpreta el sentido del texto de la Constitución nacional”<sup>6</sup>. Es decir, el TC no reconoció en 1992 que la Unión Europea es algo diferente a una organización internacional en el sentido clásico de las categorías del Derecho internacional, sino que es algo más. Y, como veremos, en este sentido la Declaración de 2004 no ha supuesto un avance sustancial.

5. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, núms. 9 y 10.

6. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, núm. 12.

Según la DTC 1/1992, tal y como recuerda la DTC 1/2004 en su FJ 2, el artículo 93 “no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X CE. Pero sí es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma”.

Se ha comentado reiteradamente cómo, hasta ahora, el artículo 93 se había venido considerando por parte de nuestro Alto Tribunal como un precepto orgánico-procedimental. Sin embargo, en la nueva Declaración, aunque sea sin reconocerlo expresamente, el Tribunal cambia su consideración sobre este precepto, pues le otorga también un carácter sustantivo o material del que no había hablado en 1992. Este es uno de los cambios principales en la decisión que estamos analizando<sup>7</sup>, que por cierto el TC no explica, ni siquiera para justificar que las dos visiones del precepto sean compatibles<sup>8</sup>.

En este sentido, el TC dice en la última Declaración que debe interpretarse este artículo de modo que se “atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta”. Esta interpretación parte del reconocimiento

7. Los calificativos que puedan darse a este cambio son discutibles. En otra parte de este trabajo, hablo de cambio “radical”, siguiendo el término utilizado por los Magistrados que firman los Votos particulares. CRUZ VILLALÓN habla de que el tribunal se va “casi al otro extremo”. Cfr. *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 12. Sin embargo, ALONSO GARCÍA entiende que el cambio no es tan radical, aunque admita también la distinta manera de enfocar el artículo 93, por otra parte reconocida implícitamente por el propio Tribunal Constitucional. En concreto, a pesar de esta discrepancia, concluye destacando cómo el TC, después de una tradicional pobre lectura europea en su jurisprudencia, acaba reconociendo la “crucial faceta sustantiva” del artículo 93 en la DCT 1/2004 (*Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 345).

8. J.M. AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, op. cit., p. 370.

de que la cesión de competencias impone unos “límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional”. Por lo tanto, la cesión de competencias se hace en un contexto determinado, en un marco preciso que se manifiesta en unos “límites materiales” implícitos en nuestra Constitución: “respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (FJ 2).

Con razón considera Rodríguez Iglesias que con esta interpretación del artículo 93 de la Constitución, se produce un importante desarrollo jurisprudencial con respecto a soluciones anteriores, especialmente la Declaración 1/92, de 1 de julio<sup>9</sup>. Cruz Villalón dice que “se va casi al otro extremo”<sup>10</sup>, de modo que la Constitución europea desplazaría a la Constitución nacional, con la reserva de la irrenunciabilidad a la capacidad de denuncia del Tratado constitucional. Los Magistrados discrepantes consideran este cambio como “radical”.

Rodríguez Iglesias sostiene que la explicación de las relaciones entre los Tratados comunitarios y la CE en lo que se refiere al fundamento de validez de las normas comunitarias es acertada, en contraste con las inadecuadas explicaciones dualistas que se encuentran en la jurisprudencia de otros Tribunales constitucionales<sup>11</sup>.

9. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20 (2005), p. 5.

10. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, núm. 13.

11. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 7.

El TC español dice que el marco de validez es el Tratado, no la Constitución. Pero la Constitución exige que el ordenamiento aceptado sea compatible con los principios y valores constitucionales básicos.

Entre los límites materiales implícitos está el respeto a la soberanía de los Estados. En el mismo sentido, el Consejo Constitucional francés había dicho, poco antes de la DTC 1/2004, en su Declaración de 19 de noviembre de 2004, que algunas disposiciones exigen reformas constitucionales, puesto que afectan a condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía. El caso francés es peculiar, porque el art. 88-2 de la Constitución exige la reforma constitucional cada vez que se transfiera una nueva competencia o se modifiquen las condiciones de su ejercicio. Volveremos sobre esto más adelante.

Pero, en el caso español, el artículo 93, según Rodríguez Iglesias, es “un fundamento constitucional suficiente no sólo para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sino también para asumir futuras modificaciones sustanciales de esta Constitución, ya que, como ha señalado el TC, su interpretación ha de atender “a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta”, por lo que “debe partir del reconocimiento de la operación de cesión de competencias (...) establecido por la Constitución nacional”<sup>12</sup>.

El proceso de integración “no tiene por objeto la creación de una UE que sustituya a los Estados como entidad soberana, sino la consolidación de una comunidad de Estados y de ciudadanos cuyas competencias se rigen por el principio de atribución”<sup>13</sup>.

12. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 8.

13. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional* op. cit., p. 9.



El TC, sin embargo, pretende que no ha habido tal cambio interpretativo en su recorrido jurisprudencial, y trata de hacer compatible la nueva visión europeísta del artículo 93 de la Constitución con la que había mantenido en la DTC 1/1992, según la cual las contradicciones entre la Constitución y las normas europeas no podrían resolverse por la vía interpretativa, sino con la reforma constitucional. Con esta nueva posición del Tribunal, sin embargo, es evidente que se ha producido un cambio, de manera que Areilza llega incluso a afirmar que, en el fondo “se da por supuesta la reforma implícita de la Constitución a través de las reformas de los tratados”, y que la apertura del artículo 93 estaría contrapesada por la futura vigilancia del TC sobre los contenidos de la integración<sup>14</sup>.

Como veremos, no obstante, el Tribunal sigue sin abrirse del todo a un análisis profundo de la naturaleza del Derecho europeo, y sus planteamientos continúan siendo los de considerar a la Unión Europea en el marco de los modelos clásicos del Derecho internacional. Aunque podría deducirse de sus afirmaciones lo contrario, el Alto Tribunal español no lo reconoce de modo expreso, y por eso mantiene también que no ha habido el cambio jurisprudencial que la doctrina ha creído ver en esta Declaración.

### 3. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO

En esta misma línea, la de intentar mantener una coherencia con su jurisprudencia anterior, al Tribunal le interesa mostrar que el Tratado constitucional no supone un cambio relevante a efectos de posibles incompatibilidades con la Constitución. Uno de

14. J.M. AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, op. cit., pp. 370 y 371.

los puntos que podía ser más conflictivo es el de la proclamación del principio de primacía expresada en el art. I-6: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyan a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

El TC subraya que este principio de primacía no es nuevo, sino que forma parte del acervo comunitario y se había proclamado jurisprudencialmente, como se manifiesta en la Declaración anexa al artículo. Es verdad. Pero también es cierto, sin embargo, que el carácter absoluto con que parece concebir la primacía el Tribunal de Justicia de la UE no es admitido por los Altos Tribunales de los Estados miembros. Especialmente en lo que se refiere a la primacía sobre el propio Derecho Constitucional interno.

Aunque el TC diga, en el Fundamento Jurídico 4 de su Declaración, que su jurisprudencia “ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario sobre el interno”, esto no ha sido siempre así, como ponen de relieve las SSTC 64/1991 y 58/2004<sup>15</sup>, y como por cierto se encarga de resaltar Delgado Barrio en su Voto Particular.

Una de las tareas asumidas y propiciadas por el TJUE en su jurisprudencia había sido, desde el inicio, la de garantizar la primacía de las normas comunitarias sobre las normas de Derecho interno, con independencia del rango que éstas tengan (por ejemplo,

15. Sobre esta sentencia se han publicado diversos comentarios que interesan a nuestro estudio, como el de P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril asunto tasa fiscal sobre el juego)”, *REDC*, 72 (2004), pp. 315-346; J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENE, “El ‘recurso’ a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 11 (2004), pp. 441-474.

caso *Van Gend en Loos*<sup>16</sup>, caso *Costa/Enel*<sup>17</sup>, caso *Simmenthal*<sup>18</sup>, caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>19</sup>). La sentencia *Simmenthal* se completó posteriormente con las sentencias *Factortame* de 19 de junio de 1990 (asunto C-213/89), *Marleasing* de 13 de noviembre de 1990 (asunto C-106/89), y *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995 (asunto C-312/93).

Este no parece ser el criterio de nuestro TC, aunque no es el único que adopta esta posición. El propio Rodríguez Iglesias ponía hace unos años de relieve cómo “ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del Derecho comunitario sobre el propio Derecho constitucional, lo que no es sorprendente,

16. En este caso se declaró la eficacia directa del Derecho comunitario. Se sostiene en la sentencia que los Estados miembros han realizado una verdadera cesión de soberanía, y que en las materias en las que las Instituciones comunitarias son competentes para legislar, las disposiciones emanadas son de aplicación no sólo a los Estados sino también a sus ciudadanos. Cfr. Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 3. Vid. también el comentario de P. PESCATORE, “The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law”, *European Law Review*, 8 (1983), pp. 176-177.

17. Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa vs. Enel*, 6/64, Rec. p. 1141. En esta sentencia se dice ya claramente que el Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico propio y autónomo, al que no son aplicables las normas tradicionales de transposición al Derecho interno de las normas contenidas en tratados internacionales.

18. En la sentencia del caso *Simmenthal* se afirma que un órgano judicial tiene que aplicar de manera inmediata una norma de Derecho comunitario con efecto directo en el ordenamiento jurídico interno, siempre que sea clara e incondicionada, aunque vaya en contra de una disposición legal nacional incluso de rango constitucional. Cfr. Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629. Concretamente, los números 23 y 24.

19. El TJCE afirma que no se puede recurrir a conceptos de Derecho interno para juzgar sobre la validez de las normas emanadas por las instituciones comunitarias, ya que se pondría en peligro la uniformidad de la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros. Vid. Sentencia del 17 de diciembre de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschaft GmbH vs. Einfuhr- und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70. Recopilación en alemán, p. 1125, apartado 3.

puesto que la función de los Tribunales Constitucionales es precisamente la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, supremacía que constituye el presupuesto de la existencia de un control de constitucionalidad”<sup>20</sup>. En este mismo sentido, el TC español admite la primacía, pero sin asumir este principio en términos absolutos.

a) *Alcance limitado del principio*

En la Declaración se alude, en primer lugar, a los límites derivados del aspecto competencial que informa este principio. En el Fundamento Jurídico 3 de la Declaración recuerda el TC que la primacía del Derecho de la Unión se acota “al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una ‘exigencia existencial’ de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”.

Esta primacía se enmarca, además, en un contexto determinado, es decir, en el reconocimiento por parte del Tratado del respeto a la identidad de los Estados miembros y sus estructuras constitucionales básicas, y al carácter fundamental de los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados (art. I-5.1 y art. I.2), especialmente en las disposiciones relativas a los derechos fundamentales (Carta de los Derechos).

Aquí es donde, como afirma López Castillo, se percibe el “eco de las reservas” de otros Tribunales Constitucionales en la Declaración del TC español<sup>21</sup>, y de este modo se viene a decir que las

20. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Tribunales constitucionales y Derecho comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco)*, Madrid, Tecnos, 1993.

21. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., p. 444.

reservas ya no estarían justificadas, como consecuencia de la incorporación al Tratado constitucional de las cláusulas de “suficiente constitucionalidad” (arts. I-2 y II-113) y “mínima estatalidad” (arts. I-5 y I-11.2)<sup>22</sup>.

La primacía, por tanto, opera, según el Tribunal, respecto de un “Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales” y “se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea”, delimitadas con arreglo al “principio de atribución” (art. I-11.1 del Tratado) y que son “recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del Tratado”.

También alude el Tribunal a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y subraya que, según el artículo I-18 del Tratado, a falta de poderes específicos, “la Unión sólo podrá actuar a través de medidas adoptadas por el Consejo de Ministros, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, previéndose la participación de los Parlamentos nacionales en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el artículo I-11.3 del Tratado” (FJ 3).

Basándose en estas argumentaciones, el TC sostiene que “las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no

22. “Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado(...)” DTC 1/2004, FJ3.

podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”.

Este “carácter competencial del principio de primacía”, dice Matia Portilla, no supone un límite del todo real. La precedente afirmación del Tribunal es, según el citado autor, “simplemente incorrecta”<sup>23</sup>. En todo caso, la hipotética reserva competencial, como dice Ferreres Comella, basada en los principios de atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y flexibilidad, afectaría al ámbito del Derecho comunitario derivado, pero no al de los Tratados comunitarios, en los que precisamente se distribuyen las competencias<sup>24</sup>. Y, aún en el ámbito del Derecho derivado, como dice Matia Portilla, tampoco existe ese límite, por dos razones: primera, porque en las potencialidades competenciales en el ámbito de la UE son muy superiores a las ejercidas, y segunda, porque de nuevo es el TJUE quien va a decidir sobre los posibles excesos competenciales<sup>25</sup>.

También para otros autores resulta discutible que la primacía afecte a ámbitos tan limitados como el TC dice<sup>26</sup>; por ejemplo, la irradiación de principios como el de la cláusula antidiscriminatoria por razón de nacionalidad, sexo, etc., puede llegar a afectar a

23. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 349.

24. V. FERRERES COMELLA, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”, en *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit.

25. Argumentaciones similares encontramos en casi todos los demás comentarios a la DTC 1/2004 que se han publicado.

26. A. LÓPEZ CASTILLO. *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., p. 440.

algunas explícitas reglas constitucionales que se han de revisar, como ha ocurrido en Alemania a raíz del caso Tanja Kreil.

Además, como el propio Cruz Villalón pone de relieve<sup>27</sup>, y Matia Portilla reafirma, el Tribunal de Luxemburgo “no se ve vinculado en su labor por las Constituciones estatales”, por lo que al final, las competencias no están tan limitadas, e incluso resultaría “ingenuo” pensar que ello es así<sup>28</sup>.

Esto es cierto parcialmente, puesto que también el Tribunal de Justicia europeo debe tener en cuenta las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros<sup>29</sup>, y esto significa que las Constituciones estatales sí tienen, aunque sea indirectamente, un papel que jugar en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En concreto, según Alonso García, el principio de primacía está mediatizado también por el propio Derecho originario de la Unión. Los ordenamientos jurídicos nacionales no son una realidad pasiva en términos de pura recepción del Derecho europeo, sino que “se presentan como herramienta esencial” para la creación y aplicación del Derecho europeo, además de que están llamados a “participar activamente en la propia configuración sustantiva del mismo, muy especialmente en su vertiente “constitucional”<sup>30</sup>. Recuerda esta argumentación algo a lo que comenta Tomuschat en un reciente artículo sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán que anula la Ley alemana de transposición al ordenamiento interno de la

27. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 24.

28. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 348.

29. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., pp. 342-343.

30. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 343.

Orden europea de detención. Cuando critica la poca definición con la que se recogen los tipos delictivos en la Decisión Marco europea sobre la Euroorden, llama la atención sobre el poco aprovechamiento de los Parlamentos nacionales de sus posibilidades de actuación, tanto antes de la aprobación de la Decisión Marco (en el proceso negociador), como después, al transponerlo al ordenamiento interno<sup>31</sup>.

En cualquier caso, para el el TC los límites son suficientes. Y reconoce, precisamente por la existencia de estas limitaciones, tanto desde la perspectiva nacional interna como desde la europea, como hipótesis difícilmente realizable que el Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable con la CE. Los hipotéticos excesos se verían previamente reprimidos por los cauces ordinarios a nivel europeo, en cuanto que lesionarían también el propio Tratado europeo. Así lo expresa el TC en el momento en que, preventivamente, se reserva la posibilidad de actuar para el caso en que esos cauces no remedien el problema.

Sin embargo, como veremos más adelante, el problema no es tan sencillo. El TC está admitiendo con estas palabras muchas más cosas de lo que parece, y de lo que él mismo está dispuesto a reconocer.

#### b) *La distinción entre primacía y supremacía*

El TC sostiene, en el FJ 4, que la contradicción entre el principio de primacía afirmado en el art. I-6 del Tratado y la supremacía de la Constitución no existe. Según el Tribunal, “primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación”. La supremacía está

31. Ch. TOMUSCHAT, “Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl”, EuGRZ (2005), pp. 453-460.



relacionada con la jerarquía, mientras que la primacía se sustenta en la “distinción entra ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”. Toda supremacía implica primacía, pero no al revés.

A partir de esta distinción, el Alto Tribunal mantiene que “la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93, (...). En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado”.

Tomando como fundamento estas argumentaciones, el Tribunal lleva a cabo un repaso de su jurisprudencia previa, en la cual, según él, se ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho Comunitario sobre el interno. Olvida, sin embargo, el Tribunal, algo importante: que siempre, hasta este momento, se había tratado de Derecho interno infraconstitucional<sup>32</sup>, y que el Tratado constitucional, aunque no lo diga de modo expreso, entiende también que esta primacía opera respecto al Derecho constitucional interno, puesto que no hace distinciones en la formulación del art. I-6. Y más, sobre todo, si tenemos en cuenta la Declaración aneja a este artículo, que nos remite a la jurisprudencia previa del TJCE que, como se sabe, sostiene la primacía también sobre el Derecho constitucional interno<sup>33</sup>.

32. Así lo recuerda también F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 350.

33. Sentencias *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 (26/62), *Costa vs. Enel*, de 15 de julio de 1964 (6/64); *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978

Además, Alonso García advierte con acierto que, en la propia DTC 1/2004, el Alto Tribunal, cuando habla de la primacía, mantiene siempre la perspectiva de la posible inconstitucionalidad del Derecho derivado de la Unión, y evita entrar a considerar una posible colisión entre el Derecho originario y el Derecho constitucional interno. Como afirma el citado autor, lo que el TC admite es que “la Constitución no puede considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas”, lo cual a nosotros nos recuerda la tradicional idea del TC de que los problemas de colisión de normas de Derecho derivado con normas de Derecho interno son cuestiones que no corresponde analizar al TC, sino a los jueces ordinarios<sup>34</sup> y al TJUE<sup>35</sup>.

(106/77), *Internationale Handelsgesellschaft GmbH vs. Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, del 17 de diciembre de 1970 (11/70); *Factortame* de 19 de junio de 1990 (asunto C-213/89), *Marleasing* de 13 de noviembre de 1990 (asunto C-106/89), y *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995 (asunto C-312/93).

34. El TC, por cierto, pierde otra oportunidad para dedicar algunas líneas a analizar cómo el juez español está utilizando poderes que, antes de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, no tenía. Ahora puede decidir sobre la aplicación o no de una norma nacional, mientras que hasta ese momento estaba vinculado al imperio de la ley sin excepciones, y no podía inaplicar las leyes post-constitucionales, aunque las estimase inconstitucionales, sino que tendría que plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Lo ha recordado recientemente F. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “La inaplicación del Derecho interno por contradicción con el Derecho europeo y la posición constitucional del juez”, *Revista Jurídica de Catalunya* (2005), pp. 1094-1095. Vid. también R. ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho comunitario*, Madrid, CGPJ, 2002.

35. STC 28/91, de 14 de febrero. Como es conocido, en dicha Sentencia se afirma que la vía del artículo 93 “no significa que (...) se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE. (...) Una vez utilizado, por tanto, el mecanismo del art. 93, dicha norma constitucional no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional –estatal y autonómica– respecto del ordenamiento comunitario, cuestión ésta que escapa al objeto y contenido

Pero retornemos a la necesidad de que el TC hubiese dejado claro si se estaba planteando también la posible contradicción con el Derecho originario. Alonso García recuerda cómo el Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 19 de noviembre de 2004<sup>36</sup>, consideró que “el derecho reconocido al Parlamento francés de oponerse a una modificación del Tratado según el procedimiento simplificado previsto en el artículo IV-444 hace necesaria una revisión de la Constitución con el fin de permitir el ejercicio de tal prerrogativa”. Habría que estudiar si esta nueva prerrogativa del Parlamento español no exigiría una previsión constitucional<sup>37</sup>. El TC no responde porque no se le consultó, pero inevitablemente podría plantearse algún problema de interpretación en el futuro, y esta vez no con relación al Derecho derivado, sino originario.

Areilza también critica que el TC rehúya esta realidad, sin aceptar que la primacía afecta a cualquier norma de Derecho europeo sobre cualquier norma de Derecho interno, sea del rango que sea, incluyendo el constitucional, y entiende que los límites a los que hace alusión el TC son más teóricos que prácticos<sup>38</sup>.

de esa norma” (FJ 4). El TC se remite también a la sentencia *Simmenthal* para justificar que quienes deben aplicar el Derecho comunitario al caso concreto son los tribunales ordinarios, y en el ámbito de esa labor, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, no puede intervenir el TC a través de una hipotética cuestión de inconstitucionalidad, pues, “tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal derecho” (FJ 6).

36. Decisión del Consejo Constitucional Francés de 19 de noviembre de 2004, número 2004-505.

37. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía* op. cit., p. 355, nota 26.

38. Dice que se trata de una “falsa acotación de la primacía”, puesto que “en la práctica el Derecho europeo se extiende materialmente casi a tantos ámbitos como lo decidan las instituciones políticas europeas”. Cfr. *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución españo-*

c) *La distinción entre primacía y supremacía y la interpretación del art. 93*

La utilización de la distinción entre primacía y supremacía ha sido objeto de numerosas críticas<sup>39</sup>. También se ha puesto en duda la interpretación que hace el Tribunal del término “competencias” del artículo 93 de la CE<sup>40</sup>. Porque, según el TC, el TCE (“la Constitución” a que se refiere el artículo I-6) desplaza (aplicación preferente) a la Constitución nacional. Y que lo mismo ocurre con el resto del Derecho de la Unión respecto del conjunto del ordenamiento nacional “en el ámbito de sus competencias”, cuyo alcance será declarado, recordemos, por el Tribunal de Justicia de la UE. La consecuencia inmediata sería que no cabría cuestión de inconstitucionalidad respecto del Tratado, ya que “desplaza” a la Constitución nacional.

La posibilidad de que la Constitución nacional sea desplazada lleva a Cruz Villalón a afirmar que el modelo por el que se opta es el de “Constitución residual”<sup>41</sup>. Matia Portilla encuentra absurdo que la *norma normarum* pueda ceder su lugar, y niega que esto

*la y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*), op. cit., p. 372.

39. “Innecesaria”, “perturbadora” (R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 359). “Innecesaria” y “Discutible” (A. SAIZ ARNAIZ, *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, op. cit., pp. 62 y 67). También lo critica V. FERRERES COMELLA, *La Constitución española ante la cláusula de primacía del derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 77-78 y 95.

40. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 28.

41. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 33.

pueda suceder, afirmando además que “la distinción entre aplicabilidad y validez no es de recibo cuando se la pretende aplicar a la norma que fundamenta la validez de todo el sistema”<sup>42</sup>.

En mi opinión, de acuerdo con lo expuesto, entre otros, por Torres del Moral<sup>43</sup>, no es tan absurda esta distinción, incluso aunque se aplique a la propia Constitución, puesto que el artículo 93 está abriendo la puerta competencial a las instituciones europeas. La Administración central del Estado cede competencias hacia abajo (a las Comunidades autónomas) y hacia arriba (a la Unión europea). No cede, por cierto, la titularidad de esas competencias, sino sólo su ejercicio<sup>44</sup>. La diferencia evidente está en que las Comunidades Autónomas son Estado español, y la Unión Europea es una organización supranacional o supraestatal (una *Staatenverbund*, una unión de Estados, como se dice en Alemania<sup>45</sup>). No se trata de un Tratado internacional más ni de una organización internacional y, en este sentido, no son aplicables, simplemente, las categorías tradicionalmente utilizadas en el Derecho internacional.

42. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 349.

43. A. TORRES DEL MORAL, “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, 65 (2006), pp. 102-105. Cfr., del mismo autor *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 5ª ed., 2004, vol. I, pp. 264-269 y 275-278.

44. A. TORRES DEL MORAL, *Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen*, op. cit., p. 103.

45. HOMMELHOFF y KIRCHHOF (dirs.) *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, C.F. Müller, Heidelberg, 1994. Vid. también, al respecto, Ch. STARCK, “Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union”, en VV.AA., *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pp. 711-726. (Traducción española: “La Teoría General del Estado en los tiempos de la Unión Europea”, en RDP, nº 65 [2005]).

De igual manera que un reglamento autonómico puede aplicarse de modo preferente a una Ley estatal, y esto no significa que el reglamento sea jerárquicamente superior, en el ámbito comunitario una norma de Derecho europeo puede desplazar a una norma interna sin que esto signifique una relación de jerarquía<sup>46</sup>, sino, como es sabido, una relación basada en el principio de competencia. En este sentido es en el que puede hablarse de primacía, en cuanto a una característica predicable de la norma de aplicación preferente, y de supremacía, en cuanto predicable de una norma que jerárquicamente es superior a otra.

Desde el punto de vista del Derecho interno de rango infraconstitucional, no hay ninguna duda de que esto es admisible, es decir, que las normas europeas desplazan a las internas en lo que se refiere a su ámbito competencial, en caso de que haya conflicto entre ambas. Lo que hay que resolver es el posible conflicto con las normas de rango constitucional, que es precisamente lo que debería haber abordado también el TC en esta Declaración.

Para Rodríguez Iglesias puede ser cuestionable el “juego de palabras” a partir del cual el TC diferencia primacía de supremacía. Sin embargo, sostiene que lo importante es:

a) la primacía de la Constitución y del Derecho de la UE sobre el Derecho español no implica que la Constitución europea sea el fundamento de la validez de las normas de la CE y del Derecho español, ni que una norma interna incompatible con el Derecho europeo esté desprovista de validez, sino que, en caso de colisión, la norma europea tiene aplicación preferente y desplaza a la norma interna.

b) La CE, en virtud del artículo 93, ha aceptado la primacía del Derecho de la UE en el ámbito que le es propio.

46. Algunos autores, sin entrar en esta distinción terminológica, sostienen que la jerarquía entre normas no tiene por qué implicar jerarquía de autoridad. Cfr. J.H.H. WEILER, *The European Constitution*, Cambridge University Press, 2000; M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford Hart Publishing, 1997.

La Constitución fundamenta la validez del ordenamiento jurídico interno, pero no la validez del ordenamiento comunitario, que se basa en los Tratados constitutivos, y con relación al cual el artículo 93 CE es la norma de recepción en España. Los problemas que suscita la posible inaplicación de la Constitución son graves e importantes, pero no por ello hay que dejar de hablar de aplicabilidad y validez.

Es decir, la cuestión está en comprobar si, como dice el TC en el Fundamento Jurídico 4 de la Declaración, “la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio”. Hay que analizar si el artículo 93 es o no suficiente, pero lo que está fuera de toda duda es que la primacía del Derecho comunitario es un elemento básico para la integración europea. En caso de que el art. 93 no pudiese interpretarse así, habría que reformar la Constitución para que quedase clara esta premisa, pero de lo que no cabe duda es de que el Derecho comunitario debe tener aplicación preferente. Si no, la integración europea quedaría herida gravemente, poniendo en peligro su futuro desarrollo.

En los Votos particulares a la Declaración, especialmente en el de Delgado Barrio, se sostiene la insuficiencia del art. 93 para poder admitir una interpretación semejante. Así lo entiende Matia Portilla, que a continuación afirma algo que me parece esencial y que es uno de los puntos clave del problema. Según este autor, sostener, como hace el Tribunal, que la CE admite la primacía del Derecho europeo “llevaría a revelar innecesario todo control de compatibilidad entre la Constitución y los tratados comunitarios. Dado que no estamos ante un control de validez, y que la Constitución puede ser desplazada, no se entiende muy bien ni la pertinencia ni el alcance de un eventual control por parte del Tribunal Constitucional”.

Esto no es exactamente así. Políticamente se ha admitido que la integración europea lleva consigo pérdida de competencias, pérdida de “derechos soberanos” (*Hoheitsrechte*) o pérdida de

parcelas de soberanía. Lo que no tendría sentido es que, jurídicamente, se hubieran puesto obstáculos para ello. El Derecho tendrá que expresar la voluntad de los ciudadanos, no puede pretender anclarse en el pasado y resistirse a los cambios. El TC sí tiene que constatar si hay diferencias entre el Derecho europeo y el constitucional, pero las dos opciones básicas en caso de encontrarlas serán reformar la CE, o utilizar la cláusula de reserva de soberanía concretada en la posibilidad del abandono de la UE que se prevé en el art. I-60 del Tratado. Es evidente que este último extremo se trata de una garantía política, y no jurídica, como dice Matia Portilla. Pero no por ello deja de ser la contraposición política (no es el contrapunto jurídico, como dice el TC y como acertadamente critica Cruz Villalón<sup>47</sup>) a lo previsto en el art. I-6.

El caso *Tanja Kreil* alemán es muy ilustrativo. Formalmente, la Constitución, después de la reforma, puede mantener su supremacía. En la práctica, sin embargo, el Derecho europeo se ha impuesto al Derecho constitucional interno, eso sí, con el Visto Bueno de los ciudadanos expresado a través de la voluntad de los representantes.

Además, el poder de control del Tribunal Constitucional no es el mismo frente al TCE y a los Tratados constitutivos que frente a los demás Tratados internacionales. Matia Portilla sostiene, sin embargo, que sí estamos ante un Tratado semejante a otros. Y “en modo alguno un Tratado puede desplazar (...) a la Constitución. (...) el Tratado debe ser materialmente compatible con la Constitución y (...), una vez ratificado, se ve plenamente sometido al control de constitucionalidad, confirmándose así la supralegalidad constitucional sobre tal norma”. No parece que sea así. A través de la firma de esos Tratados se están cediendo competencias que, hasta entonces, correspondían al ámbito de soberanía estatal. En eso se diferencia de un Tratado internacional tradicional. Y

47. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 33.



por eso no se puede aplicar a este Tratado el mismo criterio que a los demás. Aunque el TCE no sea una Constitución, no se puede negar que, con o sin Tratado constitucional, el Derecho europeo contiene ya algunos elementos típicos de una constitución material<sup>48</sup>.

Por otra parte, es sobradamente conocido que la propia CE establece diferentes tipos de Tratados. Todos tienen rango legal, pero unos son más importantes que otros. Formalmente son semejantes, materialmente no. Sin embargo, es probable que esa amplia regulación prevista en nuestra Constitución no sea suficiente y que, para aclarar los problemas interpretativos, debiera acometerse una reforma constitucional. Al menos en lo que se refiere a los Tratados europeos.

Para Rodríguez Díaz, la construcción interpretativa que hace el TC sobre los términos supremacía/primacía parte de la negación del carácter constitucional al Tratado europeo. También según Areilza, el Tribunal sigue aplicando las categorías del Derecho internacional al Derecho europeo<sup>49</sup>. Rodríguez Díaz sostiene que esta negación del carácter constitucional es la que lleva al Tribunal a negar la contradicción: “Parece, pues, que, para el Tribunal, si la CEu hubiera sido una ‘auténtica’ Constitución, entonces sí habría que haber reformado la nuestra para poder ratificarlo”<sup>50</sup>.

48. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, op. cit., nº 24 y 35. C.A. PEREIRA MENAUT, “Invitación al estudio de la Constitución de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53 (2002), pp. 199-239.

49. El Tribunal Constitucional “trata al ordenamiento europeo actual y futuro como un ordenamiento de Derecho internacional más”. Cfr. J.M. AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, op. cit., p. 375.

50. A. RODRÍGUEZ DÍAZ, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3 (2005), pp. 327-353.

Alonso García deduce, de la nueva interpretación del artículo 93 por parte del TC, un cambio en su consideración del Tratado europeo que, sin embargo, no se explicita en la propia Declaración. Hasta ese momento, según este autor, los tratados comunitarios no dejan de ser tratados internacionales, y en cuanto tales, están plenamente sometidos al respeto a la CE, pero que a partir de ahora la cosa cambia. Sin embargo, yo no encuentro tan clara esta modificación interpretativa por parte del TC. No creo que esté admitiendo, por ejemplo, que existan rasgos de constitucionalidad en el Derecho europeo originario, o en el Tratado constitucional. Más bien trata de argumentar, como ya hemos visto, que no se han producido cambios sustanciales, lo cual resulta —es verdad— sorprendente y difícil de mantener.

Finalmente, es importante destacar que el descarte del control de constitucionalidad no afecta a cualquier contenido del Derecho europeo, sino solamente a aquellas materias que no se refieran al núcleo indisponible de la soberanía nacional, a los principios básicos de la Constitución y a la identidad nacional de los Estados. Como dice Alonso García, el artículo 93, según la nueva interpretación que le da el TC, “conlleva la apertura de nuestro ordenamiento, incluido el constitucional, al europeo, descartando sobre la base de tal apertura, en principio, un control de constitucionalidad sobre éste siempre y cuando se mantenga en línea con los principios y valores esenciales de nuestra Constitución”<sup>51</sup>. Pasemos a analizar cuáles son estos principios y valores esenciales y las consecuencias de esta argumentación.

51. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 345, cita 13.

#### 4. LA EXISTENCIA DE UN NÚCLEO INDISPONIBLE (CONTRALÍMITES) JUSTIFICA LA POSIBLE RESERVA DE JURISDICCIÓN

Un elemento clave de la argumentación del TC lo constituye la consideración de que la primacía del Derecho comunitario no es absoluta, como antes hemos comentado. Además de los propios límites derivados del Derecho de la UE, existen también otros impuestos desde la perspectiva nacional, los denominados contra-límites por la doctrina italiana.

De ahí se deriva que los Tribunales constitucionales admiten implícitamente esta primacía del Derecho comunitario, siempre que respete lo que Alonso García denomina “núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacionales” y, en el ámbito de los derechos fundamentales, siempre que se ajusten a un estándar de protección al menos similar al que existe en el ámbito nacional interno (“principio de equivalencia”, según el citado autor)<sup>52</sup>.

En esta misma línea, Ferreres Comella entiende que la primacía del Derecho europeo es eficaz, salvo cuando exista una regla categórica y precisa en la CE, vinculada a un aspecto básico del sistema constitucional interno. El fundamento de dicha excepción vendría determinado por que la propia CE es la que da entrada a la aplicación del Derecho europeo<sup>53</sup>.

Como dice Cruz Villalón, con esta decisión “el Tribunal ha optado por un modelo de Constitución residual en el que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (au-

52. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 344. Cita también como ejemplo de esta misma posición la Decisión del Consejo Constitucional francés de 29 de octubre de 2004.

53. V. FERRERES COMELLA, *La Constitución española ante la cláusula de primacía del derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional en Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

tonomía constitucional) que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad”<sup>54</sup>.

Para buena parte de la doctrina, como hemos visto, hay rasgos claros de constitucionalidad en el Derecho europeo. Alonso García habla de una “consolidación de la naturaleza constitucional múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo (integrado por la Constitución europea y las Constituciones nacionales y completado, en el terreno de los derechos fundamentales, por el CEDH”<sup>55</sup>.

Y, según este autor, el Tratado constitucional descarta la posibilidad de colisión con el núcleo duro constitucional de los Estados miembros, al asumir:

a) que la Unión se fundamenta en los mismos valores que sus Estados miembros (art. I-2);

b) que la Unión respetará las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. I-5), especialmente los límites al ejercicio del poder que suponen los derechos fundamentales nacionales (art. II-112.4 y art. I-9.3).

Sin embargo, insisto, todo esto puede deducirse implícitamente de algunos apartados de la Declaración, pero en ningún caso encontramos afirmaciones explícitas del TC en tal sentido.

## 5. LA RESERVA DE ACTUACIÓN DEL TC

Una vez sentado que no existe contradicción entre el Derecho europeo y la Constitución, y a partir de la consideración del prin-

54. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 33.

55. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., pp. 347-349.

cipio de primacía de un modo no absoluto, sino en el marco del respeto a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional interno y de los derechos fundamentales, el TC formula la siguiente reserva:

“En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

Rodríguez Iglesias encuentra lógica esta advertencia del TC, y aporta dos observaciones:

- 1) no parece exigible, ni por el Derecho comunitario ni por la Constitución europea, que un TC renuncie a “abordar” los graves problemas constitucionales que pueden surgir.
- 2) a diferencia de las reservas de otros Tribunales, la del TC español está formulada en términos que excluyen el riesgo para la seguridad jurídica en lo que a la efectividad del principio de primacía se refiere<sup>56</sup>.

56. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del tribunal Constitucional*, op. cit.

López Castillo entiende, por su parte, que cuando se plantea la hipotética “reserva de soberanía” ante situaciones problemáticas inexistentes, se hace con vaguedad e imprecisión, sin concretar qué tipo de procedimiento se seguiría (¿quizá el de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad?)<sup>57</sup>, de modo que le parece que es una simple “cláusula de estilo” o lo considera “agua pasada”<sup>58</sup>.

Para Rodríguez Díaz, sin embargo, sí tiene sentido esta cláusula, y la entiende como un último recurso en el supuesto de que no funcionen correctamente los propios mecanismos previstos a nivel europeo: “ni el TC ni nadie puede asegurar que (al igual que puede ocurrir con el legislador interno) estas instituciones no puedan en el futuro aprobar una norma de Derecho derivado que suponga un ejercicio inconstitucional, con respecto a la CE, de las competencias cedidas a través de su art. 93. Como el ejercicio inconstitucional (con respecto de las Constituciones de los Estados Miembros) de las competencias de la Unión se ha introducido como parámetro de constitucionalidad en el propio Tratado, tal hipotética norma sería igualmente nula con respecto a éste, razón por la cual el TC, correctamente a nuestro juicio, anuncia su disposición para remediarla, a través de los procedimientos correspondientes, sólo en última instancia, es decir, en el caso de que la nulidad de la norma no fuera declarada en Luxemburgo”<sup>59</sup>.

Matia Portilla sostiene que es contradictorio formular esta reserva de jurisdicción constitucional con la afirmación de que la Constitución pueda verse desplazada por el Derecho comunitario. Desde su punto de vista, en el que defiende la suprallegalidad

57. También se pregunta por ello CRUZ VILLALÓN en *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, número 32.

58. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., pp. 447 y 449.

59. A. RODRÍGUEZ DÍAZ, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3 (2005), pp. 327-353.

constitucional sin excepciones, la reserva de jurisdicción deriva de dicha supralegalidad y es inevitable, aludiendo además a similares afirmaciones en Alemania, Italia y Francia.

Sin embargo, a mí no me parece contradictorio. Como ya hemos visto, lo que se hace es establecer un núcleo indisponible, el de lo que en Italia han dado en llamar contralímites, sobre el cual el TC sí conserva esta competencia de control y la posibilidad hipotética de intervenir. El problema es que el TC en su Declaración no es claro en este sentido.

En última instancia, tal y como se ha sugerido por la doctrina, existen muchos aspectos coincidentes de la Declaración del Alto Tribunal español con la Decisión del Consejo Constitucional francés de 2004. Rodríguez Iglesias señala varios<sup>60</sup>:

a) El principio de primacía no es algo nuevo en el Derecho europeo.

b) Se ha de tener en cuenta el contexto: el Tratado constitucional consagra los valores fundamentales de la UE, el respeto a las estructuras políticas y constitucionales fundamentales, y las competencias de la UE tienen un carácter definido y limitado.

c) La primacía del Derecho europeo no cuestiona el carácter supremo de la Constitución.

d) La reserva de actuación del TC se produce para una hipótesis difícilmente concebible, y que hoy no existe.

A partir de aquí, el TC debería abordar esos graves problemas de constitucionalidad que pueden surgir, pero en mi opinión debería haber admitido de un modo más evidente esta nueva dimensión que cobra su modo de interpretar el Derecho europeo, y haber reconocido abiertamente una modificación de su jurisprudencia anterior.

60. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del tribunal Constitucional*, op. cit. y p. 12.

## 6. LOS DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos de realizar, siquiera brevemente, alguna alusión al otro de los aspectos objeto de consulta: la incorporación de un catálogo de derechos al TCE. Los problemas que plantea la articulación entre regímenes de garantía de derechos fundamentales no son nuevos en nuestro sistema, como pone de relieve el TC en el FJ 6. Corresponde al propio TC precisar el concreto contenido de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las normas internas y las internacionales. Los nuevos problemas que puedan producirse con la entrada en vigor del Tratado no pueden resolverse a priori, sino que habrá que estudiarlos “ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas”.

En cuanto a las dudas concretas sobre la Carta, el TC descarta que puedan producirse mayores problemas, puesto que ésta asume el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, y además considera que la Carta “se concibe como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”.

Rodríguez Díaz advierte de que esta tesis “debe inmediatamente precisarse si no se quiere extraer de ella conclusiones inadecuadas para nuestro sistema de derechos fundamentales”. Según la DTC 1/2004, las disposiciones de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, tras su integración en nuestro ordenamiento, y sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, se erigirán, “por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE”, en “pauta para ‘la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce’”. “Como es obvio –sostiene Rodríguez Díaz– y como el



propio TC admite, ello supone extender el ámbito de aplicación de la Carta, como canon hermenéutico de todas las normas internas sobre los derechos allí establecidos, no sólo en el ámbito propiamente comunitario, sino también en los casos en los que nuestros poderes públicos no se encuentren aplicando el Derecho de la Unión, yendo por lo tanto mucho más allá de lo que el propio art. II-111 CEu recoge, disposición ésta que, según el TC, no puede impedir al art. 10.2 CE desplegar sus particulares efectos”. Esto, siempre según el mismo autor, plantea una serie de interrogantes, debido a la diversa posición que con respecto a la Carta tiene la Unión y la que el Consejo de Europa tiene con respecto al CEDH. Y es que, en el ámbito de la UE, existen unos intereses generales que no hay en el caso del Consejo de Europa, y según la jurisprudencia del TJCE “pueden imponerse restricciones a los derechos fundamentales “siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad” y siempre que “no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados”.

Esto, según Rodríguez Díaz, plantea el problema de que “la restricción de un derecho fundamental justificada en el ámbito comunitario pasaría a erigirse en canon hermenéutico de las normas que en el ámbito interno regulan este mismo derecho. Un ámbito en el que, por no jugar el interés general comunitario, la restricción (operada por el legislador de la Unión y a la que sus órganos jurisdiccionales no pusieron objeciones) podría no encontrar justificación”.

Además de este problema, estaría el planteado por la “posible diversidad de estándares de protección del mismo derecho fundamental en cada uno de estos ámbitos, el comunitario y el estatal”. Según Rodríguez Díaz, esta diversidad es, “de por sí, odiosa, ya que atentaría contra una deseable homogeneidad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales”.

Así, por ejemplo, a efectos legislativos, sostiene Rodríguez Díaz que cada legislador podría establecer “en su ámbito de un estándar de protección mayor o menor para un determinado derecho, situando el estándar del otro, en consecuencia, en una posición de menor o mayor protección. Con respecto a los niveles constitucionales, por otra parte, es preciso diferenciar entre el legislador comunitario y el estatal: aquél no podría nunca disponer un estándar de protección menor que el establecido por ninguno de los tres textos materialmente constitucionales (pues la CEU incorpora a los otros dos como parámetro de constitucionalidad), mientras que, por el contrario, la vinculación a la CEU debería limitar al legislador español sólo cuando desarrolle el Derecho de la Unión, estando vinculado en exclusiva sólo a la CE y la CEDH en los demás casos”<sup>61</sup>.

Rodríguez Iglesias, por el contrario, no percibe que puedan existir problemas en el futuro, y ve los tres regímenes de tutela de los derechos como complementarios, de manera que los tres deben trabajar con espíritu de cooperación. En este sentido, Matia Portilla no ve grandes variaciones en nuestro ordenamiento a raíz de la entrada en vigor del Tratado y de la Carta de Derechos<sup>62</sup>.

Sin embargo, López Castillo muestra como ejemplo el caso *Tanja Kreil* para poner de relieve cómo a través del Derecho comunitario se han ido articulando “estándares más elevados” de protección de los derechos fundamentales<sup>63</sup>. La regulación de los

61. A. RODRÍGUEZ DÍAZ, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3 (2005), pp. 327-353.

62. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea*, op. cit., p. 345.

63. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., p. 451.

derechos en el Tratado constitucional vendría a ser una garantía de mínimos en el que el denominador común lo constituiría la jurisprudencia del TEDH, a la que podrían sumarse, en su caso, adicionales estándares constitucionales.

## 7. LA NECESIDAD DE LA REFORMA

Como hemos visto, el TC considera –y lo concluye de modo expreso en el Fundamento Jurídico 7 de la Declaración– que “el art. 93 CE en su texto actual es suficiente para la integración de un Tratado como el que es objeto de nuestro análisis”. Sin embargo, esta cuestión no es tan evidente, a la luz de la jurisprudencia constitucional previa.

Si tenemos en cuenta que el TC muestra un indudable interés por mantenerse en las posiciones que hasta ahora había sostenido, estoy de acuerdo con Delgado Barrio cuando, en el Fundamento Jurídico 1 de su Voto Particular, afirma que “el texto actual del art. 93 sólo habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución precisamente en los términos que resultan de dicho precepto: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias, en lo que ahora importa, normativas, para que pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el Derecho de la Unión Europea”. Pero, en la DCT 1/1992 se decía por parte del TC que “en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones”.

Efectivamente, la DTC 1/2004 supone un cambio radical en su jurisprudencia, aunque el TC lo niegue. Delgado Barrio lo pone de relieve en su Voto Particular:

a) Por un lado, de las SSTC 64/1991, de 22 de marzo (FJ 4.a) y 58/2004, de 19 de abril (FJ 11), se deduce que un acto del poder

público “podrá ser válido con arreglo al Derecho comunitario, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado. No veo aquí –dice Delgado Barrio–, en modo alguno, primacía del Derecho comunitario con desplazamiento de la Constitución”. Matia Portilla corrige acertadamente al magistrado, al señalar que el TC no puede anular un acto comunitario sino, simplemente, prohibir su aplicación en suelo español<sup>64</sup>.

b) Por otro lado, para poner todavía más de relieve el cambio jurisprudencial del Tribunal, Delgado Barrio formula varias preguntas sobre la cuestión clave:

- “¿Puede entenderse el art. 93 CE, en su actual texto, habilitación suficiente para que a través de un tratado el Derecho comunitario desplace no sólo la normativa infraconstitucional –lo que no ofrece duda– sino también la propia Constitución, norma jurídica suprema, tal como declara ‘de modo inequívoco’ el art. 9.1 CE (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ1)”?
- “¿Realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del Derecho comunitario no sólo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma?”.
- “Y, ya en otro sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que, objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?”.

La respuesta del magistrado a estas tres cuestiones es negativa. Como sostiene Delgado Barrio, “no resulta ‘pensable’ una interpretación del art. 93 CE que se aleje del que hoy es su texto literal para habilitar un desplazamiento de la Constitución en algo más que en la pura atribución de competencias”, recordando la reiterada cita de la DTC 1/1992 en la que se afirma que el art. 93

64. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., p. 10.

no habilita para disponer de la Constitución misma. Concluye su razonamiento afirmando que “el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE), que sólo puede producirse como efecto de una decisión del constituyente que ha de resultar ‘de modo inequívoco’ de la propia Constitución”, lo cual no parece deducirse del artículo 93 de la Constitución.

Es cierto que existen, como ya hemos visto, límites que persiguen la armonización de los ordenamientos nacionales y el ordenamiento comunitario y, por tanto, evitar los conflictos. Pero esos límites no parecen suficientes para admitir, sin más, que el artículo 93 pueda ser interpretado de un modo tan amplio como para que tenga los efectos que el Magistrado discrepante señala en su Voto particular.

Según López Castillo, no está en cuestión la operatividad de los límites, sino el modo en que operan y se garantizan. En este sentido, piensa que la incorporación de la cláusula de primacía al Tratado constitucional “precisa de correspondencia en las Constituciones de los estados miembros”<sup>65</sup>.

Según López Castillo, el TC “estira” las potencialidades de la cláusula de apertura del art. 93 de un modo quizá excesivo, y sería necesaria la reforma constitucional para evitar una “pérdida de normatividad” de la Constitución<sup>66</sup>. La rotundidad con la que el TC niega la necesidad de la reforma le parece a López Castillo sólo “aparente”, puesto que aunque, en este caso, no haya

65. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., p. 445.

66. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., pp. 446 y 447.

contradicción textual como ocurría en la Declaración de 1992, sí la puede haber material. Y, de cualquier manera, para comprobar que no hay contradicción textual no habría hecho falta acudir al TC<sup>67</sup>.

Matia Portilla se muestra, como el propio Tribunal, contrario a la necesidad de reforma<sup>68</sup>. Aunque su argumento básico es que considera que no existe contradicción entre el Tratado constitucional y la Constitución, cuando habla de la reforma da algún argumento que no resulta convincente. En efecto, dice que es discutible que ahora se pida la reforma, porque el Tratado constitucional no aporta novedades decisivas sobre el Derecho europeo ya vigente. Probablemente es cierto que la exigencia de la reforma no se deriva tanto del Tratado constitucional, como del avance del proceso de integración europea y del propio Derecho europeo. Ahora bien, el hecho de que en su día no se haya llevado a cabo la reforma no quiere decir que no sea necesario rectificar, y hacerla ahora.

Además, argumenta también que una reforma de la Constitución no impediría que pudiesen violarse valores, derechos o principios constitucionales por parte de la UE, lo cual sería enjuiciable por el TC. Efectivamente, el TC puede seguir actuando para proteger ese núcleo indisponible del que venimos hablando. En todo caso, además, lo que viene a demostrar el argumento de Matia Portilla, es que los posibles conflictos con el Derecho comunitario no son simplemente de legalidad, sino también de constitucionalidad, y que resulta muy saludable que el TC haya entrado, por fin, en los últimos meses, a hablar de estos asuntos.

67. A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea "en constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reforma: a propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, op. cit., p. 454.

68. F.J. MATIA PORTILLA, *Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, op. cit., pp. 18 y 19.

Areilza sostiene que habría sido conveniente plantear la “reforma del artículo 93 que condicionase la apertura de nuestra Constitución a que el contenido de normas comunitarias no fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de la misma”, y muestra como ejemplo la reforma llevada a cabo en Portugal<sup>69</sup>. Si no se lleva a cabo esta reforma, “o bien se ignorarán las contradicciones entre el Derecho europeo y la Constitución española, vaciándola de contenido, o bien se plantearán reformas materiales parciales cada vez que haya contradicción expresa entre el Derecho europeo y la Constitución española, como ya ocurrió en 1992”<sup>70</sup>.

En definitiva, la reforma sería, si no necesaria, sí muy conveniente, precisamente para evitar, entre otras cosas, lo que el TC había sostenido en la DTC 1/1992. En ella se negaba, con razón, que el poder de integración fuese un poder de reforma. Sin embargo, con la nueva interpretación que el TC está llevando a cabo del art. 93, podría entenderse que se admite implícitamente esta posibilidad de reforma, siempre, eso sí, que no afecte al núcleo indisponible, a los contralímites: la Unión se fundamenta en los mismos valores que sus Estados miembros (art. I-2); la Unión respetará las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los estados miembros (art. I-5), especialmente los límites al

69. J.M. AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, op. cit., p. 374. El nuevo artículo 8.4 de la Constitución de Portugal establece que “Las disposiciones de los Tratados que rigen la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de las respectivas competencias, serán aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del estado de Derecho”.

70. J.M. AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional. Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*, op. cit., p. 377.

ejercicio del poder que suponen los derechos fundamentales nacionales (art. II-112.4 y art. I-9.3).

Recordemos, en este sentido, lo que afirmábamos en las primeras páginas citando a Cruz Villalón: la cuestión de fondo que no se resolvió en 1992 (existe una nueva comunidad política en crecimiento, con un nuevo tipo de ciudadanía, la ciudadanía europea, distinta de la ciudadanía de cada uno de los estados miembros<sup>71</sup>) debería resolverse ahora. Y ello porque se está conviviendo ya con una constitución europea en sentido material, “que reinterpreta el sentido del texto de la Constitución nacional”<sup>72</sup>.

#### 8. NECESIDAD DE UNA MAYOR APERTURA DEL TC A LOS PLANTEAMIENTOS EUROPEÍSTAS

Alonso García piensa que hay que entender que la DTC 1/2004 permite “una mayor flexibilización en la lectura del texto constitucional, susceptible de salvar, en un acentuado marco de interpretación pro-communitate, colisiones que de otra forma aflorarían con mayor facilidad”. Sin embargo, critica la naturaleza “unidireccional de su razonamiento”.

Es decir, debe haber una mutua influencia recíproca entre la CE y la Constitución europea. Cruz Villalón habla de “metaconstitucionalidad recíproca”. Areilza de que ha de admitirse, aunque no sea fácil, “un nuevo modo de entender la relación entre estas dos Constituciones, la estatal y la europea (material o formal) a partir de un modelo de dualismo constitucional, que relativiza las cuestiones de jerarquía”. Weiler apunta también en

71. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, núms. 9 y 10.

72. P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, Ponencia ACE, núm. 12.



esta dirección<sup>73</sup>, y alguno de sus colaboradores lo ha hecho en profundidad<sup>74</sup>.

Como dice Alonso García, así como los artículos I-2, I-5 y II-112.4 imponen lecturas pro-Constituciones nacionales de la Constitución europea, el artículo 93, con la nueva interpretación que le otorga un carácter sustantivo, impone lecturas pro-Constitución europea de la CE. De esta manera, no sólo es el Tribunal de Justicia el que tiene que procurar evitar los conflictos entre el Derecho europeo y el constitucional interno, sino que el TC debe también esforzarse “por superar en un marco de integración, aproximaciones excesivamente unilaterales a los principios y valores (...) de nuestro texto constitucional”.

Incluso la propia alusión del TC al art. I-60 como contrapunto del art. I-6 olvida que, una vez decidida la retirada voluntaria, ha de negociarse con la Unión la forma de practicarla (art. I-60.2), lo cual pone de manifiesto el “carácter dual (o múltiple si se tienen en cuenta las demás Constituciones nacionales) del entramado constitucional europeo”. En consecuencia, según Alonso, esta cláusula tiene un fuerte contenido simbólico, que por un lado refuerza la primacía del Derecho de la Unión, y por otro supone un fortalecimiento decisivo de su naturaleza “autónoma”<sup>75</sup>.

Parece, en definitiva, como si el TC hubiese querido admitir la relevancia constitucional que tiene y que ha alcanzado la Unión Europea, pero de un modo excesivamente tímido o prudente. Quizá lo haya hecho así para evitar, precisamente, declarar la ne-

73. J.H.H. WEILER, *The European Constitution*, Cambridge University Press, 2000.

74. N. WALKER, *Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe*, Harvard Jean Monnet Working Paper 12/99, Harvard Law School, 2000.

75. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, op. cit., p. 359.

cesidad de la reforma constitucional. Pero ésta habría sido una motivación política de la decisión, que preferimos pensar que no ha sido la principal.

Está por llegar el momento –y esperemos que sea más pronto que tarde– en el que el TC español reconozca a la Unión Europea como un nuevo modelo de comunidad política, como una organización supranacional o supraestatal, como una *Staatenverbund*. En ese momento, cuando deje de aplicar a la UE las categorías tradicionales del Derecho internacional y empiece a aplicar algunos de los conceptos de la Teoría del Estado y del Derecho constitucional<sup>76</sup>, habremos dado un decisivo paso adelante.

76. Vid. en este sentido, el citado artículo de Christian STARCK, “Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union”, en VV.AA., *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pp. 711-726. (Traducción española: “La Teoría General del Estado en los tiempos de la Unión Europea”, en RDP, n° 65 [2005]).

## DECLARACIÓN 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE

Pleno: Casas Baamonde, Jiménez Sánchez, *Conde Martín de Hijas* (ponente), Delgado Barrio, Pérez Vera, García-Calvo y Montiel, Gay Montalvo, Rodríguez-Zapata Pérez, Rodríguez Arribas, Sala Sánchez, Aragón Reyes y Pérez Tremps.

*Fundamentos:*

1. “Es ésta la segunda ocasión en que este Tribunal es requerido para pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución de un tratado internacional que se pretende integrar en el Ordenamiento español, en este caso el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Requerimiento que ha de sustanciarse a través del específico cauce procesal previsto en el art. 95.2 de la Constitución y regulado en el art. 78 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTIC); sobre cuya naturaleza y sentido hicimos ya en la Declaración 1/1992, de 1 de julio (DTC 1/1992, en adelante), una serie de consideraciones que conviene recordar ahora.

Se dijo entonces, en efecto, que con el procedimiento establecido en el art. 95.2 de la Constitución se confía a este Tribunal un doble cometido, pues al general o común, consistente en la defensa jurisdiccional de la Constitución, se suma el de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales que España pueda contraer. (...) El art. 95.2 CE hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquéllas, ésta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución (...).

Con esta defensa jurisdiccional anticipada la Constitución ve asegurada su supremacía frente a las normas internacionales desde el momento mismo de la integración de éstas en el Derecho nacional (...).

Por ello, en razón de la naturaleza estrictamente jurisdiccional del procedimiento preventivo contemplado en el art. 95.2 de la Constitución, en la citada Declaración 1/1992 hemos dicho que “lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho, [pues] este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. (...)”.

2. “La duda de constitucionalidad planteada por el Gobierno de la Nación se refiere a tres preceptos del Tratado por el que se establece una Constitución

para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, los artículos I-6, II-111 y II-112. Además el Gobierno requiere a este Tribunal para que se pronuncie sobre la suficiencia del art. 93 CE para dar cauce a la integración del Tratado en el Ordenamiento interno o, en su caso, sobre el procedimiento de revisión constitucional pertinente para adecuar la Constitución al Tratado con anterioridad a su integración”.

“Tal y como se desprende de los trabajos de las Cortes constituyentes, el art. 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las Comunidades europeas. (...)”.

“(...) lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en unas coordenadas precisas, consistentes entonces en la existencia de una contradicción entre el art. 8.B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el texto de la Constitución española, su art. 13.2, siendo en esas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual, que opera en un marco bien distinto, en el que, como razonaremos, tal contradicción con el texto no se da.

(...) En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.

Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”.

“(...) la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que,

como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis”.

3. “La primera cuestión se refiere al artículo I-6 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

“El primer aspecto a destacar, para interpretar correctamente la primacía proclamada y el marco en que se desenvuelve, es que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados”.

“Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general (...). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del Tratado.

Al propio tiempo se ha de destacar que la Unión debe ejercer sus competencias no exclusivas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. I-11.3 y 4), de manera que se racionaliza y limita el fenómeno de la expansividad competencial, propiciada anteriormente por la naturaleza funcional y dinámica del Derecho comunitario, pues en lo sucesivo, y en virtud de la “cláusula de flexibilidad” tal y como es hoy recogida en el artículo I-18 del Tratado, a falta de poderes específicos para emprender acciones necesarias para la consecución de sus objetivos, la Unión sólo podrá actuar a través de medidas adoptadas por el Consejo de Ministros, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, previéndose la participación de los Parlamentos nacionales en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el artículo I-11.3 del Tratado.

(...) En consecuencia el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España. (...)”.

4.

“Que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus pre-

ceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos (...) y es consustancial a su condición de norma fundamental (...). (...) la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. (...) la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.

Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986 (...).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las “competencias derivadas de la Constitución”, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE”.

“En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

5. “El Gobierno requiere también una declaración sobre la posible contradicción con la Constitución de dos estipulaciones del Tratado incluidas en el Título VII de su parte II y referidas al ámbito de aplicación y al alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y ahora incorporada al Tratado”.

“El Gobierno entiende, haciendo suyo también aquí el parecer del Consejo de Estado, que las estipulaciones de la Carta no entran en colisión con la configuración constitucional de los derechos y libertades, máxime si se tiene en cuenta la invocación del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte del artículo II-112.3 del Tratado, pues la común remisión del Tratado y del art. 10.2 de la Constitución a ese Convenio supone la conformidad sustancial de la parte II del Tratado con el orden de valores, derechos y principios garantizados por la Constitución Española. Si alguna dificultad se advierte por el Gobierno sería la que resulta de la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta), que necesariamente determinará un proceso de influencias mutuas no exento de dificultades (...).

(...) la concreta cuestión planteada por el Gobierno se ciñe a la compatibilidad de los artículos II-111 y II-112 del Tratado con la Constitución “a la vista de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española”. (...)”.

6. “Los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. (...) su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”.

“La duda, por tanto, es si la inevitable extensión de los criterios de interpretación de la Carta más allá de los contornos definidos por el artículo II-111 es o no compatible con el régimen de derechos y libertades garantizados por la

Constitución. En otras palabras, si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento. Sin olvidar, por último, que es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional, hipótesis ante la cual tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta (art. 10.2 CE) es a su vez conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia, atenta siempre, como hemos dicho, a los tratados y convenios en la materia.

(...) El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950 (...). Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

(...) el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE (...).

(...) no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros” (...).

Ha de concluirse así, en respuesta a la segunda de las preguntas del Gobierno, que no existe contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

7.

“Otras consideraciones que, siguiendo las indicaciones avanzadas por el Consejo de Estado, plantea el Gobierno sobre la posible conveniencia de introducir modificaciones en la actual redacción del art. 93 CE para aludir expresamente en el mismo al proceso de integración europea e incluso para dar fácil acogida a ulteriores desarrollos de ese proceso, se mueven en el plano de la oportunidad, en el que, obviamente, no podemos pronunciarnos (...)”.



8. “Finalmente, y en cuanto a la cuarta de las preguntas planteadas por el Gobierno, falta el presupuesto de la misma, que es el de la necesidad de una reforma de la Constitución, la cual no se da en este caso, al no apreciarse contradicción entre los preceptos del Tratado objeto del requerimiento del Gobierno y la Constitución Española, por lo que no tiene sentido pronunciarse (...)”.

*Fallo:*

1.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

2.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 de dicho Tratado.

3.º Que el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido.

4.º Que no procede hacer declaración alguna en cuanto a la cuarta de las preguntas del Gobierno.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio

“(...) he de manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación y conclusiones en la medida en que se refieren al art. I-6 del Tratado”.

1. “El citado precepto no ofrece dudas en cuanto a la primacía del Derecho comunitario sobre la legalidad infraconstitucional. Así pues, las cuestiones surgen respecto de la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución.

La mayoría de mis compañeros ha entendido que esta primacía deriva ya del texto actual del art. 93 CE. (...) se añade una cláusula final de garantía por virtud de la cual, en su caso, este Tribunal adoptaría las medidas necesarias ‘en última instancia’ para ‘la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado’. Así pues, la primacía del Derecho comunitario se reconoce con indudable cautela, pues se articula una a modo de reserva ‘de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución’”.

“(B) El desplazamiento de la Constitución significa que dentro del territorio español, en una materia regulada por aquélla, no se va a aplicar la Constitución. Esto es, claramente, utilizando la terminología de la DTC 1/1992, ‘disponer’ de la Constitución”.

(...) Dado que comparto plenamente la doctrina sentada en dicha Declaración, mi discrepancia de la que ahora formulamos resulta inevitable. En realidad, mi Voto particular no es más que la aplicación de esa doctrina a las preguntas que se nos han formulado”.

“C) En la misma línea, dejo ya constancia de que no comparto la valoración de nuestra jurisprudencia que se hace en el fundamento jurídico cuarto de la Declaración de la que discrepo. (...) creo que es precisamente esa jurisprudencia la que permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte en concreto sobre la Constitución

2.

“B) El art. 93 CE abre la posibilidad de que mediante ley orgánica se pueda autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

La literalidad de la norma habilita para que se modifique subjetivamente el ejercicio de alguna competencia prevista en la Constitución, pero tal modificación es, en esa literalidad, estrictamente subjetiva: será un sujeto distinto al previsto en la Constitución el que pueda ejercer la competencia para elaborar las normas que las exigencias de la Unión Europea reclamen, con toda la amplísima libertad de configuración que abre la propia Constitución, pero tal competencia, en su contenido objetivo, estará sujeta a las exigencias ‘derivadas de la Constitución’”.

“Es claro, pues, que la literalidad que hoy presenta el art. 93 CE no permite que el ejercicio de las competencias a que se refiere pueda servir para apartarse de la Constitución, o, lo que es lo mismo, aquel precepto no habilita el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario, salvo en lo relativo al sujeto al que se atribuye el ejercicio de la competencia”.

“C) Sobre esta base, ¿puede entenderse el art. 93 CE, en su actual texto, habilitación suficiente para que a través de un tratado el Derecho comunitario desplace no sólo la normativa infraconstitucional –lo que no ofrece duda– sino también la propia Constitución, norma jurídica suprema, tal como declara ‘de modo inequívoco’ el art. 9.1 CE (...). La mayoría de mis compañeros entiende que sí, basándose en que el art. 93 CE era precisamente el medio constitucional para nuestra integración en la hoy Unión Europea, de suerte que, sobre su base, con la Ley Orgánica 10/1985 venían a acogerse los principios propios del Derecho comunitario, entre los que figura el de primacía.

De lo que es, sin duda, una base cierta –el art. 93 CE cumplía la función de establecer el cauce para la integración de España en las Comunidades Europeas– se extrae una conclusión que no lo es tanto: ¿realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del Derecho comunitario no sólo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma? y, ya en otro

sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que, objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?

En mi opinión la respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa.

a) (...) Ciertamente, en 1978, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había ya establecido el principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno (...). Y no creo que pueda pensarse que fuera designio del constituyente admitir la primacía del Derecho comunitario en esos términos, cuando eran varios los Tribunales Constitucionales que oponían serias reservas a una primacía así concebida. Más aún, nuestro Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, este mismo año 2004, rechazaba esa primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución. Así la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11 (...).

b) (...) además, y esto es lo relevante, no aparece reflejada de ninguna manera en el art. 93 CE, que en último término establece algo de un contenido perfectamente concretado y definido”.

“(…) la actual literalidad del art. 93 no permite que el ejercicio de las competencias a las que se refiere dicho precepto pueda servir para apartarse de la Constitución. (...)”.

“c) Y es que, en realidad, concluyendo, el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE), que sólo puede producirse como efecto de un decisión del constituyente que ha de resultar ‘de modo inequívoco’ de la propia Constitución. Y no acierto a ver en la actual redacción del art. 93 CE esa decisión inequívoca de habilitar el desplazamiento de la Constitución por el Tratado y el Derecho derivado más allá del aspecto subjetivo ya indicado”.

3. De lo expuesto deriva que nuestras respuestas a la primera y tercera de las preguntas que se nos han formulado hubieran debido ser que existe contradicción entre la Constitución española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el art. 93 CE no es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado. En cuanto a la cuarta pregunta, dado que no se ha producido deliberación este punto, no creo procedente exponer mi reflexión al respecto.

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel

1.

“(…) por más que trate de justificarse conclusión tan terminante como la que alcanza la mayoría de los componentes de este Tribunal y se plasma en

el primer y tercer apartado de la Declaración afirmando que ‘no existe contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004’ y ‘que el art. 93 CE es base suficiente para la prestación de consentimiento del Estado al Tratado referido’, con todo respeto afirmo que no me resultan ni válidos ni suficientes –por lo forzado de su instrumentación y por la debilidad de su contenido– los argumentos que se plasman en la referida declaración jurisdiccional para mantener tal determinación conclusiva”.

2.

“(…) estoy de acuerdo con el discurrir argumental que –por referencia a nuestra Declaración de 1 de julio de 1992– se desarrolla en el referido fundamento jurídico primero, aún cuando no comparto el contenido de la explicitación que se ofrece en el fundamento jurídico segundo para justificar la diferenciación de los parámetros que enmarcan aquella Declaración y las que presiden la actual decisión del Tribunal cuando se afirma: ‘lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en unas coordenadas precisas, consistentes entonces en la existencia de una contradicción entre el art. 8b del Tratado de Maastrich con el texto de la Constitución (art. 13.2), siendo estas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual, que opera en el marco de unas coordenadas diferentes, en las que tal contradicción con el texto no se da’ (*sic*), dado que tal distinción está exclusivamente basada en una pura delimitación formal operativa que en nada puede afectar a la esencialidad de la cuestión ni a la función que a este órgano constitucional le corresponde (...).

Si allí también se decía que no era el art. 93 instrumento para contrariar o rectificar los mandatos constitucionales, ni para disponer de la Constitución misma, ni cauce legítimo para su reforma implícita o tácita, no encuentro razón convincente para coincidir con el tratamiento jurisdiccional mayoritario que resuelve algunas de las cuestiones sometidas a nuestra consideración (...).”

4.

“(…) hago míos los argumentos de un ilustre miembro de este Tribunal, experto constitucionalista, que antes de ejercer la función jurisdiccional, ha publicado textualmente:

‘La afirmación explícita por la Constitución Europea de su primacía sobre los ordenamientos interno, incluida la propia Constitución, supone una auténtica antinomia con el art. 9.1 de la Constitución nacional, insalvable por vía imperativa, y que exige reforma constitucional según la doctrina del Tribunal Constitucional mantenida en la Declaración sobre el Tratado de la Unión Europea de 1 de julio de 1992’ (*sic*).

‘(...) Mal estaría arrancar de forma inconstitucionalmente correcta en este nuevo camino de «constitucionalización» de Europa sólo porque nuestro constituyente fue excesivamente rígido a la hora de regular la reforma constitucional (recuérdese que como forma de valorar a la propia Constitución) o porque desde los poderes públicos se dejen llevar de esa especie de miedo atávico que la reforma constitucional ha inspirado y que mal casa con la idea misma de Constitución. Ésta no hay que cambiarla si no es necesario, pero tiene que cambiarse cuando ella misma lo exige o cuando la realidad política lo aconseja, y ambas cosas sucederán ante la ratificación, nada más y nada menos, de la primera «Constitución Europea»’ (*sic*)”.

6. “Por todo lo que antecede, postulo la puesta en marcha de las prevenciones normativas que establece el art. 168 del texto constitucional, pues la distinción entre primacía y supremacía para justificar la compatibilidad de la Constitución española con regímenes de aplicación que den preferencia a normas internacionales (...) queda reducida a un puro recurso dialéctico, una vez que la posibilidad de recuperar la supremacía constitucional se configura por el momento como un planteamiento teórico –no empírico– que por sus imprevisibles consecuencias y, desde una perspectiva realista, yo no puedo en este momento asumir”.

7. “Todas las cautelas que destila el texto jurisdiccional mayoritariamente votado (...) evidencian –según mi modesta opinión– los riesgos de una aceptación integral y sin reservas de la propuesta constitucional comunitaria, la cual, de seguro y, cuando menos, propiciará constantes pronunciamientos de este Tribunal ante desarrollos normativos de la Carta Magna Europea. Curémonos en salud antes de abrir la cancela de las más que seguras decisiones terapéuticas de corrección interpretativa, aplicativa o de preservación de nuestra integridad constitucional propiciadas por una conclusión como la que aporta la declaración adoptada por este Tribunal.

Considero que las merítadas prevenciones no serían exigibles o adquirirían per se necesarias dosis de legitimación popular si, en lugar de un acuerdo jurisdiccional homologante de una contradicción que considero esencial –tal es la afectación del art. 9.1 CE–, se pusieran en marcha las prevenciones establecidas en el precitado art. 168 CE”.

8. “En definitiva, creo que estamos ante un real traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión (...).

En su consecuencia, no creo que pueda suscribirse sin duda alguna y con la solemnidad que implica una Declaración de esta naturaleza la afirmación de que no hay contradicción entre uno y otro texto, cuando voz tan autorizada como la del actual Presidente del Consejo de Estado ha afirmado públicamente a mediados del pasado año lo que a continuación transcribo en su literalidad: ‘La convocatoria de otro referéndum, no consultivo, sino decisorio, es indis-

pensable para hacer compatible la ‘Constitución’ europea con la española y, en consecuencia, también para legitimar aquélla sin deslegitimar ésta, la única que realmente tenemos.

(...) Esta cláusula de supremacía, que recuerda la del art. VII de la Constitución norteamericana y que obliga a dejar de lado, no sólo las leyes españolas, sino incluso la propia Constitución, cuando aquéllas o ésta estén en contradicción con el Derecho europeo, incluidos, por supuesto, los reglamentos y las directivas, decisiones y resoluciones, es incompatible con el principio de supremacía de nuestra propia Constitución, inherente a la idea misma de Constitución como norma y explícito además en el art. 9.1 y otros preceptos del propio texto constitucional.

(...) El Tratado de Maastricht, con el que se creó la Unión Europea, no incorporó ese principio, que sin embargo daba por supuesto. A pesar de ese silencio, algunos Estados que toman en serio sus propias Constituciones, como Alemania y Francia, se sintieron ya obligados a reformarlas para salvar la contradicción implícita, que era la importante, no la explícita y trivial que dio lugar a la reforma de la nuestra. Por eso ahora quizás esos Estados no se sientan obligados a reformarlas otra vez para ratificar el nuevo Tratado, aunque esa actitud sólo me parece fundada en el caso de Alemania, que en 1992 abrió también la posibilidad de que los sucesivos Tratados europeos sirvieran de vía para la reforma de la Constitución”.

“(...) Si la ratificación se hace sin esa reforma, los jueces españoles seguirán encontrándose ante un dilema sin solución cuando se encuentren en la necesidad de aplicar normas europeas contrarias a nuestra Constitución, y nuestro Tribunal Constitucional podrá seguir desentendiéndose, como hasta ahora, de la obligación que nuestros jueces tienen de aplicar el derecho europeo cuando las circunstancias del caso lo exijan. Sobre todo, y eso es con mucho lo peor, para hacer posible una ‘Constitución’ europea, habremos reducido definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio.

Aunque esta reforma imprescindible puede circunscribirse quizás al art. 93 de la Constitución, es evidente que su contenido afecta a preceptos capitales del Título Preliminar y que, en consecuencia, ha de hacerse siguiendo el engorroso procedimiento previsto para estos supuestos, que implica, entre otras cosas, la aprobación de la reforma por dos legislaturas sucesivas y, tras ello, la celebración de un referéndum” (*sic*).

Por todo ello (...) mi coincidencia con los posicionamientos doctrinales reproducidos textualmente –de ahí sus citas de autoridad– sirven para reforzar definitivamente la discrepancia contenida en este Voto particular (...).

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas

1. “No puedo compartir la principal conclusión a la que se llega, es decir, que no existe contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la Constitución española”.

“La patente antinomia entre la literalidad de ambos preceptos no es posible anularla, a mi juicio, con ninguna interpretación que tienda a hacerlos compatibles apartándose del tenor de sus respectivos textos”.

“(…) declarando que no existe contradicción, los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien –en el caso de nuestros tribunales ordinarios– plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación que, cualquiera que sea la probabilidad y frecuencia con que pudiera producirse, constituye un grave quebranto de la seguridad jurídica, un peligro que no puede negarse, que no es razonable correr, ni conjurar recurriendo a la posible intervención posterior del Tribunal Constitucional o a la impensable posibilidad de retirarse de la Unión Europea, conforme prevé el art. I-60 de la que pretende ser su Constitución. Mucho mas razonable y prudente y sobre todo necesaria, es la opción de reconocer la contradicción y adoptar ya la reforma constitucional para regularla o, como mínimo, tomar en la interpretación del Tratado y del art. 93 CE precauciones que no se han incluido en la declaración, al menos de la manera expresa y contundente que serían, a mi juicio, necesarias”.

2. “Cierto es que desde el ingreso de España en las, entonces llamadas, Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986, se fue abriendo paso en nuestro sistema jurídico la aplicación de los Reglamentos y Directivas comunitarias, incluso –estas últimas– sin necesidad de transposición o antes de que se produjera, llegándose a otorgar, con naturalidad, la primacía a las normas europeas, con desplazamiento de nuestro derecho interno, lo que ha venido siendo particularmente intenso en materia económica y tributaria; sin embargo, no puede olvidarse que lo que nunca se llegó a plantear fue la supeditación de la aplicación de nuestra Constitución al derecho europeo (...)”.

“(…) nuestra Declaración de 1 de julio de 1992 es la única referencia jurisprudencial y precisamente lo que hizo fue reconocer la necesidad de reforma constitucional, rechazando cualquier interpretación que pretendiera sustraerse al texto del precepto constitucional que establecía únicamente el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales para los que no fueran españoles (art. 13.2 CE) (...). Es decir, en aquella Declaración quedó perfectamente claro que las contradicciones textuales entre la Constitución y Normas europeas

contenidas en un Tratado no podían resolverse por vía interpretativa, sino con la reforma constitucional.

“(...) el nuevo Tratado sí altera la situación anterior, no solo en la forma –llamar Constitución y articularla como tal ya es importante– sino también en el fondo, porque constituye a la Unión Europea con una personalidad jurídica única, como sujeto político, con clara vocación confederal, sino es que ya en si misma supone dicha confederación; porque, además, se establece una ‘Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea’, antes inexistente, lo que provoca que converjan derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, en el Convenio europeo y en la Carta de la Unión; porque las competencias exclusivas de la Unión y las que se declaran compartidas (a las que no se da carácter exclusivo ni exhaustivo) tienden a la expansión, como ha venido sucediendo, sin perjuicio de algunos movimientos en sentido contrario motivados por razones económicas; porque las cautelas de la llamada ‘alerta temprana’, la intervención de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de la Unión Europea en materia de aplicación del principio de subsidiariedad, revelan la posibilidad cierta de conflictos competenciales futuros, que han llevado al Consejo Constitucional Francés a declarar que una ausencia de control nacional de decisiones obliga a reformar su Constitución”.

3. “El problema que ahora se nos plantea no queda obviado, a mi juicio, con la brillante construcción doctrinal en que se asienta el criterio mayoritario, del que discrepo. (...) parece señalarse la imposibilidad jurídica de contradicción atendiendo a la comunidad de valores y a los respetos que el propio Tratado expresa sobre los principios inspiradores del derecho de los Estados miembros y sus estructuras básicas (arts. 1-5.1 y I.2). Es esta una actitud un tanto ingenua y poco realista, dicho sea reiterando mi respeto por quienes puedan sostenerla. (...)”.

4.

“(...) Tratando de entender, resumidamente, la argumentación empleada, cabe decir que la supremacía de la Constitución Española (entendida como el carácter superior jerárquico de una norma y fuente de validez de las inferiores) se mantiene, a pesar de que es el Derecho europeo el que ostenta la primacía (entendida como capacidad de desplazamiento de otras normas por su aplicación preferente) porque es la propia Constitución Española la que otorga esa aplicación preferente del ordenamiento europeo a través del art. 93 CE, que prevé la cesión de competencias derivadas de la Constitución.

Pues bien, aún admitiendo tan sutiles distinciones teóricas entre primacía y supremacía –que personalmente considero alejadas de la práctica en la aplicación del Derecho, en que vienen a confundirse– lo que no es asumible, reiterando una vez mas el respeto a la opinión contraria, es conferir al expresado





art. 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho europeo derivado de un tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución Española, sin mas que su articulación por Ley Orgánica, obviando así la reforma constitucional en cualquier caso, tanto en el pasado (la operada en el art. 13.2.CE como consecuencia de nuestra declaración 1/1992 habría sido, en realidad, innecesaria) como en el futuro. (...)”.

5. “En consecuencia, entiendo que la primera de las declaraciones que se contienen en la parte dispositiva debería reconocer que existe contradicción entre la Constitución Española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. También de forma consecuente habría que decir que no es suficiente el art. 93 de la Constitución Española para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido.

Por lo que se refiere a la pregunta que afecta a los arts. II-111 y II-112 del Tratado, estoy conforme con la ausencia de contradicción respecto a la Constitución Española. (...)”.