

El Tratado por el que se
establece una Constitución para
Europa ante el Consejo
constitucional francés: entre lo
novedoso y lo ortodoxo, Francia
resiste

Laurence Burgorgue-Larsen

Catedrática de Derecho público en la Universidad de Rouen.
Directora del *Centre de Recherches et d'Études sur les droits de l'homme
et le droit humanitaire* (CREDHO)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: CURIOSA SENTENCIA. SENTENCIA AMBIVALENTE
 - II. LA VALORACIÓN DE LA «CONSTITUCIÓN» NACIONAL: LA REVISIÓN ELUDIDA—A) *La interpretación sistemática del artículo I-6 salva la supremacía de la Constitución—B) La interpretación condicionada de la Carta salva las especificidades constitucionales*
 - III. LA SALVAGUARDIA DE LA SOBERANÍA NACIONAL: LA REVISIÓN NECESARIA—A) *Las inconstitucionalidades positivas—B) Las inconstitucionalidades negativas*
-

I. INTRODUCCIÓN: CURIOSA SENTENCIA. SENTENCIA AMBIVALENTE

«Curiosa sentencia. Sentencia ambivalente». Tales son las expresiones que pueden venir a la mente cuando uno lee, con atención, la ya llamada «sentencia relativa al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» del 19 de noviembre de 2004¹. El Consejo constitucional francés pone de relieve, una vez más, la dificultad existencial que tiene todo juez constitucional: abordar, sin bloquear, el proceso de integración europea, sin olvidar su función de valorar y proteger la *Carta Magna* de todo Estado, la Constitución. Al final, es un ejercicio de equilibrio jurídico el que nos ofrecen los jueces del *Palais Montpensier*, a solicitud del Presidente de la República, Jacques Chirac, el mismo día de la firma del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*², el 29 de octubre de 2004.

La referida solicitud, realizada sobre la base del artículo 54 de la Constitución, no era obligatoria. Eso explica que el Tratado de Niza (2001) escapara a todo control de compatibilidad, pues ni el Presidente de la República, ni el Primer ministro, ni sesenta diputados o sesenta senadores lo activaron en su momento³. Obviamente, ese escenario no podía ser el seguido con el Tratado constitucional, cuya importancia para el rumbo de la integración es evidente. Así, políticamente, no se podía evitar la consulta del guardián de la Constitución; lo mismo pasó, en su momento, con los tratados de Maastricht (1992)⁴ y de Ámsterdam (1997)⁵. A diferencia del sistema constitucional español –plasmado en el artículo 95§2 de la Constitución del 27 de diciembre de 1978 y desarrollado por el artículo 78 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), con escasa práctica en la materia⁶–, que

¹ Cons. const., 19 de noviembre de 2004, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, núm. 2004-505 DC. Dada su importancia, esta decisión se encuentra disponible en español, inglés y alemán en el sitio oficial del Consejo Constitucional, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

² En adelante «Tratado constitucional» o «Constitución europea». Estas diferencias de terminología tienen únicamente como meta diversificar el vocabulario y no imponer una visión ideológica del texto, el cual, desde el punto de vista jurídico, tiene el valor de un mero tratado. Cuestión distinta es su valoración desde el punto de vista político.

³ El artículo 54 dice lo siguiente: «*Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre Assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution*».

⁴ Cons. const., 9 de abril de 1992, *Tratado de Maastricht*, núms. 92-308 DC.

⁵ Cons. const., 31 de diciembre de 1997, *Tratado de Ámsterdam*, núm. 97-393 DC.

⁶ En España, como es bien sabido, han sido únicamente dos las ocasiones en las que el artículo 95§2 ha sido utilizado por el Gobierno para examinar la conformidad a la

identifica de manera precisa los aspectos que aparecen *a priori* como problemáticos⁷, la lógica del artículo del artículo 54 de la Constitución francesa –y ello de manera independiente de los términos generales de la consulta por el Presidente de la República– exige un examen exhaustivo del tratado.

Como podía fácilmente preverse, conocida la jurisprudencia constitucional francesa en materia comunitaria, la revisión ha sido considerada necesaria al haber puesto el Consejo de relieve unos cuantos elementos de contradicción. El gobierno no tardó, en este contexto, en preparar un proyecto de Ley constitucional de modificación del Título XV de la Constitución –que organiza, en el seno de la *Carta Magna* francesa, las relaciones con la Unión⁸– para que la revisión articulada sobre el artículo 89§3 de la Constitución dependiera del Congreso *i. e.* la reunión de la Asamblea nacional y del Senado en Versalles. El 28 de febrero de 2005⁹, el Congreso adoptó el «Proyecto de Ley de revisión constitucional modificando el Título XV de la Constitución» y el 1º de marzo se adoptó la Ley constitucional de revisión (LC)¹⁰. Es la cuarta vez, desde 1992, que la Constitución francesa sufre una modificación con el fin de adaptarse al proceso de integración europea, valorizando el llamado fenómeno de europeización de los derechos constitucionales¹¹. Empero, es únicamente la segunda vez que el pueblo será

Constitución del TUE (Maastricht, 1992) y del Tratado Constitucional (Roma, 2004): declaración núm. 1/1992, de 1 de julio (DTC 1/1992); declaración núm. 1/2004, de 13 de diciembre (DTC 1/2004).

⁷ Puede tomarse un ejemplo muy reciente, relativo al examen del Tratado constitucional. Sobre la base del dictamen del Consejo de Estado español (21 de octubre de 2004), sabemos que fueron tres preceptos del llamado Tratado constitucional los que hicieron surgir una «duda de constitucionalidad»: los artículos I-6, II-111 y II-112. Asimismo, el Gobierno de la Nación solicitó al Tribunal que se pronunciase sobre la suficiencia del artículo 93 de la Constitución Española para dar cauce a la integración del Tratado en el ordenamiento español. En total, fueron cuatro los puntos que el TC tuvo que examinar. Éste no es el método seguido en Francia, donde el Consejo constitucional realizó un examen de la totalidad del Tratado.

⁸ Se menciona aquí el artículo 88-1, primera de las disposiciones del título XV: «La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias».

⁹ El calendario fue fijado en sus principales líneas con una gran celeridad. El texto de la revisión –el «projet de loi constitutionnelle modifiant le titre XV de la Constitution»– ha sido examinado por la Asamblea nacional sobre la base de un calendario muy ajustado, entre el 25 y el 27 de enero de 2005, y por el Senado entre el 15 y 17 de febrero de 2005.

¹⁰ La mayoría cualificada necesaria para adoptar el Proyecto de Ley constitucional era de 478 votos; es decir, los 3/5 de la Cámara. Finalmente hubo 730 votos a favor del Proyecto de Ley y 66 en contra. Para mayor detalle, se trata de la Ley constitucional (LC) núm. 2005-204 del 1 de marzo de 2005, que modificó el título XV de la Constitución (JO del 2 de marzo de 2005). El artículo 1 de la LC modifica el artículos 88§1; el artículo 2 de la LC, el artículo 60 de la Constitución francesa. En el artículo 3 de la LC, se presenta el contenido que tendrá el Título XV de la Constitución, una vez entrado en vigor el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

¹¹ H. RUIZ-FABRI, C. GREWE, «La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen», *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pgs. 189-206; J. ZILLER (dir.), *L'Européanisation*

consultado acerca del fenómeno de profundización europea¹². La primera consulta fue convocada bajo presidencia de François Mitterrand con la finalidad de autorizar la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea¹³. La segunda consulta ya ha sido convocada por el Presidente Jacques Chirac quien, mediante un decreto del 9 de marzo, fijó la fecha del referéndum el 29 de mayo 2005¹⁴.

La importancia de la posición del juez constitucional salta a la vista al tener en cuenta este movimiento constitucional de reforma. Lo interesante es descubrir las contradicciones puestas en evidencia por el juez entre el Tratado y la Constitución francesa, según los criterios tradicionales de su jurisprudencia.

Desde la *decisión Tratado de Maastricht* de 1992¹⁵ en la cual, por primera vez en la historia constitucional francesa, el Consejo declaró la incompatibilidad de un tratado internacional (*i. e.* el TUE) con la Constitución del 4 de octubre de 1958, la jurisprudencia constitucional relativa a la profundización de la integración europea está bien establecida. Tres son los criterios, no acumulativos, del control de constitucionalidad relativo a los convenios internacionales. Cuando un tratado: 1. tiene una disposición contraria a la Constitución o; 2. pone en riesgo los derechos y libertades constitucionalmente protegidos o 3. afecta a «las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», la autorización de ratificar el tratado en cuestión requiere una reforma constitucional previa. Criterios estos que fueron recordados por el Consejo en la decisión del 19 de noviembre de 2004 para situarse en disposición de poner en marcha su control (cons. 7)¹⁶. Empero, precisó, de manera incidental, que «están fuera de su control la cláusulas del tratado que toman en cuenta los tratados anteriormente aceptados por Francia»¹⁷. Aquí, el guardián de la Constitución aplica una solución clásica

des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe, Paris, L'Harmattan, 2003;

¹² La consulta será, desde un punto de vista general, la décima en la historia de la V República francesa después del referéndum de 1958 (aprobación de la Magna Carta), 1961 (autodeterminación de Argelia), 1962 (abril) (Acuerdos de Evian), 1962 (octubre) (elección del Presidente de la República), 1969 (revisión del Senado y regionalización), 1972 (ampliación de la Comunidad europea), 1988 (estatuto de la Nueva Caledonia), 1992 (ratificación del Tratado de Maastricht) y 2000 (reducción del mandato del Presidente a cinco años en vez de siete).

¹³ Los resultados fueron los siguientes: 51,04% en favor del «Sí», contra 48,95% en favor del «No». La consulta se saldó con una abstención del 30,30%.

¹⁴ Decreto núm. 2005-218 del 9 de marzo de 2005 (*JO* del 12 de marzo de 2005).

¹⁵ Cons. const., 9 de abril de 1992, *Tratado de Maastricht*, núm. 92-308 Declaración.

¹⁶ Considerando núm. 7: «Considerando, no obstante, que, cuando los compromisos suscritos a tal efecto contienen una cláusula contraria a la Constitución, ponen en entredicho los derechos y libertades constitucionalmente garantizados o afectan a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional, la autorización de ratificarlos requiere una revisión constitucional».

¹⁷ Considerando núm. 8: «Considerando que es respecto a estos principios que corresponde al Consejo constitucional proceder al examen del tratado» que establece una Constitución para Europa «firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, así como de sus proto-

según la cual un tratado ratificado no puede ser contestado en el momento del examen de compatibilidad con la Constitución de un tratado posterior que lo modifica¹⁸. No obstante, sabemos que el Tratado constitucional presenta una originalidad mayor, pues sustituye a los tratados anteriores, derogándolos (artículo IV-437). No se trata por ende de una mera reforma, sino de una operación de re-fundación. El Consejo hubiera podido en este contexto desarrollar una verdadera argumentación y no contentarse con usar una afirmación categórica en el considerando núm. 8¹⁹. Para descubrir la razones que estuvieron en el origen de tal solución, se necesita recurrir a la lectura del «comentario oficial» de la decisión hecha por el Secretario General del Consejo Constitucional y publicada en la revista *Petites Affiches*²⁰. Manera esta, por cierto, de dar a conocer lo que se podría llamar la «voz oficial» de la institución, que genera muchas críticas en la doctrina. Una decisión constitucional que no es suficiente en sí misma no puede aparecer como convincente. O bien el Consejo decide cambiar su manera restrictiva de motivar sus decisiones²¹ –mirando hacia el derecho comparado– o bien decide introducir opiniones separadas que eventualmente permitieran formular más precisamente aspectos de la argumentación aunque esta solución no pone fin al problema de la motivación mayoritaria... Pero, en todo caso, no parece de recibo continuar permitiendo la publicidad de una «interpretación autorizada» que no es una «interpretación auténtica»²².

Sobre la base de estos elementos –examen exhaustivo del Tratado²³ salvo las disposiciones ya presentes en tratados anteriores– la decisión del juez

colos y anexos; que no obstante se sustraen al control de conformidad a la Constitución las cláusulas del Tratado que reanudan compromisos anteriormente suscritos por Francia».

¹⁸ Cons. const., 19 de junio de 1970, núms. 70-39 DC, cons. núm. 5; Cons. const., 9 de abril 1992, *Traité de Maastricht*, núm. 92-308 DC, cons. núm. 7; Cons. const., 25 de enero de 1985, *Evolution de la Nouvelle Calédonie*, núm. 85-187 DC, cons. núm. 3.

¹⁹ O. DORD, «Le Conseil constitutionnel face à la “Constitution européenne”: contrôle des apparences ou apparence de contrôle?», *AJDA*, 17 janvier 2005, pg. 217.

²⁰ J.-E. SCHOETTL, «La ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe» appelle-t-elle une révision de la Constitution française? Cons. const., 19 novembre 2004, *Petites affiches*, 29 novembre 2004, núm. 238, pgs. 3-25, espec. pgs. 6-7. Este artículo es una versión más detallada del informe preparado por el Consejo constitucional y colgado en su página *web*.

²¹ Es bien sabido que el Tratado está compuesto de 448 artículos, pero también de 36 protocolos, 2 anexos, 48 declaraciones, así como del tradicional Acta Final. ¡Sin embargo, el Consejo constitucional realizó su análisis en tan solo 43 «considerandos» (*Considérants*)!

²² D. SIMON, «L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe: fausses surprises et vraies confirmations», *Europe*, février 2005, pgs. 6-9, spec. pg. 7, note 15.

²³ No obstante, hay que poner de relieve la «manía» del Consejo por el empleo recurrente del término «notamment» –traducido por los servicios oficiales del Consejo por «en particular»– que demuestra que el análisis no pudo ser exhaustivo y que la elección de los puntos analizados fue discrecional... ¡Pero uno debe preguntarse si se podía actuar de manera diferente, teniendo en cuenta que a los 448 artículos del Tratado, el examen debía volcarse también sobre los protocolos y las declaraciones!

constitucional acerca de las incompatibilidades es bastante clásica, aunque el observador podrá notar la presencia de unas cuantas aportaciones interesantes que hacen más sutil y pormenorizada la «jurisprudencia constitucional comunitaria» del Consejo constitucional. Por decirlo de otra manera, los puntos de contrariedad entre el Tratado constitucional y la Constitución francesa se integran en una jurisprudencia clásica cuya función es *in fine* salvaguardar el ejercicio de la soberanía nacional (II). Lo interesante –y lo paradójico a la vez– es que en las materias en las cuales el Consejo consideró que no existía ni el principio de una contradicción y por ende que la revisión de la Constitución no era necesaria –a pesar de la existencia de tensiones claras y evidentes entre la Constitución francesa y el Tratado constitucional–, desarrolló una argumentación discutible, o cuanto menos muy decepcionante, cuyo resultado es, al fin y al cabo, una valoración de la Constitución a través –y es totalmente novedoso en Francia– de la presentación de una verdadera «reserva de competencia» (I).

II. LA VALORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: LA REVISIÓN ELUDIDA

Es interesante subrayar que, tanto el Consejo constitucional francés (cons. 9 b 13) como el Tribunal Constitucional español (F. núm. 3), han llegado a resultados similares, participando en la valoración de la Constitución Europea: ni el artículo I-6 (A) ni la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (B) ponen en riesgo la Constitución como norma suprema de los ordenamientos francés y español.

A pesar de estas consideraciones, no se puede dejar de mencionar la nueva visión desarrollada por el Consejo Constitucional acerca de la naturaleza *específica* del ordenamiento jurídico comunitario. Si, por un lado, el Consejo no puede ocultar la naturaleza obviamente convencional del Tratado por el se que establece una Constitución para Europa –tanto su técnica de entrada en vigor [artículo IV-447§2] cómo su modo de revisión [artículos IV-443 a IV-445], y en última instancia la consagración de un derecho unilateral de retirada [artículo I-60], demuestran²⁴–, reconoce al mismo tiempo que el constituyente ha consagrado, con el artículo 88§1, «la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado en el ordenamiento jurídico in-

²⁴ Considerando núm. 9: «Considerando, en primer lugar, que se desprende de las cláusulas del Tratado sometido al examen del Consejo constitucional, con título “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, y, en particular, de las relativas a su entrada en vigor, a su revisión y a la posibilidad de denunciarlo, que conserva el carácter de un tratado internacional suscrito por los Estados signatarios del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea». F. CHALTIEL habla de una «minoración semántica» con respecto a esta argumentación; pero más bien confunde o, mejor dicho, quiere ignorar las diferencias entre la naturaleza jurídica del texto, por un lado, y su significación política por otro («Une première pour le Conseil constitutionnel. Juger un traité établissant une Constitution», *RMCUE*, núm. 484, janvier 2005, pgs. 5-10, spec. pg. 6).

terno y distinto del ordenamiento jurídico internacional»²⁵. La empatía constitucional hacia el Derecho de la Unión no podía ser afirmada de manera más explícita... La ruptura con el derecho internacional público es claramente puesta en evidencia, lo que suscitará sin duda reacciones por parte de los que, con un vigor doctrinal agudo, han defendido la similitud del derecho comunitario con el derecho internacional público, defendiendo la llamada tesis de la «banalisation» del primero, que rechaza todos los signos de su especificidad²⁶. Eso sí, uno puede decir que es un importante avance de la decisión, pues consagra además la idea de la interacción, de la interpenetración, de «l'enlacement» de los ordenamientos jurídicos, elemento clave de la configuración del derecho en nuestra época²⁷.

Dicho esto, la interpretación sistemática del artículo I-6 del tratado constitucional sí que se puede criticar, por un lado, desde un puro punto de vista comunitario... usando los parámetros clásicos del derecho internacional, tal y como hizo durante mucho tiempo el Tribunal de Justicia. Por otro lado, y desarrollando un análisis marcado por la idea ya bien sentada en la doctrina del «pluralismo constitucional»²⁸, la interpretación constitucional francesa parece más positiva. Ambos enfoques se analizan a continuación.

A) La interpretación sistemática del artículo I-6 salva la supremacía de la Constitución

A priori, no es erróneo pensar lisa y llanamente que la oposición entre la primacía «constitucionalizada» del Derecho de la Unión (artículo I-6) y la *Carta Magna* francesa cuyo artículo 55 afirma el valor infra-constitucional del Derecho Internacional, no se puede superar sin una revisión de la Constitución²⁹. La cuestión parece ser obvia. A pesar de la evidencia, el Consejo

²⁵ Considerando núm. 11 «Considerando, en segundo lugar, que según el artículo 88-1 de la Constitución: “la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias”; que el constituyente de esta forma consagró la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado al ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional».

²⁶ Me refiero a los escritos del destacado internacionalista A. PELLET, «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. V, Book 2, pgs. 193 y ss. Para una respuesta contundente defendiendo la especificidad del sistema de la Unión, v. D. SIMON, «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux de la SFDI, Paris, Pedone, 2000, pgs. 209-249.

²⁷ La Crónica de «jurisprudencia europea comparada», de cuya dirección me encargo desde el año 2000 en la *Rdpub.*, tiene como meta poner de manifiesto este fenómeno de la interacción en Europa de los sistemas normativos entre sí (*interacciones orgánicas*) y entre los propios derechos fundamentales (*interacciones materiales*).

²⁸ I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited», *CMLrev.*, 1999, núm. 4, pgs. 697 y ss. Del mismo autor, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, pg. 93 (Cours et travaux núm. 1, Institut des Hautes études internationales de Paris).

²⁹ Es la opinión de la gran mayoría de la doctrina en Francia, v. J. ROUX, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française»,

formula no obstante, merced a tres tipos de argumentos, una posición distinta con el fin de permitir conciliar, de manera discutible, los opuestos³⁰.

En primer lugar, desarrolla un análisis sistemático del tratado uniendo la comprensión del artículo I-6 a la lectura del artículo I-5 según el cual: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos». De ahí, deduce que el principio de primacía tiene que respetar las constituciones nacionales y que el derecho de la Unión no se impone frente a las disposiciones constitucionales. Esta interpretación se opone de manera obvia al significado constante de tal disposición –presente en el artículo 6§3 TUE–, que hace referencia en realidad a la llamada autonomía institucional de los Estados, los cuales tienen toda libertad para no sólo conservar su tipo de régimen político, sino también para elegir los medios nacionales adecuados para aplicar el Derecho de la Unión, pero no para rehusar aplicarlo de manera prioritaria conforme al principio de primacía. Es verdad, no obstante, que el contenido del artículo 6§3 TUE no es exactamente el mismo que el del artículo I-5: el primero trata de la «identidad nacional de los Estados miembros» cuando el segundo añade –y no es inocente³¹– el respeto de las «estructuras fundamentales políticas y constitucionales». Al unir ambas previsiones se puede llegar a una solución que podría alterar totalmente la jurisprudencia comunitaria sentada con *Costa*³² y recientemente confirmada en *Carra*³³. La interpretación sistemática puede de hecho aparecer como un «potente factor de dislocación de la exigencia de uniformidad del Derecho de la Unión³⁴» autorizando *de jure* a las jurisdicciones nacionales a prevalerse de elementos característicos de su sistema constitucional para evitar aplicar el Derecho de la Unión infringiendo una regla tradicional de valor consuetudinario según la cual un Estado no puede invocar su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor³⁵.

En segundo lugar, el Consejo Constitucional fundamenta su análisis en la

Rdpub., 2005-1, pg. 69; D. SIMON, «L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe...», *opg. cit.*, pg. 7; D. ROUSSEAU, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004», *Rdpub.*, 2005-1, pgs. 299-300.

³⁰ D. ROUSSEAU, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004», *Rdpub.*, 2005-1, pgs. 267-311.

³¹ Los trabajos preparatorios demuestran que fue en el Grupo de trabajo núm. V «Competencias complementarias» donde el antiguo comisario europeo M. CHRISTOPHERSEN –representante danés en la Convención y presidente de dicho grupo– insistió en la introducción de tal referencia con el fin de «salvaguardar el papel y la importancia de los Estados miembros en el tratado», CONV 375/1/02, 4 nov. 2002, pg. 11.

³² TJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* pg. 1141.

³³ TJCE, 8 juin 2000, *Carra*, aff. C-258-98, *Rec.*, pg. 4217.

³⁴ P. G. CASSIA, «L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes», *Europe*, décembre 2004, pg. 8.

³⁵ Dictamen TPJI, 4 de febrero de 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, Série A/B, núm. 44, pg. 24.

intención de las partes del tratado, trayendo a colación la Declaración núm. 1, conforme a la cual «la Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia». ¡Aquí, tenemos la primera incursión del juez en el universo de las intenciones de los autores de un tratado, reflejadas en una Declaración que, por definición, no tiene fuerza vinculante! Sabemos que fue introducida bajo Presidencia irlandesa a instancia del Reino Unido y de Portugal³⁶. Ambos Estados tenían como objetivo evitar que la jurisprudencia clásica y absoluta de la primacía del Tribunal de Justicia se aplicara a los pilares intergubernamentales³⁷. Sin embargo, a partir del momento en el que la estructura de la Unión en «pilares» desaparece aparentemente³⁸, la primacía convencionalizada (I-6) y, por ende, consolidada, no puede más que extenderse a la política extranjera y de seguridad común, y a la cooperación en materia policial y judicial. Así que la Declaración valora las amplias implicaciones de la primacía tal y como quedó claramente fijada en la sentencia *Handesellgesellschaft*; no las restringe.

En tercer lugar, el Consejo Constitucional considera inútil cualquier reforma constitucional afirmando que el principio de primacía ya ha sido consagrado a través del artículo 88§1 presente en nuestro ordenamiento jurídico desde 1992, cuyo alcance fue abordado por la reciente y fundamental decisión *Economía numérica* del 10 de junio de 2004³⁹, comentada con profusión y de manera muy contradictoria⁴⁰ y confirmada con celeridad va-

³⁶ CIG 43/03, PRESID 7.

³⁷ D. ROUSSEAU no admite esta finalidad destructiva de la Declaración cuando afirma: «Sauf à supposer que l'intention des auteurs du traité ait été de "casser" la jurisprudence de la Cour de Justice –ce que précisément, la déclaration annexée ne permet pas de faire– l'article I-6 a donc pour effet logique et nécessaire d'obliger toute autorité nationale à écarter toute règle nationale y compris une règle constitutionnelle», *Rdpub.*, *op. cit.*, pg. 300.

³⁸ Es, de hecho, más complejo en la medida en que la *lógica* de los pilares no desapareció enteramente, v. L. BURGORGUE-LARSEN: «Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences», *L'Europe à l'aube du XXI^e siècle, En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pgs. 39-71.

³⁹ Cons. Const., 10 de junio de 2004, *Economía numérica*, núm. 2004-496 DC, *JO* 22 de junio de 2004, pg. 11182.

⁴⁰ Algunos autores pensaron que se trataba de una decisión clave, por los signos de apertura que evidenciaba, hacia el derecho de la Unión entre los que se encontraba el propio ex-Presidente del TJCE, G.-C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El Consejo constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 8, núm. 18, mayo-agosto 2004, pgs. 393-397 mientras que otros ponían el énfasis en la reserva de competencia... Una completa enumeración de las publicaciones más destacadas sobre la materia puede ser la siguiente: *AJDA*, 2004, note J. ARRIGHI DE CASANOVA, pg. 1534; note M. GAUTIER, F. MELLE-RAY, pg. 1537; P. CASSIA, «Le véritable sens de la décision núm. 2004-496 du Conseil Constitutionnel», *AJDA*, 2004, pg. 1385; B. GENEVOIS, «Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé», *RFDA*, 2004, pg. 651; J.-P. CAMBY, «Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?», *Rdpub.* 2004, pg. 878; F. CHALTIET, «Le Conseil Constitutionnel au rendez-vous de la Constitution européenne», *Petites affiches*, 13-14 juillet 2004, pg. 3; J.-P. KOVAR, «Commentaire des décisions du Conseil Constitutionnel du 10 et du

rias veces durante el verano 2004⁴¹. El problema radica en el hecho de que esta decisión no otorga a la primacía del derecho comunitario un valor absoluto, sino que reserva al Consejo –en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes del artículo 61– la posibilidad de enjuiciar directivas comunitarias –o mejor dicho, las leyes de transposición– que, eventualmente, podrían afectar a ciertas «disposiciones expresas contrarias de la Constitución» (cons. 7)⁴²; ello, en contradicción radical con el reparto de competencias entre el Tribunal de justicia y las jurisdicciones nacionales⁴³. El debate fue intenso en lo concerniente al alcance de la expresión, bastante vaga, de «disposiciones expresas». La decisión *Bioética* del 29 de julio de 2004⁴⁴ aporta un elemento importante al dar a entender, *a contrario*, que se trata de *disposiciones específicas al ordenamiento constitucional francés* que no tienen ninguna correspondencia en el catálogo comunitario de derechos fundamentales, fuertemente inspirado en el Convenio de Estrasburgo de 1950⁴⁵. Con otras palabras, solamente si un derecho fundamental incluido

1^{er} juillet 2004: rapport entre le droit communautaire dérivé et le droit national», *RTDE*, 2004, pg. 580; v. también los artículos publicados en la *Rdpub.* 2004-4.

⁴¹ Cons. const., 1^o de julio de 2004, *Comunicaciones electrónicas*, núm. 2004-497 DC; Cons. const., 29 de julio de 2004, *Bioética*, núm. 2004-498 DC del 29 de julio de 2004; Cons. const., 29 de julio de 2004, *Tratos de los datos de carácter personal*, núm. 2004-499 DC.

⁴² Considerando núm. 7, sentencia del 10 de junio de 2004. «Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution: "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences"; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne» (La cursiva es nuestra).

⁴³ Es necesario subrayar que el Consejo aprovechó la ocasión para exponer una reserva de interpretación de la Ley de transposición... El considerando núm. 9 de la sentencia del 10 de junio es claro al respecto: «Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déferée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge; que, sous cette réserve, les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du I de l'article 14 de la directive susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer; que, par suite, les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés devant lui» (la cursiva es nuestra). Aquí deberíamos preguntarnos si la conocida técnica de la reserva de interpretación resulta idónea en el contexto comunitario... en el caso de que la interpretación interna pueda chocar, tarde o temprano, con una interpretación comunitaria; es decir, dada por el Tribunal de Justicia.

⁴⁴ Cons. const., núm. 2004-498.

⁴⁵ En este asunto, los demandantes consideraban que la libertad ideológica se encontraba consagrada expresamente en el artículo 11 de la Declaración de 1789, que el Consejo, en aplicación de la decisión del 10 de junio de 2004, tenía que oponer a la transposición de la directiva impugnada. El Consejo rechaza tal argumentación al afirmar, en

en el bloque de constitucionalidad francés no está incluido en el catálogo europeo de protección de los derechos fundamentales, el Consejo asumiría la competencia para declarar contraria a la Constitución una Ley de transposición de una directiva. Así, al establecer una conexión íntima, una pasarela interpretativa *entre el artículo 88§1 tal y como es interpretado en las decisiones del verano 2004* (10 de junio; 1º de julio y 29 de julio), la decisión del 19 de noviembre, en un intento de fundamentar internamente la primacía (en contradicción con la lógica de la sentencia *Costa*), le otorga un alcance reducido al aceptar una reserva de competencia... De manera clara, «la sentencia del 10 de junio de 2004 se muestra impotente para eliminar la inconstitucionalidad del artículo I-6 del tratado de Roma»⁴⁶. Es más, el considerando núm. 13 organiza también una pasarela interpretativa entre todo lo expuesto y el artículo I-5, como si la reserva de constitucionalidad presentada y explicitada en las decisiones del verano se extendiera también al concepto de «estructuras fundamentales políticas y constitucionales»:

«Considerando que, si el artículo I-1 del Tratado sustituye a las organizaciones establecidas por los Tratados previos con una única organización, la Unión Europea, dotada en virtud al artículo I-7 de personalidad jurídica, resulta del conjunto de las cláusulas de este Tratado, y, *en particular, de la aproximación de sus artículos I-5 y I-6, que no modifica ni la naturaleza de la Unión Europea, ni el alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión tal y como resulta, como juzgó el Consejo constitucional en sus decisiones mencionadas, del artículo 88-1 de la Constitución*; que, por lo tanto, el artículo I-6 del Tratado sometido al examen del Consejo no implica reforma de la Constitución».

Así que, al final, la reserva de competencia concierne no sólo a «las disposiciones expresas y específicas contrarias de la Constitución» en materia de derechos fundamentales, sino también a los rasgos claves de «la estructura fundamental política y constitucional» francesa que no conocidos *a priori*.

Ahora bien, si bien es cierto que el juez constitucional francés manifiesta una mayor apertura al Derecho de la Unión, consagrando su especificidad respecto del Derecho Internacional Público (cons. 11), también lo es que aprovecha la ocasión para presentar una *lectura interna* de las exigencias generadas por la existencia del sistema de la Unión, afirmando que el fundamento de la primacía radica en el artículo 88§1, la nueva «cláusula Europa» francesa. A esta lectura pro-nacional, se añade una *lectura rebelde* en la medida en que, por primera vez en la joven historia jurisprudencial comunitaria francesa, el Consejo adopta una postura semejante a la de un número significativo de Tribunales constitucionales europeos que resistieron el im-

su considerando núm. 6, lo siguiente: «Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"; *que cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*» (la cursiva es nuestra).

⁴⁶ D. Rousseau: «la décision du 10 juin 2004 s'avère impuissante à purger l'inconstitutionnalité de l'article I-6 du traité de Rome», *Rdpub.*, *opg. cit.*, pg. 300.

pacto absoluto del Derecho comunitario al emitir «reservas de competencia», bien a los efectos de salvaguardar un nivel elevado de protección de los derechos fundamentales, bien a los de vigilar que ningún *ultra vires* se produjera en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros⁴⁷. Una decisión *Solange II a la francesa* en suma... por usar la expresión acuñada por Ricardo ALONSO GARCÍA al analizar la Declaración 1/2004, caracterizándola como una *Solange II a la española*⁴⁸. Aunque se puede demostrar –como intentó hacer el intérprete autorizado...que no auténtico (*sic*), i. e., el Consejo constitucional– que las materias concretamente afectadas por esta reserva no son numerosas desde el punto de vista cuantitativo⁴⁹, la reserva *per se* sí que existe.

Hasta ahora, no se podía hablar de «reservas de competencia» en la jurisprudencia constitucional comunitaria francesa, pues el Consejo no se había otorgado ninguna competencia para intervenir en el reparto de competencias con relación al Tribunal de Estrasburgo, terreno este ubicado al margen del debate de la primacía⁵⁰. Su control, al amparo del artículo 54, no le había dado la ocasión de delimitar un núcleo duro de materias que no se pudiera alterar, al haber puesto solamente en evidencia contradicciones que fueron una a una superadas vía revisión constitucional, en lo que constituye la lógica interna del control *a priori* de los tratados internacionales⁵¹. A partir de ahora, con la conexión establecida entre la decisión del 19 de noviembre y las del verano 2004, la reserva de competencia establecida en el control de constitucionalidad de las leyes (artículo 61) se extiende al procedimiento del control *a priori* de los tratados (artículo 54); extensión material de la reserva (derechos fundamentales franceses y «estructura fundamental política y constitucional») a la que se añade una extensión procedimental.

⁴⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, «Les résistances des Etats de droit», *De la Communauté de droit vers l'Union de droit*, J. RIDEAU (dir.), Colloque de Nice d'Avril 1999, Paris, LGDJ, 2000, pgs. 423-458.

⁴⁸ R. ALONSO GARCÍA, «Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, núm. 73.

⁴⁹ J-E SCHOETTL afirma que la reserva de constitucionalidad está circunscrita «à un petit nombre de matières (laïcité, égalité d'accès aux emplois publics, délai d'un mois imparti au Conseil constitutionnel pour statuer...) sur lesquelles il est fort douteux que l'Union entende interférer», *op. cit.*, pg. 14.

⁵⁰ La sentencia *IVG* del Consejo constitucional del 15 de enero 1975 (núm. 74-54 DC) dejó el campo libre para que los Tribunales Supremos se preocuparan de aplicar el derecho comunitario y pronunciarse sobre su situación exacta en la jerarquía de normas: la Cour de Cassation y el Conseil d'Etat aplican por sí mismos el artículo 55 de la Constitución, en el que se consagra el valor infra-constitucional y supra-legislativo del derecho internacional. C. CASS, 24 de mayo de 1975, *Société Jacques Vabre*, CE Ass., 20 de octubre de 1989, *Nicolo*; CE, 24 de septiembre de 1990, *Boisdet*; CE Ass., 28 de febrero de 1992, *SA Rothmans International France* y sobre todo las sentencias CE Ass., 30 de octubre de 1998, *Sarran*, *Levacher e. a.* et Cass. Ass. Plen. 2 de junio de 2000, *Fraisse*, CE, 3 de diciembre de 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*.

⁵¹ Lo que continúa haciéndose, como veremos en la segunda parte de este trabajo.

Con otras palabras, Francia hace de la resistencia, como en su tiempo hicieron el Tribunal constitucional de Karlsruhe, el Tribunal constitucional italiano o el Tribunal Supremo danés, y por decirlo de manera explícita, una mejora evidente del funcionamiento del sistema de la Unión y de la vigencia de un sistema constitucional compuesto... de un entramado constitucional europeo basado sobre valores comunes⁵². ¿Esta jurisprudencia (rebelde *a priori* pero consensual en definitiva) no demuestra en realidad lo que Pablo PÉREZ TREMPs quiso en su tiempo quizás demostrar, a saber, que la integración tiene que percibirse como una categoría constitucional *sui generis*⁵³? Una de las preguntas consiste en saber si, *in fine*, la resistencia francesa es la valoración de una plus-valía nacional aceptable por los demás, como lo fue la protección de los derechos fundamentales por Italia, Alemania (y ahora claramente España), que permitió –con la aceptación de los demás Estados miembros– que la Unión llegara a transformarse en una «Unión de Derecho»⁵⁴. Sobre todo, esta resistencia se manifiesta en un contexto «constitucional» en el que el artículo I-5 –pero también los artículos I-1, II-112§4 y II-113– aparece como la disposición que, al fin y al cabo, constitucionaliza las resistencias clásicas de las jurisdicciones nacionales⁵⁵, *o al menos permite a estas mismas jurisdicciones interpretarlo con este enfoque*. La argumentación desarrollada por el Consejo relativa a la Carta lo demuestra de manera obvia. ¿En este contexto, podrá ignorar el Tribunal de Justicia esta lectura «contextualizada»?

B) La interpretación condicionada de la Carta salva las especificidades constitucionales

Tras analizar la primacía, que no afecta según lo expuesto a la Constitución francesa, el Consejo constitucional decidió que la Carta de los derechos fundamentales tampoco infringía aquélla. Para llegar a tal resultado perfectamente oportuno, tanto desde el punto de vista político como jurídico –la Carta consagrando el fondo común de los valores que la Unión comparte con cada Estado miembro–, el Consejo argumentó siguiendo dos líneas muy discutibles.

⁵² Era la finalidad de mi análisis en «Les résistances des Etats de droit», *opg. cit., passim*. R. ALONSO GARCÍA pone de manifiesto este fenómeno y recuerda las razones existenciales que explican la postura de los ordenamientos constitucionales, en *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2003, spec. «Constitución v. Derecho comunitario», pgs. 113-126.

⁵³ P. PÉREZ TREMPs, *Constitución Española y Comunidad europea*, Cuadernos de Estudios europeos, Civitas/Fundación Universidad Empresa, 1993, espec. pgs. 122-125.

⁵⁴ Sí que lo es para la primera vertiente de la resistencia (la relativa a los derechos fundamentales que no tienen correspondencia en el catálogo comunitario); pero esta cuestión no aparece muy clara en lo atinente a los rasgos de la «estructura fundamental política y constitucional»... Pues su contenido hoy día no está claramente delimitado.

⁵⁵ Esto es evidente a partir de la lectura de la DTC I/2004: vid. R. ALONSO GARCÍA, «Constitución nacional y Constitución europea...», *passim*.

La primera crítica concierne a la argumentación del Consejo efectuada en el considerando núm. 16:

«Considerando, en segundo lugar, que, de acuerdo con el apartado 4 del artículo II-112 del Tratado, en la medida en que la Carta reconoce derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, “dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”; que, por lo tanto, los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución, que se oponen al reconocimiento de derechos colectivos de cualquier grupo, en razón de su origen, cultura, lengua, o creencia, son respetados»;

Uno se da cuenta que el Consejo desnaturaliza de manera obvia la significación del artículo II-112§4 y la referencia a las «tradiciones constitucionales comunes». Sabemos que desde la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁶, forman parte del método de interpretación del Tribunal de Justicia, merced al cual pudo enriquecer el catálogo de los derechos fundamentales del ordenamiento comunitario. Aquellas tradiciones obtuvieron una ubicación en el artículo 6§2 TUE y, mañana, si el Tratado constitucional entra en vigor, en el artículo 1-7§3 del acta re-fundador de la Unión Europea. Si uno estudia los trabajos preparatorios del Tratado constitucional, descubre que tal referencia tiene como causa una intervención del juez Skouris ante de los miembros del Grupo II (Integración de la Carta), que tenía como meta de ofrecer un nivel elevado de protección *adaptado al Derecho de la Unión*⁵⁷, confirmando que es el Tribunal de Justicia quien tiene las llaves de la interpretación. Al recordar esto, se nota el cambio de perspectiva. El juez constitucional francés altera el enfoque imponiendo *su* interpretación de *una* tradición constitucional, la francesa. A medio y corto plazo, si cada juez constitucional de la Unión ampliada impone al juez comunitario su visión de ésta o aquella tradición constitucional, ¿se podrá continuar a hablar de un patrimonio constitucional común? ¿En tal contexto, podrá el Tribunal continuar presentándose como el intérprete auténtico de los principios generales del derecho cuyas tradiciones están en sus orígenes?

La segunda crítica concierne a la utilización, mejor dicho, el abuso, de las explicaciones del *Praesidium*.

Quien conoce la historia del proceso de constitucionalización de la Carta en la Parte II del tratado Constitucional⁵⁸, puede darse cuenta de la victoria magistral del gobierno inglés. En 2000, en Niza, obtuvo la ausencia de su fuerza vinculante; en 2004, ha obtenido que se presente como una mera codificación de la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos huma-

⁵⁶ CJCE, 17 de diciembre de 1970, aff.11/70.

⁵⁷ CONV. 354/02, pg. 7 y L. BURGORGUE-LARSEN, «Article II-112», *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. II^o Partie La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dirs.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pgs. 658-688.

⁵⁸ Me remito a mi análisis, «Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *CDE*, 2004-6, pgs. 663-690 en el que pongo de relieve la diferencia metodológica en la manera de argumentar sobre esta materia entre los jueces constitucionales franceses y españoles.

nos al imponer varias cláusulas de correspondencia con las «explicaciones», que presentan, ellas mismas, la interpretación de los derechos como es desarrollada por la Corte de Estrasburgo (Preámbulo de la Carta *in fine*⁵⁹, artículo II-112§7⁶⁰. Si bien es cierto que este «juego de reenvío» (para usar de la terminología del juez constitucional español), puesto en evidencia de manera expresa por el Consejo (cons. 17), permite mantener un nivel armonizado de jurisprudencia entre los dos sistemas de protección (europeo y comunitario)⁶¹, su excesivo uso por el juez puede tener como consecuencia cristalizar, cuando estancar, toda posibilidad de interpretación evolutiva de la jurisprudencia. Así, si los artículos II-70, 107 y II-110 han sido declarados conformes a la Constitución francesa, es sola y únicamente merced a su interpretación oficial fijada a día de hoy, es decir, en las explicaciones del *Praesidium* de la Convención europea que participó en la elaboración del tratado...

Baste aquí con reproducir el considerando núm. 18⁶², que refleja un método totalmente opuesto a la tradicional manera elíptica de argumentar por parte de los órganos jurisdiccionales franceses:

«Considerando, en particular, que, si el primer apartado del artículo II-70 reconoce el derecho de cada persona, individual o colectivamente, a manifestar, por sus prácticas, su convicción religiosa en público, las explicaciones del *praesidium* precisan que el derecho garantizado por este artículo tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el garantizado por el artículo 9 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; que se encuentra sujeto a las mismas restricciones que resultan, en particular, de la seguridad pública, de la protección del orden público, de la salud y de la moral públicas, así como de la protección derechos y libertades de terceros; que el artículo 9 del Convenio ha sido constantemente aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en último lugar por su decisión mencionada, en armonía con la tradición constitucional de cada Estado miembro; que el Tribunal, de esta forma, ha tomado nota del valor del principio de laicidad reconocido por varias tradiciones constitucionales nacionales, y que esta jurisdicción deja a los Estados un amplio margen de apreciación para definir las medidas más convenientes, habida cuenta de sus tradiciones nacionales, con el fin de conciliar la libertad de culto con el principio de laicidad; que en estas condiciones, son respetadas las disposiciones del artículo 1 de la Constitución según las cuales “Francia es una República laica” que prohíbe a todo individuo de prevalerse de sus creencias religiosas para liberarse de las normas comunes que regulan las relaciones entre colectividades públicas y particulares».

⁵⁹ Preámbulo: «En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención europea».

⁶⁰ Artículo II-112§7: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

⁶¹ Únicamente en lo que concierne a los derechos políticos y civiles, pues los derechos económicos y sociales no están consagrados en el Convenio europeo.

⁶² El considerando núm. 19 se centra en el artículo II-107 y el considerando núm. 20 en el artículo II-110.

Ya se sabe que las explicaciones del *Preasidium* de la Convención Herzog (que redactó la Carta) tuvieron que ser «actualizadas» por el *Preasidium* de la Convención que elaboró el Tratado... ¿Qué pasará en este contexto si la jurisprudencia sufre varios cambios de importancia acerca de los artículos examinados por el Consejo? Aunque se puede razonadamente considerar qué cambios drásticos, o mejor dicho, giros de jurisprudencia en materia de laicidad, de publicidad de los juicios y acerca del principio *non bis in idem*, no son, *a priori*, susceptibles de surgir en el paisaje jurisprudencial, la mera posibilidad teórica de ello pone de relieve el carácter inadecuado de la argumentación del Consejo.

Vale la pena detenerse por un momento en este pasaje relativo a la laicidad, principio cardinal del sistema francés –especie de «excepción cultural y jurídica» francesa en el paisaje constitucional europeo–, muy a menudo difícilmente comprensible para los demás⁶³. En el considerando reproducido arriba (núm. 18), el Consejo hace una referencia a una decisión incluida en los llamados *visas*: la sentencia *Leyla Sahin c. Turquía* del 29 de junio de 2004. Esta mera referencia en los *visas* y, sobre todo, su presentación en la argumentación misma (cons. 18), marca un giro significativo en la jurisprudencia constitucional francesa. Hay que recordar que Francia no dispone del equivalente al artículo 10§2 de la Constitución Española o del artículo 20§1 de la Constitución rumana. En este contexto, la interpretación de los derechos fundamentales se hizo a través de una interpretación actualizada y moderna del bloque de constitucionalidad, en el que la Declaración de 1789 tiene una posición importante⁶⁴. Durante años, la modernización de la interpretación del texto revolucionario se hizo mediante el uso de la jurisprudencia de Estrasburgo; pero fue un uso implícito, «furtivo» como he calificado en otro lugar⁶⁵. ¡Como si el Consejo, en un país aún marcado por la idea de la magnitud del sistema jurídico interno, no quisiera desvelar su fuente *externa* de inspiración!⁶⁶. La sentencia del 19 de noviembre introduce al respecto una verdadera ruptura con esta manera de juzgar. Hay que esperar para descubrir las potencialidades de esta apertura convencional para ver si se vuelve mera rutina... Al mismo tiempo, esta apertura sufre de una mala elección: la sentencia *Leyla Sahin* estaba pendiente de aceptación de un «renvoi» sobre la base del artículo 43 del Convenio de Estrasburgo. ¡Con otras palabras, y por decirlo claramente, la sentencia citada no existía! Hubiera sido mucho más idóneo poner en evidencia en los *visas* una senten-

⁶³ A este propósito, véase la Ley núms. 2004-228 del 15 de marzo de 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, *JORF*, 17 mars 2004, pg. 5190.

⁶⁴ A partir de la famosísima sentencia *Libertad de asociación* del 16 de julio de 1971.

⁶⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, «L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Belge de Droit constitutionnel*, 2001-1, pgs. 31-64, spéc. pg. 208.

⁶⁶ El Convenio europeo de los derechos humanos fue llamado –en una época lejana– por el distinguido civilista francés Jean Carbonnier –de manera despreciativa– «un droit venu d'ailleurs».

cia ya confirmada y definitiva como en el asunto *Refah partisi c. Turquía*, de 13 de febrero de 1993, en la que la concepción y la defensa de la laicidad estaba nítida y perfectamente presentada.

III. LA SALVAGUARDIA DE LA SOBERANÍA NACIONAL: LA REVISIÓN NECESARIA

El Consejo constitucional, en la tercera y cuarta parte de su sentencia⁶⁷, presenta una tipología de elementos de inconstitucionalidad del tratado. Aquí, la sentencia prosigue con una ortodoxia familiar, pues aplica los criterios que expuso por primera vez en 1992 en su sentencia de 9 de abril, *Tratado de Maastricht*⁶⁸. Las nuevas atribuciones de competencias a la Unión y ciertos modos de su ejercicio afectan a la soberanía nacional, lo que pone de relieve lo que se podrían denominar ciertas inconstitucionalidades positivas (A). Lo novedoso, en esta manera clásica de examinar los tratados europeos, aparece en la cuarta parte de la sentencia, en la que el juez examina las nuevas competencias otorgadas a los parlamentos nacionales. El Tratado de Roma da la ocasión al guardián de la Constitución de presentar lo que aparece como un nuevo criterio de control de la conformidad de un tratado. En pos de las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», aparece el criterio de la competencia parlamentaria aumentada. Aquí, estamos en presencia de una inconstitucionalidad negativa: las nuevas competencias parlamentarias que el Tratado otorga a los parlamentos nacionales –en la línea de la *Declaración de Laeken*– entran en colisión con la falta de base jurídica en la Constitución francesa al respecto (B).

A) Las inconstitucionalidades positivas

Es el considerando núm. 24 el que fija el nivel de tolerancia del Consejo afirmando:

«que requieren una reforma constitucional las cláusulas del Tratado que transfieren a la Unión Europea competencias que afecten a las *condiciones esenciales* de ejercicio de la soberanía nacional en *ámbitos particulares* o *según modalidades diversas* de aquellas que hayan sido previstas por los Tratados mencionados en el artículo 88.2⁶⁹».

⁶⁷ Bajo, respectivamente, los siguientes rúbricos: «Sur les dispositions du traité relatives aux politiques et au fonctionnement de l'Union» y «Sur les nouvelles prérogatives reconnues aux parlements nationaux dans le cadre de l'Union».

⁶⁸ Cons. const., 9 de abril de 1992, núms. 92-308 DC. Vid. el número especial de *la Revue française de droit constitutionnel* bajo título «La Constitution française et le traité de Maastricht», núm. 11, 1992 con los análisis de P. G. AVRIL, R. DEBBASCH, L. FAVOREU, B. FRANÇOIS, P. G. GAIA, J. GICQUEL, C. GREWE, D. MAUS, J. RIDEAU.

⁶⁹ Es el considerando anterior (el núm. 23) el que da a conocer la última versión del artículo 88§2, tal como resulta después de varias modificaciones constitucionales: «Considerando que en virtud del artículo 88-2 de la Constitución, en su redacción que resulta de las reformas constitucionales del 25 de junio de 1992, del 25 de enero de 1999 y del 25 de marzo de 2003: De acuerdo con criterios de reciprocidad y del modo previsto por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, Francia concede las transferencias de competencias necesari-

En este contexto, el juez constitucional precisó ciertos elementos de su jurisprudencia tradicional desarrollada alrededor de los criterios material (*i. e.*, las materias en las que la soberanía nacional resulta afectada) y de procedimiento (*i. e.* las modalidades de voto).

En cuanto al primer criterio, lo difícil es evidentemente definir y/o delimitar lo que el Consejo considera como «condiciones esenciales». A lo largo de su jurisprudencia ha podido dibujar de manera empírica un conjunto de indicios que le permitan saber si éstas resultan o no afectadas. Fue la sentencia *Tratado de Maastricht* la que fijó de manera bastante clara su doctrina: cuando la atribución de competencias afecta a una materia, la cual, *por naturaleza*, concierne al ejercicio de la soberanía nacional, la contradicción es patente. Lo fue en 1992 con la política monetaria y el control de los flujos migratorios. Esta lógica aparece de nuevo en 2004 con relación al «espacio de libertad, seguridad y justicia» regulado en el Capítulo IV de la Parte III. A pesar de que, en la lógica de la codificación del acervo comunitario, no hubo en el Tratado nuevas y sustanciales cesiones de competencias, la excepción la constituye sin duda este famoso «espacio», beneficiado de la supresión de los pilares y, en consecuencia, «exitosamente comunitarizado»⁷⁰. En este contexto, no extraña el considerando núm. 28 que trata de la creación de la Fiscalía europea:

«Considerando que requiere también una reforma de la Constitución, habida cuenta del *alcance que reviste tal disposición para el ejercicio de la soberanía nacional*, el artículo III-274, *relativo a la creación de una Fiscalía europea*, órgano habilitado para perseguir a los autores de infracciones que afectan a los intereses financieros de la Unión y ejercer ante los órganos jurisdiccionales franceses la acción pública relativa a estas infracciones».

Hay que tener en cuenta el hecho de que el Consejo puede matizar, sin embargo, su control, analizando, al mismo tiempo, las modalidades precisas de la atribución. Cuando la atribución afecta a una materia importante del ejercicio de la soberanía, pero genera unas consecuencias moderadas, el Consejo centra su atención en las modalidades de implementación de estas limitaciones a la soberanía. El ejemplo típico en 1992 fue el artículo 100 C del T.CE, relativo a ciertos aspectos de la política común de los visados. Es únicamente la segunda fase de esta política la que fue declarada contraria a la Constitución, pues se preveía un voto mayoritario a partir del 1 de enero de 1996. Así que, muy a menudo, existe una mezcla sutil entre el ámbito (criterio material) y las modalidades de voto (criterio de procedi-

rias para el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria europea. De acuerdo con los mismos criterios y del modo previsto por el Tratado que instituye la Comunidad Europea, en su redacción correspondiente al tratado firmado el 2 de octubre de 1997, se pueden conceder las transferencias de competencias necesarias para la determinación de las normas relativas a la libre circulación de personas y a los aspectos que a ella se refieran. La Ley establece las reglas relativas a la orden de detención europea, en aplicación de los actos adoptados sobre la base del Tratado de la Unión Europea».

⁷⁰ F. ALDECOA LUZÁRRAGA, Introducción al *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Biblioteca nueva, Real Instituto Elcano, 2004, pg. 71.

miento). Esta mezcla aparece de nuevo con la sentencia del 19 de noviembre cuando el Consejo afirma, en el considerando 27:

«que requieren una reforma de la Constitución las disposiciones del Tratado que transfieren a la Unión Europea, y *hacen desprenderse “del procedimiento legislativo ordinario”, competencias inherentes al ejercicio de la soberanía nacional*; que esto se desprende, *en particular*, del artículo III-265, en el ámbito del control en las fronteras, del artículo III-269, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, y de los artículos III-270 y III-271, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, para aquellas competencias mencionadas en dichos artículos que no entran en las previsiones de los artículos 62 y 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ni de los artículos 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea».

Aparte de esta materia del antiguo tercer pilar, el Tratado es, ante todo, una operación de consolidación. De manera lógica, fue más bien el segundo criterio (las modalidades de voto) el que fue puesto en marcha por el Consejo. Ya al examinar el Tratado de Amsterdam, el juez del *Palacio Montpensier* analizó de manera precisa las condiciones de ejercicio de las competencias, destacando al respecto tres criterios⁷¹: 1. La introducción de la mayoría cualificada en vez de la unanimidad, pues Francia pierde su facultad de bloquear con un veto la decisión en el seno del Consejo. 2. La introducción de la co-decisión, pues el Parlamento, si representa a los ciudadanos europeos, no es la emanación de la nación francesa. 3. Y, de manera subsidiaria, el hecho para Francia de perder toda iniciativa autónoma, en favor de la Comisión y/o de un grupo de Estados. En este contexto, el examen de las «cláusulas pasarelas» es efectuado de manera pormenorizada, ya que organizan la transferencia de un procedimiento de adopción de las decisiones hacia una modalidad de voto por mayoría cualificada, con intervención del Parlamento europeo mediante «co-decisión» y sin necesidad de ratificación nacional.

Todos estos elementos han sido confirmados *expressis verbis* por la sentencia del 19 de noviembre de 2004 (cdo. núm. 29):

«Considerando que requiere una reforma de la Constitución toda disposición del Tratado que, en una materia inherente al ejercicio de la soberanía nacional pero que ya depende de las competencias de la Unión o de la Comunidad,

⁷¹ J.-E. SCHOETTL, «La ratification du “Traité établissant une Constitution pour l’Europe”...», *op. cit.*, pg. 9. Cons. const., *Tratado de Amsterdam*, 31 de diciembre de 1997, núms. 97-394 DC, cons. 24: «Considérant, en revanche, qu’au terme de cette période transitoire, en vertu du deuxième paragraphe de l’article 73O, le Conseil statue sur proposition de la seule Commission, les Etats membres perdant ainsi le pouvoir d’initiative; que, surtout, sur simple décision du Conseil prise à l’unanimité, l’ensemble des mesures intervenant dans les domaines précités, ou certaines d’entre elles, pourront être prises à la majorité qualifiée selon la procédure dite de “codécision” prévue par l’article 189B du traité instituant la Communauté européenne; qu’un tel passage de la règle de l’unanimité à celle de la majorité qualifiée et à la procédure de “codécision” ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d’approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l’objet d’un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l’article 54 ou de l’article 61, alinéa 2, de la Constitution».

modifica las normas de decisión aplicables, ya sea sustituyendo la regla de la mayoría cualificada por la de la unanimidad en el Consejo, privando así a Francia de todo poder de oposición, o bien confiriendo una función de toma de decisiones al Parlamento Europeo, el cual no es la emanación de la soberanía nacional, privando a Francia de todo poder propio de iniciativa».

El Consejo, tras esta afirmación de principio, presenta como ejemplo unos artículos que ponen de manifiesto estos tres criterios de incompatibilidad, demostrando la propensión pedagógica de su examen:

–La introducción de la mayoría cualificada en el ámbito de la cooperación judicial penal (artículos III-270 y III-271), en lo que se refiere al estructura, al funcionamiento y al ámbito de acción de Eurojust y Europol (artículos III-273 y III-276), más ciertas posiciones y acciones decididas por el Ministro de Asuntos Exteriores (artículo III-300 §2b) (cons. 30).

–La función de toma de decisión otorgada al Parlamento europeo; *en particular*, artículo III-191 acerca de las medidas necesarias par el uso del euro, y artículo III-419 §1 cooperación reforzada en las materias relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia (cons. 31).

–La sustitución del poder de iniciativa de cada Estado miembro *ut singuli* por una iniciativa conjunta (cuarto de los Estados miembros): artículos III-264, III-273, III-275 a III-277 (cons. 31).

Una vez presentado por el Consejo su *modus operandi*, las «cláusulas pasarelas» no podían escapar a la declaración de incompatibilidad. Pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada en un ámbito de soberanía –aun sobre la base de una decisión unánime del Consejo europeo– afecta a ésta en la medida en que ningún acto nacional de ratificación está previsto, lo que impide la intervención del Consejo Constitucional (cons. 33)⁷². El juez trae a colación ejemplos de estas cláusulas de un género especial demostrando una vez más lo imposible de una presentación exhaustiva de los artículos que generan una contradicción (cons. 34)⁷³. En el mismo orden de ideas,

⁷² Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «Considerando que toda disposición del Tratado, del tipo de las denominadas por sus negociadores como “cláusulas pasarelas”, requiere una reforma de la Constitución que, en el caso que dicha materia sea inherente al ejercicio de la soberanía nacional, esta modalidad permite, incluso supeditando tal cambio a una decisión unánime del Consejo Europeo o el Consejo de Ministros, sustituir el método de decisión mayoritario con la regla de la unanimidad en el Consejo de Ministros; que en efecto, tales modificaciones no requerirán, en el momento oportuno, ningún proceso de ratificación o aprobación nacional con miras a permitir un control de constitucionalidad sobre el fundamento del artículo 54 o del párrafo 2 del artículo 61 de la Constitución» (la cursiva es nuestra).

⁷³ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «Considerando que tal es el caso *en particular* de las medidas previstas por el apartado 3 del artículo III-269, relativas al derecho de familia, mismas que tienen una incidencia transfronteriza, así como de las normas mínimas relativas al procedimiento penal previstas por el inciso d) del apartado 2 del artículo III-270, al igual que la disposición prevista por la fracción tercera del primer párrafo del artículo III-271, en lo relativo a las reglas mínimas que tienen que ver con la definición y a la represión de las infracciones en ámbitos de criminalidad especialmente grave que revisten una dimensión transfronteriza; que lo mismo sucede con el apartado 7 del ar-

hay que distinguir, dentro los procedimientos de revisión simplificada, según se acompañen o no de procedimientos nacionales de ratificación: con el artículo IV-444, que no prevé tal ratificación, la incompatibilidad es patente (cons. 35)⁷⁴; no pasa lo mismo, en cambio, con el artículo IV-445, pues aquí la revisión sí que será puesta en marcha de conformidad con las «respectivas normas constitucionales» de cada país miembro, salvándose así su constitucionalidad (cons. 36)⁷⁵.

En última instancia, el análisis de la tercera parte de la sentencia del Consejo no pone en evidencia elementos novedosos. Tiene únicamente el interés de precisar los contornos del control de constitucionalidad (el juez haciéndose más pedagógico y demostrando, a través de la elección de unas cuantas disposiciones del Tratado, que no estaba en disposición de cumplir con un examen exhaustivo del mismo). Así que, la manera muy formal de afirmar en el considerando 42 «que ninguna otra de las disposiciones del Tratado sujeto al Consejo constitucional en virtud del artículo 54 de la Constitución implica una reforma de ésta», es una pura y sencilla (consciente o no, *¡that is the question!*) cláusula de estilo, sobre todo cuando la doctrina no vaciló en poner de manifiesto una serie de inconstitucionalidades «olvidadas».

Estas características del examen realizado por el Consejo Constitucional han

título I-40 y con el apartado 3 del artículo III-300, *que permiten que decisiones relativas a la Política Exterior y de seguridad común, cuyo alcance no está limitado por el Tratado, que en adelante deberán ser tomadas por el Consejo a la mayoría calificada, si así lo decide el Consejo Europeo por unanimidad, pero sin ratificación nacional*» (la cursiva es nuestra).

⁷⁴ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «Considerando, por una parte, que, por las razones anteriormente mencionadas, debe también examinarse la “cláusula pasarela” general que figura en el artículo IV-444, que instituye un procedimiento de “reforma simplificada” del Tratado; que este artículo permite al Consejo Europeo, por su primer apartado, autorizar al Consejo, excepto en materia de defensa, a pronunciarse por mayoría cualificada en un ámbito o en un caso para el cual el Tratado requiere la unanimidad y, por su segundo apartado, de autorizar la aprobación de leyes o leyes marco de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario cada vez que la parte III prevé un procedimiento legislativo especial; *que en ausencia de procedimiento nacional de ratificación con miras a permitir un control de constitucionalidad, estas disposiciones requieren una reforma de la Constitución a pesar de la facultad otorgada a todo Parlamento nacional de oponerse a su puesta en aplicación*» (la cursiva es nuestra).

⁷⁵ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «Considerando, por otra parte, que el artículo IV-445 instituye un procedimiento de reforma simplificada relativa a las políticas y acciones internas de la Unión; que la misma disposición prevé que, a propuesta de un Estado miembro, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo Europeo, decidiendo por unanimidad, “podrá adoptar una decisión europea a través de la cual modifique la totalidad o parte de las disposiciones del Título III de la parte III” relativas a las políticas y acciones internas de la Unión; que según la segunda fracción de su segundo párrafo, esta decisión europea entrará en vigor solamente hasta después su aprobación por los Estados miembros “de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”; *que esta referencia a las normas constitucionales de los Estados miembros, en el caso de Francia, trata de la autorización legislativa prevista por el artículo 53 de la Constitución*» (la cursiva es nuestra).

tenido consecuencias a la hora de llevar a cabo la *décimotava* reforma de la *Carta Magna* francesa, pues la nueva redacción del artículo 88§1 toma en cuenta el problema de un «oficial» control exhaustivo que en realidad es un control puntual. A diferencia de los precedentes de 1992 y 1997, el poder constituyente derivado, en vez de identificar las materias precisas que permiten una interpretación de la Constitución conforme a los tratados de revisión, mencionó de manera general el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, estrategia jurídica que se imponía, además, en virtud de la derogación de los tratados anteriores (artículo IV-437). Fue el precedente de la Ley constitucional de 8 de julio de 1999 –necesaria para ratificar el Estatuto de Roma creando la Corte Penal Internacional⁷⁶–, el que inspiró aquí al gobierno. Si un día el Tratado entra en vigor, la disposición francesa de «fidelidad europea» estará redactada de la siguiente manera:

«En las condiciones fijadas por el tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado el 29 de octubre de 2004, la República francesa participa en la Unión Europea integrada por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que la instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias⁷⁷».

Es significativo subrayar que tal fórmula genérica no fue utilizada por la misma Ley constitucional de 1 de marzo de 2005 para adaptar la Constitución a las nuevas competencias otorgadas a los Parlamentos nacionales. La razón radica en el hecho de que el Consejo, en este ámbito, puso en evidencia unas cuantas inconstitucionalidades negativas. Con otras palabras, no estamos en presencia de una violación cualquiera de la soberanía nacional, sino de un vacío jurídico que se necesita colmar; si hay contradicción, es porque los poderes parlamentarios, tal y como están organizados en la Constitución francesa, son bastante reducidos (traducción del «parlamentarismo racionalizado», máxima inspiración de los constituyentes de 1958).

B) Las inconstitucionalidades negativas

El análisis del Consejo al respecto comienza así (considerando 37):

«Considerando que el Tratado sometido al examen del Consejo constitucional aumenta la participación de los parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea; que les reconoce, a tal efecto, nuevas prerrogativas; que procede apreciar si estas prerrogativas pueden ejercerse en el marco de las disposiciones actuales de la Constitución».

Se sabe que, durante los trabajos de la Convención presidida por Valéry

⁷⁶ La revisión ha sido considerada necesaria tras conocerse la decisión del 22 de enero de 1999, *Corte penal internacional*, núm. 98-408 DC.

⁷⁷ Artículo 88-1.—«*Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la République française participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences*» (la cursiva es nuestra).

Giscard d'Estaing, el Grupo de Trabajo «Subsidiariedad»⁷⁸ –de manera conforme con la declaración núm. 23 del Tratado de Niza y la Declaración de Laeken– decidió consagrar una valoración de las asambleas nacionales, representativas de los pueblos de cada país, en el proceso de adopción de las decisiones europeas. El debate de fondo chocaba con la muy sensible y delicada cuestión de la delimitación de las competencias⁷⁹. Los análisis doctrinales relativos al hecho parlamentario en Europa han sido completamente opuestos: hay quienes consideraron que lo dispuesto en el Tratado constitucional era una «radical novedad»⁸⁰, mientras que otros afirmaron que estábamos en presencia de un mero «poder de impedir» (*pouvoir d'empêcher*)⁸¹. Sea lo que fuere, los avances democráticos no pueden ser escondidos con la plus-valía del control *ex ante* (control político de la «alerta rápida»), la llamada fórmula «Menéndez de Vigo»⁸² y *ex post* (control judicial) del principio de subsidiariedad (artículo I-11§3 y protocolos núms. 1 y 2). A las asambleas nacionales corresponde usar sabiamente estos nuevos poderes de manera eficaz para que el avance no sea solamente textual, sino también efectivo y concreto⁸³...

Ambas novedades son examinadas por el Consejo, constatando que la Constitución francesa no estaba armada para hacer frente a este «plus» democrático que valorizará *in fine* al Parlamento francés (cons. 39 y 40)⁸⁴. Mezcla su

⁷⁸ CONV. 286/02 de 23 de septiembre de 2002, reproducido *in totum* en el muy útil libro de R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, *La Constitución europea: Texto, Antecedentes, Explicaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pgs. 749-755.

⁷⁹ P. SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Hacia una Constitución europea: un balance de los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2004, pg. 215.

⁸⁰ A. LÓPEZ CASTILLO, «Acerca de las delimitaciones de competencias en el proyecto constitucional de la UE», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 18, mayo-agosto 2004, pg. 453.

⁸¹ P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. A propos de la décision núm. 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle», *JCP-Ed. G.*, 2 de febrero de 2005, pg. 201. La frase entera se lee así: «Les prérogatives reconnues par le traité n'ont certainement pas pour effet, quoi qu'il en ait été dit, d'institutionnaliser les parlements nationaux comme relais des citoyens européens. Elles ne leur confèrent en réalité qu'un maigre pouvoir d'empêcher, qui explique principalement par l'idée que les rédacteurs du traité ont à juste titre estimé que le rôle des parlements nationaux dans le cadre des affaires européennes [passe] principalement par un contrôle efficace de l'action exercée par le gouvernement au niveau européen».

⁸² J. M. PÉREZ DE NANCLARES, «El proyecto de Constitución europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *Revista de Derecho Comunitario europeo*, núm. 15, mayo-agosto 2003, pgs. 527-572, spec.pg. 551.

⁸³ J. M. PÉREZ DE NANCLARES, «La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad», *La Constitución de la Unión Europea*, C. GLOSA MONTERO, N. FERNÁNDEZ SOLA (dir.), Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 2005, pgs. 279-304.

⁸⁴ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «39. Considerando, en segundo lugar, que la segunda fracción del párrafo 3 del artículo I-11 prevé que los parlamentos nacionales deben velar por el respeto del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones de la Unión de acuerdo con el protocolo núm. 2; que se desprende de los artículos 6 y 7 de éste, completados por el artículo 3 del protocolo núm. 1, que un Parlamento nacio-

análisis con el avance introducido por el artículo IV-444§3, que otorga a un solo parlamento nacional⁸⁵ un poder de bloqueo en el procedimiento de la revisión simplificada (cons. 38)⁸⁶ (¡un especie de veto parlamentario en realidad!). Estos tres elementos –involucrados en el debate sobre la reducción del déficit democrático– han dado la ocasión al Consejo constitucional de generar una revisión de la Constitución, en estos puntos claramente y exhaustivamente explicitados (cons. 41)⁸⁷. Ello explica que la reforma del 1 de marzo de 2005, en lo que concierne a los mismos, retoma el método clásico, creando bases jurídicas expresas para permitir la intervención de la Asamblea nacional y del Senado en los nuevos procedimientos (nuevos artículos 88§5, y 88§6). Al final, la reforma parece muy positiva para el poder legislativo francés si se toma en consideración, más particularmente, su intervención en el control judicial de la subsidiariedad, habida cuenta de que la legitimación activa *directa* está reconocida a favor de las dos Asambleas, haciendo uso, de manera muy sutil, de la indeterminación del protocolo

nal o, en caso dado, cada una de sus cámaras, podrá en adelante, en el plazo de seis semanas a partir de la fecha a la cual se le transmite un proyecto de acta legislativo europeo, enviar a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones para las cuales se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad; que el proyecto deberá volverse a examinar cuando estos dictámenes reúnan un tercio de los votos de los parlamentos nacionales, o un cuarto de estos votos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal o en el de la cooperación policial; que a tal efecto, todo Parlamento nacional dispone de dos votos, cada una de las cámaras de un Parlamento bicameral disponiendo por consiguiente de un voto; que después de esta reconsideración, el órgano del cuál el proyecto emana podrá decidir mantenerlo, modificarlo o retirarlo. 40. Considerando, en tercer lugar, que el artículo 8 del protocolo núm. 2 establece que la Corte de Justicia, competente para pronunciarse sobre las peticiones formadas por violación del principio de subsidiariedad, podrá también examinar un recurso transmitido por un Estado miembro “de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”».

⁸⁵ El contenido del apartado es suficientemente expresivo: «Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en virtud de los apartados 1 ó 2 se transmitirá a los parlamentos nacionales. En caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en un plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión europea contemplada en los apartados 1 ó 2. A falta de oposición, el Consejo europeo podrá adoptar la citada decisión».

⁸⁶ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «38. Considerando, en primer lugar, que el artículo IV-444 instaure, como se dijo, un procedimiento de reforma simplificada del Tratado; que la misma disposición prevé la transmisión a los parlamentos nacionales de toda iniciativa tomada en este sentido y añade que: “en caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en el plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión europea...”».

⁸⁷ Cons. Const., 19 de noviembre de 2004: «41. Considerando que el derecho reconocido al Parlamento francés de oponerse a una modificación del Tratado según el método simplificado previsto por el artículo IV-444 *hace necesaria una reforma de la Constitución con el fin de permitir el ejercicio de esta prerrogativa; que lo mismo sucede de la facultad que se le confiere, en su defecto, según procedimientos inherentes a cada una de sus dos cámaras, de emitir un dictamen motivado o de integrar un recurso ante el Tribunal de Justicia en el marco del control del principio de subsidiariedad*» (la cursiva es nuestra).

núm. 2 al respecto⁸⁸. He aquí el apartado 2 del nuevo artículo 88§5, cuya vigencia depende de la ratificación del tratado:

«Cada asamblea puede interponer un recurso ante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra un acto legislativo europeo por violación del principio de subsidiariedad. Este recurso será transmitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Gobierno⁸⁹».

Si se añade a esta legitimación activa –que eleva al Parlamento francés al nivel del *Bundestag*, que tiene esta competencia desde 1993⁹⁰– la facultad de emitir dictámenes motivados (*avis motivés*) sobre el respeto del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo europeo (artículo 88§5 al.1), así como la posibilidad de oponerse a una revisión simplificada (artículo 88§6), uno puede preguntarse si el régimen parlamentario francés no estará resultando transfigurado por tales novedades...

El Consejo constitucional ha entrado, de manera manifiesta, en una nueva época de relaciones con el Derecho de la Unión Europea. No se puede apreciar la sentencia del 19 de noviembre de 2004 sin leerla de manera combinada con la sentencias del verano de 2004. En este contexto, la ambivalencia es patente; pero también, añadimos, lógica desde una perspectiva constitucional. Por un lado, es clara la apertura al Derecho comunitario (así lo demuestran la obligación constitucional de transposición de las directivas que se deduce de una nueva lectura del artículo 88§1 y la especificidad del sistema comunitario). Por otro, al pronunciarse por primera vez sobre la primacía –terreno ocupado hasta ahora por los jueces ordinarios–, el Consejo Constitucional aprovechó la ocasión para hacer oír su voz y exponer una reserva de competencia...cuyos contornos son, no obstante y a día de hoy, bastante vagos. Habrá que seguir la evolución de esta fórmula francesa de resistencia que se integra, como sabemos, en un acervo constitucional cada vez más importante en la materia. Por lo demás, la torpeza del juez a la hora de examinar la Carta ha sido patente. Habrá que seguir también la actitud del guardián de la Constitución a la hora de abordar la imprescindible evolución de la jurisprudencia europea. Ambos puntos, aunque no generen revisión constitucional, fueron los más debatidos, y lo seguirán siendo durante mucho tiempo, pues hay que reconocer que los otros aspectos de la sentencia son muy clásicos y, como tales, no suscitan el mismo interés.

⁸⁸ Véanse al respecto los análisis de J. M. PÉREZ DE NANCLARES, «La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad», *op. cit.*, pgs. 299 y ss.

⁸⁹ La traducción es mía. La versión francesa es la siguiente: «Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement».

⁹⁰ La legislación interna alemana, actualmente en vigor, prevé en determinados supuestos una obligación de interposición de recurso por el Gobierno federal alemán cuando así lo solicite la cámara territorial, el *Bundestag*; art. 7 de la Ley de cooperación entre la Federación y los *länder* en cuestiones de la UE.