

La Constitución Española «frente» al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional

Itziar Gómez Fernández

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. ¿SOBRE QUÉ CUESTIONES DETENERSE AL ANALIZAR LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?
2. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA AL ORDENAMIENTO COMUNITARIO? EL CAMBIO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.
3. ¿POR QUÉ SE PROCEDE A UN CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA? LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO TRATADO INTERNACIONAL Y EL PROCESO «INTERNO» PARA SU RATIFICACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA—A) *La calificación del tratado*—B) *La autorización a la firma del Tratado*—C) *Los trámites internos de formación de la voluntad estatal de ratificar el tratado*
4. ¿CUÁLES SON LAS CUESTIONES «CONFLICTIVAS» A QUE SE ENFRENTA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?—4.1. *¿Cómo hay que entender el art. 1-6 del Tratado constitucional?*—4.2. *¿Cuál es el modelo de cooperación entre los sistemas de protección de derechos fundamentales interno e internacional?*—4.3. *¿El art. 93 es la «cláusula» suficiente que justifica la integración en el «nuevo» modelo de integración europea?*
5. EL TRIBUNAL ESTIMA QUE NO HA SIDO NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, PERO ¿SERÍA CONVENIENTE?

1. ¿SOBRE QUÉ CUESTIONES DETENERSE AL ANALIZAR LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

La Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 de 13 de diciembre, relativa a la compatibilidad entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante TCUE) y la Constitución Española, introduce en el ordenamiento jurídico español un conjunto de elementos dignos de atención en sí mismos, y en la medida en que suponen un paso más en la consolidación de ciertas variaciones de la jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional. Por esta razón la primera cuestión destacable cuando se afronta el estudio de la Declaración es la que se refiere al contexto jurisprudencial en que la misma se elabora y que permite comprender mejor cuáles son las aportaciones de este pronunciamiento jurisdiccional. Tras ello es interesante recordar por qué razón la Constitución europea se convierte en objeto de control preventivo de Constitucionalidad, y cuáles son las circunstancias políticas y de procedimiento que llevan al Gobierno a incoar ante el Tribunal Constitucional este recurso previo. En tercer lugar se aborda el contenido sustantivo de las dudas de constitucionalidad que resuelve el Tribunal en su pronunciamiento y que se refieren a la primacía de la Constitución Europea frente a la supremacía de la Constitución Española, al problema de la coordinación de tres sistemas de protección de derechos fundamentales que se aplicarán simultáneamente en el tiempo y en el espacio una vez haya entrado en vigor el Tratado constitucional, y a la suficiencia del art. 93 CE, nuestra *european clause*, como precepto constitucional en que apoyar los progresivos avances en la integración europea. En último término, vista la declaración de constitucionalidad del Tratado realizada por el Tribunal es preciso preguntarse si el hecho de que no sea necesaria la reforma constitucional para abrir nuestra Constitución al proceso de integración europeo significa que no sea conveniente realizar dicha reforma.

2. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA AL ORDENAMIENTO COMUNITARIO? EL CAMBIO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

La Declaración 1/2004 es importante porque tiende hacia la consolidación de un cierto cambio en la jurisprudencia constitucional relativa al Derecho Comunitario. Hasta el año 2004 el Tribunal Constitucional se había mostrado reticente a abordar la exégesis del Derecho Comunitario, o al menos a reconocerse a sí mismo y ante los operadores jurídicos la posibilidad de

realizar dicha exégesis, limitando su jurisprudencia iuscomunitaria a ofrecer unas pocas ideas básicas y reiteradas.

El Tribunal ha dicho que el Derecho Comunitario europeo y el Derecho español son autónomos, constituyen sistemas de fuentes independientes y las antinomias que surjan entre ellos se resuelven, en sede comunitaria, aplicando los principios de efecto directo, primacía, aplicabilidad inmediata, y autonomía institucional fijados por el Tribunal de Justicia (SSTC 28 y 64/1991, 130/1995 y 45/2001). También ha negado rango constitucional al Derecho Comunitario, de lo que se deriva que los conflictos jurídicos relacionados con su aplicación o inaplicación, o con la colisión del mismo con la normativa interna no tienen relevancia constitucional, y habrán de ser resueltos por los jueces comunitarios en el ámbito de la selección del derecho aplicable al caso concreto (SSTC 49/1988, 28 y 64/1991, 180/1993, 265/1995 y 147/1996). Por otro lado el Tribunal estableció que la negativa de un juez ordinario a plantear una cuestión prejudicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ni supone necesariamente una preterición del sistema de fuentes existente si el juez no alberga duda alguna sobre la interpretación del Derecho Comunitario o si la respuesta del Tribunal de Justicia no es determinante para la solución del conflicto (SSTC 111 y 180/1993, 265/1994, 201/1996). Por último, aunque en realidad ésta es una de las cuestiones más reiteradas en la jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal, se afirma que el Derecho Comunitario no modifica, si bien puede modular, el régimen de reparto de competencias realizado en la Constitución territorial entre Estado y Comunidades Autónomas (por todas SSTC 165/1994 y 95/2001)¹.

Así, y gracias a esta elaboración jurisprudencial el Tribunal se ha inhibido sistemáticamente de la posibilidad de interpretar el Derecho Comunitario, o de resolver sus conflictos con el derecho interno, fuese aquel del rango que fuese (originario o derivado) o lo fuese este (constitucional o infraconstitucional). La única ocasión en que se permitió entrar en un conflicto entre Constitución y Derecho originario fue en relación con el Tratado de la Unión Europea de 1992, cuya compatibilidad constitucional se analizó con carácter previo y se resolvió en la Declaración 1/1992², en la que se estableció, entre otras cosas, el alcance del art. 93 CE, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Ahora bien un cierto cambio jurisprudencial comienza a apreciarse de

¹ Para profundizar en esta cuestión puede consultarse, entre otros trabajos, la monografía de AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Civitas, Madrid, 2002.

² De entre los muchos artículos que comentan la Declaración 1/1992 pueden citarse los de MANGAS MARTÍN, A.: «La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente». *REDI*. Vol. XLIV. núm. 2, julio-diciembre 1992 pgs. 381 y ss.; y RUBIO LLORENTE, F.: «La Constitución Española y el Tratado de Maastricht». *REDC*. núm. 36, año 12, septiembre-diciembre 1992, pgs. 253 y ss.

forma más o menos clara a raíz de lo establecido en la sentencia 58/2004, de 19 de abril de 2004, donde se reconoce que, en ocasiones, las decisiones en torno a la aplicación del Derecho Comunitario sí tienen implicaciones constitucionales. Dicho de otro modo, recupera la potestad, a la que antes había renunciado en ejercicio de un, quizá excesivo, *self restraint*, de revisar en amparo las decisiones judiciales en torno a la posible contradicción entre el Derecho Comunitario y el derecho interno, cuando tales decisiones judiciales impliquen la lesión de algún derecho fundamental³. La Declaración 1/2004 ahonda en esta incipiente intención del Tribunal Constitucional de implicarse en la cuestión de la aplicación del Derecho Comunitario, e incluso en la solución de conflictos que puedan surgir entre Derecho Comunitario y derecho interno, todo ello con los matices a que se hará referencia. Pero no sólo eso, sino que rompe en buena medida con lo establecido en la Declaración 1/1992, abriendo sin complejos el ordenamiento interno al ordenamiento comunitario y ofreciendo una nueva interpretación del art. 93 CE y de la relación de cooperación existente entre la Constitución Española y la futura Constitución europea.

3. ¿POR QUÉ SE PROCEDE A UN CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA?: LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO TRATADO INTERNACIONAL Y EL PROCESO «INTERNO» PARA SU RATIFICACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA

El control previo al que es sometida la Constitución europea sólo se entiende si se parte de una premisa: considerar a la misma como un Tratado internacional en sentido estricto, al menos a los efectos de su incorporación al ordenamiento interno, y sin que ello impida estimar diferencias cualitativas entre este tratado y de otros por la materia de la que trata y, sobre todo, por la voluntad de una progresiva integración hacia el federalismo que ha sido deducida por muchos no tanto de su texto, como de su denominación.

No se puede olvidar que la discusión académica en torno a la naturaleza del Tratado constitucional ha llenado páginas enteras de reputadas opiniones a favor tanto de la consideración de la Constitución europea como un tratado internacional clásico, como de su calificación como texto constitucio-

³ Han comentado esta sentencia BAÑO LEÓN, J. M.: «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planeamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, V. 8, núm. 18, mayo-agosto 2004, pgs. 465-482; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I.: «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 el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11 (julio-septiembre 2004), pgs. 441-474; ALONSO GARCÍA, R.: «Spanish Constitutional Court. Judgment 58/2004, of 19 April 2004», en *Common Market Law Review* 42, 2005, pgs. 535 y ss.

nal en sentido amplio⁴. Seguramente puede decirse que estamos ante un texto que es un tratado que aspira a ser algún día una constitución, y que contempla en su denominación su «ser» y su «querer ser». En cualquier caso ni la vocación ni el contenido del Tratado –que efectivamente lo distinguen de otros pactos internacionales y de los propios tratados constitutivos anteriores–, son datos determinantes en la configuración del mismo como fuente internacional, ni en su sometimiento a los caracteres orgánico procedimentales que el Derecho Internacional y el propio Derecho Constitucional interno imponen a los tratados para determinar su validez y aplicabilidad internas e internacionales. Así pues, la hipótesis de partida de las siguientes reflexiones es que la Constitución europea adopta la forma típica de fuente internacional convencional, siendo esta forma la que determinará, tanto en el ámbito interno como el ámbito internacional el procedimiento dirigido a su ratificación⁵. De hecho el propio tratado, en su art. IV. 447 TCEu establece que la entrada en vigor del tratado quedará condicionada a su ratificación «por las Altas Partes Contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales», siendo éstas en el caso español, y en la medida en que no existen disposiciones constitucionales específicas respecto al Derecho Comunitario, las que se prevén en los artículos 93 a 96 CE de cara a la ratificación e incorporación de cualquier fuente convencional internacional al ordenamiento interno⁶. En el marco del procedimiento descrito en estas normas constitucionales es donde se ubica el requerimiento planteado ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la Nación para que se realice el control previo del ajuste constitucional del tratado, requerimiento que hallará respuesta en la Declaración 1/2004, el sentido de la cual condiciona, sustancialmente, la propia continuidad de la tramitación interna precisa para proceder a la subsiguiente ratificación del tratado. Los trámites internos a que se viene haciendo referencia son los siguientes:

A) La calificación del tratado

Con este trámite se hace referencia a la determinación, del tipo de pacto internacional que se pretende concluir, identificándolo como perteneciente a alguno de los tres grupos establecidos por los artículos 93, 94.1 y 94.2 CE

⁴ Véase, entre otros, DÍEZ PICAZO, L. M.: «¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa», en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (coord.): *Comentario a la Constitución europea*. Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pgs. 59-97. Véase también, del mismo autor, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

⁵ Respecto a la incorporación de las fuentes internacionales al seno del sistema de fuentes español y, por tanto, a los criterios de validez y aplicabilidad de las fuentes internacionales en nuestro ordenamiento véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pgs. 128 y ss.

⁶ Para analizar el procedimiento interno tendente a la ratificación de la Constitución europea en el resto de los países de la Unión Europea habría que acudir a sus propias constituciones. Véase, al respecto CLAES, M.: «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P. (Dir): *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pgs. 123 y ss.

y condicionando, a partir de tal determinación, el mecanismo interno de formación de la voluntad contractual internacional del Estado⁷. La calificación del Tratado constitucional fue elaborada, en primer término, por el Gabinete de Tratados del Ministerio de Asuntos exteriores que emitió el 30 de septiembre de 2004 su informe calificando el convenio como tratado del art. 93 CE, puesto que cede competencias derivadas de la Constitución Española a una organización internacional, y afirmando, a su vez, que no se apreciaba contradicción alguna entre el mismo y la Constitución. Tras la elaboración de este primer informe el Consejo de Estado se pronunciará, previa petición elevada el 1 de octubre de 2004, en un Dictamen preceptivo sobre la calificación y el procedimiento interno necesario para conseguir la ratificación futura del Tratado (art. 22 LOCE). El contenido sustantivo del dictamen de 21 de octubre de 2004⁸, emitido apenas 8 días antes de la firma en Roma del Tratado constitucional, pone de manifiesto las cuestiones que el Consejo de Estado considera de interés a la hora de analizar la relación entre la Constitución Española y el Tratado, y que coinciden con las tres dudas que el Gobierno elevará en su auto de requerimiento al Tribunal Constitucional y a las que se hará referencia más adelante⁹.

B) La autorización a la firma del Tratado

Junto con el dictamen del alto órgano consultivo la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores remitió el expediente sobre el TCUE al Consejo de Ministros, que el 22 de octubre de 2004 autorizó al Presidente del Gobierno la firma del tratado el 29 de octubre en Roma. Esta firma supone la autenticación del tratado, es decir la fijación definitiva del texto.

C) Los trámites internos de formación de la voluntad estatal de ratificar el tratado

Efectuada la firma del Tratado, la calificación del mismo realizada por el Gobierno teniendo en cuenta el dictamen del Consejo de Estado, avoca a seguir el procedimiento dispuesto en el art. 93 CE para lograr del poder legislativo la autorización a la ratificación. Pero a esta solicitud se van a unir dos trámites que vendrán a completar y rendir más complejo el camino dirigido a ratificar finalmente el Tratado. El primero el requerimiento que el Gobierno, sobre la base de las dudas de constitucionalidad del convenio planteadas por el Consejo de Estado, elevará al Tribunal Constitucional, en

⁷ En torno a los problemas que plantea el actual sistema de calificación véase REMIRO BROTONS, A.: «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: El problema de la calificación». *REDI*. Vol. XXXII, núms. 1-3, 1980, pgs. 123 y ss.

⁸ En relación con este dictamen del Consejo de Estado véase PULIDO QUECEDO, M.: «La Constitución europea y su referéndum: a propósito del dictamen del Consejo de Estado» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, núm. 645, pgs. 1, 7 y ss.

⁹ Véase PULIDO QUECEDO, M.: «Constitución europea y la consulta previa al Tribunal Constitucional (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 14, 2004, pgs. 9-33.

virtud de lo dispuesto en el art. 95.2 CE, para que éste declare o no la compatibilidad entre ambos textos. El segundo la decisión, también del Ejecutivo, de convocar un referéndum consultivo en relación con la voluntad de adhesión al Tratado existente entre la ciudadanía.

Pero la cuestión más problemática radicaba en marcar el orden en que el Gobierno solicitaría el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la autorización a las Cámaras y la celebración del referéndum. Ni la Constitución ni el resto de disposiciones normativas internas sobre la materia¹⁰, establecen los tiempos del procedimiento que ha de seguirse para proceder a la ratificación de un tratado en el caso de que, junto a la preceptiva petición de autorización en el caso de los tratados del art. 93 ó 94.1 CE, se desee plantear la consulta previa al Tribunal Constitucional y/o convocar referéndum, trámites que no concurrirán siempre. Seguramente el orden más lógico de los acontecimientos consiste en proceder a la consulta y obtener respuesta del Tribunal Constitucional en relación con la compatibilidad de los textos, realizar la convocatoria de referéndum consultivo¹¹, y por último solicitar la autorización que, una vez concedida, permitirá la ratificación del convenio internacional. De hecho este «calendario» es el que efectivamente se ha seguido y si ello ha sido posible se ha debido a que han concurrido las siguientes circunstancias:

–Ha sido el Gobierno quien ha planteado la consulta al Tribunal Constitucional, siendo esta cuestión determinante para el desarrollo del proceso de control previo. Según el art. 78 LOTC los legitimados podrán plantear el control desde que el texto del Tratado esté definitivamente fijado por sus redactores hasta que dicho tratado sea adoptado definitivamente por el Estado. Si la duda es planteada por el Gobierno éste puede elevarla en cualquier momento desde la firma, porque en la medida en que fue él quien negoció y autenticó el tratado es quien lo conoce antes y con más detalle. Pero si la duda surge en ámbito parlamentario y procede de las Cámaras, lo lógico, aunque ni la Constitución ni la LOTC establezcan formalmente estos límites, es que la misma sea planteada ante el Tribunal durante la tramitación del tratado en el Congreso o en el Senado (arts. 157.1 RC y 147 RS), es decir en el momento en el cual las Cámaras van a conocer «oficialmente» la existencia y el propio texto del tratado. En cualquier caso si hubieran sido las Cámaras quienes hubiesen planteado el requerimiento esto se habría

¹⁰ Artículos 154 a 160 del Reglamento del Congreso y 144 a 147 del Reglamento del Senado, Decreto del Ministerio de Asuntos Exteriores 801/1972 sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales y Orden Comunicada del Ministerio de Asuntos Exteriores de 17 de febrero de 1992 por la que se establecen normas para la tramitación de los tratados internacionales por parte de los órganos de este Departamento.

¹¹ En aplicación de los arts. 92 CE y 6 de la Ley Orgánica 2/1980, se convoca referéndum consultivo mediante el Real Decreto 5/2005, de 14 de enero, a propuesta del Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros celebrada el día 14 de enero de 2005 y obtenida la autorización por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

producido después del referendun, poniendo aún más en tela de juicio la trascendencia del mismo¹².

–*El Tribunal Constitucional ha resuelto la duda en poco más de un mes de plazo, desde que el Gobierno presenta el requerimiento el 5 de noviembre, hasta que se resuelve el mismo el 13 de diciembre. Esta diligencia muestra la responsabilidad del Tribunal, conocedor de la necesidad de pronunciarse en un tiempo breve para evitar una situación política compleja, y fue posible también por el hecho de que las partes llamadas a presentar alegaciones en el procedimiento de control previo, Congreso y Senado, decidieran no hacerlo*¹³.

– *La Decisión del Tribunal se manifestaba en el sentido de hacer innecesaria la reforma constitucional previa a la ratificación del tratado. El pronunciamiento del Tribunal declarando la constitucionalidad del Tratado permitió dar paso a la convocatoria de referendun consultivo, previa a la solicitud de autorización parlamentaria, sin necesidad de pensar en acometer una reforma constitucional o en reformular los términos de ratificación del tratado.*

– *La respuesta al referendun consultivo de 20 de febrero de 2005 fue afirmativa*¹⁴ *respecto de la ratificación del Tratado y ello dio vía libre al Gobierno, cuyo compromiso era no ratificar el Tratado si el resultado del referendun hubiese sido negativo, para presentar ante la Mesa del Congreso de los Diputados, un proyecto de Ley orgánica por la que se autorizase la ratificación. Esta presentación se hace efectiva el 8 de abril de 2005 y se produce la aprobación de la Ley orgánica 1/2005 por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado, el 20 de mayo (BOE núm. 121 de 21 de mayo).*

Llegado a este punto puede responderse a la pregunta que se planteaba como título de este epígrafe. El Tratado es sometido a control previo porque del procedimiento de calificación se deduce que, además de ser un tratado por el que se atribuyen a una organización «supranacional» competencias derivadas de la Constitución, podría incurrir en contradicción con el texto

¹² Recuérdese la viva polémica que provocó el hecho de que el Gobierno anunciase la celebración del referendun consultivo antes de la firma del tratado, e incluso antes de que el Consejo de Estado emitiera el dictamen sobre su calificación. El deseo del Gobierno era, sin duda, la de «ser los primeros en Europa» (incluso este fue el lema propuesto inicialmente por el Gobierno para impulsar la campaña por el «sí» en el referendun hasta que la Junta Electoral Central, en un Acuerdo de 19 de enero de 2005 estableció la necesidad de sustituirlo dado que podía «*influir en la posición o actitud de los ciudadanos*»), pero un desarrollo de los acontecimientos distinto al que se produjo, por ejemplo, una decisión en otro sentido del Tribunal Constitucional o incluso una conclusión idéntica adoptada tras el 20 de febrero hubiera colocado al Gobierno en una delicada posición política.

¹³ Tal decisión es adoptada por Acuerdo de la Mesa del Senado de 16 de noviembre de 2004 y por Acuerdo de la Mesa del Congreso de 15 de noviembre de 2004.

¹⁴ Los resultados del referendun español sobre la ratificación fueron de un 76,73% a favor, un 17,24% en contra y un 6,03 de votos en blanco, siendo la participación del 42,32%, (Fuente: ministerio del interior <http://www.elecciones.mir.es/referendum205/home.htm>).

constitucional, razón por la cual sería aplicable lo previsto en el art. 95 CE, en el supuesto, que se verifica aquí, de que se desee ratificar el tratado en los términos de los que se sospecha pueden ser contradictorios con la Constitución nacional¹⁵. También puede responderse al interrogante de por qué se somete a Control previo el TCUE aclarando por qué se elige este tipo de control y no un procedimiento de control sucesivo de constitucionalidad, y en este caso la razón atendería a que el control previo es un control jurisdiccional de tipo técnico, que procesalmente no se configura como un procedimiento contencioso¹⁶, sino que se inserta en el procedimiento de creación de la norma como una fase más que determinará la vía por la que habrá de continuar el mismo, en virtud de las opciones políticas del legislador. Dicho de otro modo, la finalidad de este tipo de control es condicionar la incorporación del tratado internacional al ordenamiento interno, de manera que la misma se realice de la forma más respetuosa posible con el texto constitucional. El propio Tribunal Constitucional, en los primeros fundamentos jurídicos de la Declaración 1/2004 se encarga de reiterar, en la línea de lo dispuesto en la Declaración 1/1992, la naturaleza jurisdiccional del control previo. Pero no se contenta con esto. Además, de lo establecido por el Tribunal en un *obiter dictum*, parece deducirse una preferencia del control previo sobre los procedimientos de control sucesivo cuando el objeto sean las fuentes internacionales¹⁷. Lo que viene a decir el Tribunal es que el control previo pretende preservar la seguridad y la estabilidad de los compromisos internacionales que España pudiera contraer, asegurar la supremacía constitucional sin que ello suponga un perjuicio para los compromisos internacionales, y evitar que «*la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el Ordenamiento las normas pactadas; esto es, cuando de la lógica de la supremacía de la Constitución puedan derivar consecuencias incompatibles con la lógica del respeto a lo internacionalmente acordado*» (F. 1º DC 1/2004). Efectivamente el Tribunal tiene en parte razón al asociar consecuencias mutuamente perturbadoras, en el orden interno y en el orden internacional, a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado una vez éste ha entrado en vigor. Pero el problema de que el control sucesivo de tratados provoque consecuencias internacionalmente perturbadoras radica en el diseño de un modelo de control que se asimila

¹⁵ En realidad la Constitución no contempla en el precepto citado un procedimiento de control de constitucionalidad de las fuentes convencionales con carácter previo. Lo que dice el art. 95 de la carta magna española es que podrán celebrarse tratados que contengan, en principio, alguna estipulación contraria a la Constitución, siempre y cuando se proceda a una previa revisión constitucional que elimine la contradicción inicial, siendo el Tribunal Constitucional el competente para declarar si tal contradicción existe o no. A partir de ahí, el legislador se encargó de concretar tal previsión en el art. 78 LOTC, tomando como modelo el sistema francés de control previo de constitucionalidad.

¹⁶ PÉREZ TREMP, P.: «Artículo 78». En AAVV: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Coed. del Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2001, pg. 1248.

¹⁷ Sobre la relación y compatibilidad entre el control previo y el control sucesivo de tratados véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pg. 454.

plenamente al control sucesivo del resto de normas con rango de ley. Es decir, el problema no es el control sucesivo en sí, sino la forma en que dicho control se lleva a cabo, y sobre todo el diseño de los efectos de las sentencias que resuelven esos procedimientos de control sucesivo y que asocian, sin matices la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de la norma inconstitucional, efecto, este último del que se derivaría responsabilidad internacional y, por tanto, las consecuencias perturbadoras a las que se hacía referencia.

4. ¿CUÁLES SON LAS CUESTIONES «CONFLICTIVAS» A QUE SE ENFRENTA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En cuanto al contenido sustantivo de la Declaración 1/2004, el Tribunal aborda tres cuestiones básicas que dan respuesta a cada una de las tres preguntas que plantea el Gobierno en su requerimiento. La primera gira en torno a la existencia de conflicto entre la supremacía de la Constitución Española y la primacía del Derecho Comunitario recogida en el art. I-6 TCUE. La segunda se refiere a la contradicción entre los arts. II-111 y II-112 y el art. 10.2 CE. Y la tercera cuestión, más general, y en la que no se toma en consideración una contradicción directa entre dos textos, se refiere al alcance de nuestra «european clause», el art. 93 CE. A esta última cuestión se asocia una cuarta que tendría que ver con el procedimiento de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución Española al repetido Tratado internacional, en el caso de que se percibiese la contradicción entre los preceptos citados de la Constitución y del texto convencional, o se considerase que el art. 93 CE no ofrece el anclaje constitucional suficiente como para permitir una cesión de competencias del calibre que se le supone a la resultante de la ratificación del tratado.

4.1. ¿Cómo hay que entender el art. I-6 del Tratado constitucional?

Ésta es la cuestión que ha ocupado más a la doctrina europea en general y a la española en particular desde que se aprobase el texto definitivo del Tratado constitucional, e incluso antes, desde el momento en que el actual art. I.6 TCUE concedió, colocándolo negro sobre blanco, primacía a la Constitución europea y al Derecho Comunitario sobre los derechos nacionales, y puso sobre la mesa de trabajo de la doctrina española un problema que, en otros países, esencialmente Italia, Francia y Alemania, ya se había tratado: el de la compatibilidad entre la primacía del Derecho Comunitario y la supremacía constitucional. El Tratado proclama su primacía estableciendo que «*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*». A su vez según el dictamen del Consejo de Estado y la doctrina mayoritaria, la supremacía de la Constitución Española se deduce principalmente del art. 9.1 CE¹⁸.

¹⁸ Y a ese precepto suman el art. 95 CE respecto del Derecho internacional FERRERES COMELLA, V. y SAIZ ARNAIZ, A.: «¿Realmente hay que reformar la Constitución Española

La posibilidad de contradicción está servida y la necesidad de una interpretación por parte del Tribunal Constitucional también, o al menos así lo estima una buena parte de la doctrina¹⁹, el Consejo de Estado y el propio Gobierno de la nación que plantea la duda ante el Alto tribunal. Este ha de resolver algunas cuestiones previas, o al menos debería hacerlo para construir un buen discurso lógico, antes de poder afirmar la existencia o ausencia de contradicción entre ambos principios. Así ese discurso habría de resolver: 1º) cuál es el contenido exacto de ambos principios, aclarando además si la positivación del principio de primacía *ex art. I.6 TCUE* aporta algún elemento material nuevo al mismo o sencillamente supone un traslado de este principio desde la jurisprudencia iuscomunitaria al Derecho Comunitario originario, y 2º) si ambos principios responden al mismo concepto jurídico.

Resuelto esto, y con el contenido otorgado a cada principio será necesario procurar una interpretación conforme del texto convencional y la Constitución, suponiendo que, efectivamente sean dos principios incompatibles por referirse exactamente al mismo contenido. Si la interpretación conforme no es posible será preciso declarar la incompatibilidad entre ambos principios, y por tanto la necesidad de reforma constitucional en el supuesto de que se desee ratificar el Tratado constitucional en los términos declarados incompatibles con el texto constitucional. Por último si la reforma es necesaria habrá que determinar qué tipo de procedimiento destinado a acometerla es preciso, en la medida en que si bien la proclamación de la supremacía constitucional se deduce del art. 9.1 CE, identificado por el Gobierno como precepto potencialmente contradictorio, no obstante no está expresamente contenida en precepto constitucional alguno, sino que puede derivarse del precepto citado y de la interpretación sistemática de éste con los arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria de la Constitución Española.

El Tribunal aclara, efectivamente, la cuestión previa relativa al contenido de los principios controvertidos. Respecto al principio de primacía del Derecho Comunitario²⁰ el Tribunal reconoce que el Tratado no hace más que recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia²¹. Y es que, en realidad para realizar

para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, núm. 645, pgs. 1-6.

¹⁹ Díez MORENO, F.: «La Constitución europea. Sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español y para el ciudadano europeo», en *La Ley*, año XXVI, núm. 6190, 15 de febrero de 2005, pgs. 1-6.

²⁰ Ricardo ALONSO GARCÍA recoge el concepto comunitario de primacía en «Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, núm. 73, II parte del original.

²¹ Exactamente en el mismo sentido se pronunció el *Conseil Constitutionnel* en su decisión de 19 de noviembre de 2004, relativa al ajuste constitucional del Tratado constitucional Europeo, afirmando que el art. I-6 «ne modifie ni la nature ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union». No obstante, junto a ello el Conseil estima que algunas

esta afirmación no hay sino que acudir a la Declaración A.1 que acompaña a la Constitución europea donde se dice que «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».

Al hilo de la constatación de que el art. I-6 TCUE no es sino la positivación de uno de los principios clásicos del *acquis communautaire* el Tribunal asegura, contra la posición del Consejo de Estado, que el traslado del principio desde la jurisprudencia al texto del Tratado no aporta nada al concepto (F. 3º DTC 1/2004). De esta manera se entendería, como lo hace buena parte de la doctrina²² que el desplazamiento del principio no supone un cambio sustancial en el mismo que impida una interpretación armónica del principio de primacía recogido en el Tratado y del de supremacía constitucional. La idea esencial que subyace aquí es que si hasta la positivación del principio de primacía comunitaria éste se consideraba implícitamente compatible con el de supremacía constitucional, dada la ausencia de una interpretación en contrario por parte del Tribunal Constitucional que había asumido todos los principios del *acquis communautaire*, y la positivación no aporta nada al contenido del principio debería seguir siendo posible la misma interpretación conforme. Es más, el art. I.6 TCUE ni siquiera termina de aclarar la eterna duda relativa a si la primacía que se proclama respecto del Derecho Comunitario opera también sobre las Constituciones nacionales, aunque si se aceptase sin ambages la jurisprudencia del Tribunal de Justicia así debería interpretarse.

Sea como sea, quizá sea preciso convenir que la definición de esa primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Constitucional interno dependerá, en el caso español, del alcance que le dé por vía interpretativa el Tribunal Constitucional. Y esta máxima podría repetirse en cada uno de los

disposiciones contenidas en el Tratado son contradictorias con las condiciones básicas de ejercicio de la soberanía nacional. Estas disposiciones son, esencialmente, las que se refieren a la cesión de competencias a la Unión. Además se considera que es digno de reconocimiento constitucional el otorgamiento de nuevas prerrogativas a los Parlamentos nacionales en relación con las demandas de adhesión de nuevos Estados (art. I-58.2 TCUE), los proyectos de revisión (art. IV-443 TCUE), y la toma de decisiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III-260, III-261, III-273, III-276 TCUE).

²² El discurso doctrinal que se refiere a esta cuestión defiende a) que la proclamación del art. I.6 TCUE no supone ninguna innovación porque se limita a poner por escrito el principio jurisprudencial comunitario de sobra conocido, incorporado al *acquis communautaire*, y aceptado, si bien con algunos matices, en los distintos ordenamientos de los países miembros y, hasta la fecha sin matices, en España; b) que la «positivación» aporta visibilidad, pero no rigidez ni irreversibilidad al principio; c) que es posible la interpretación armónica del principio de primacía del derecho comunitario y del principio de supremacía constitucional. Véanse Díez MORENO, F.: «La Constitución europea. Sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español y para el ciudadano europeo», op. cit.; FERRERES COMELLA, V. y SAIZ ARNAIZ, A.: «¿Realmente hay que reformar la Constitución Española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», op. cit., pgs. 1-6; MARTÍNEZ LAGE, S.: «Por la primacía, desde luego no» en el diario *El país*, de 4 de noviembre de 2004 y «Una Constitución para Europa, al fin», en *GJ*, nº 234, noviembre/diciembre 2004, pgs. 3-8, pg. 6.

Estados Miembros, de modo que, finalmente, el alcance de la primacía respecto de las Constituciones nacionales no vendrá dado por la dicción literal del art. I.6 TCUE, sino por el que quieran darle cada uno de los Estados en boca del máximo intérprete de sus respectivas constituciones²³.

Ahora bien, fijado el contenido de los dos principios, primacía comunitaria y supremacía constitucional, el Tribunal no establece si se trata de conceptos idénticos, sino que traslada el razonamiento a la búsqueda de la interpretación conforme de los mismos, de lo que parece deducirse que ambos son términos idénticos, y por tanto que es necesario una interpretación coordinada de ellos. La consideración de ambos principios como normas aplicables a ámbitos diferentes, o establecidas para regular relaciones internormativas de distinta naturaleza, no haría necesaria una interpretación conforme de ambas sino que, sencillamente, procuraría la ubicación de cada uno en su ámbito determinado. Así pues en la medida en que el Tribunal se salta, al menos en el orden del discurso, la respuesta a la cuestión de la identidad conceptual, parece entender que la misma existe, con lo cual es preciso resolver la duda de compatibilidad desde la interpretación conforme o desde la declaración de incompatibilidad. Y al dar respuesta a este conflicto de adecuación el Tribunal opta por una interpretación conforme, claramente marcada por una orientación *pro comunitate*²⁴. Las claves de su fundamentación jurídica, que reproducen en buena medida la doctrina sentada esencialmente por la *Corte Costituzionale Italiana* y el *Tribunal Constitucional Alemán*²⁵, se basan en la existencia de límites que condicionan la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario, unos límites que se encuentran en la propia Constitución Europea y que se deducen de la Constitución Española, que se observan mutuamente, buscando el reflejo de una en la otra, para determinar y dibujar esos límites. Para simplificar podría decirse que el alcance de la Constitución Española viene determinado por el de la Constitución europea y que, a la inversa, la Constitución europea sólo puede llegar hasta la barrera marcada por los límites intangibles expresos o implícitos en las constituciones nacionales.

El primero de esos límites se referiría a que el principio de primacía proclamado en el art. I.6 TCUE sólo operará respecto del ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea, competencias que, además, estarían definidas con más precisión en el Tratado constitucional que en el sistema

²³ FERRERES COMELLA, V. y SAIZ ARNAIZ, A.: «¿Realmente hay que reformar la Constitución Española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», op. cit., pgs. 1-6.

²⁴ ALONSO GARCÍA, R.: «Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», op. cit., apartado V del original. Sobre la misma cuestión, de la necesidad de una interpretación *pro comunitate* de la Constitución Española, véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. op. cit., pgs. 440 y ss.

²⁵ Al respecto véase ALBI, A. y VAN ELSUWEGE, P.: «The EU Constitution, national constitutions and sovereignty: an assessment of a «European constitutional order», en *European Law Review*, núm. 29, 2004, pgs. 741-767.

anterior de derecho originario (F. 3º DTC 1/2004). El segundo, contenido de forma implícita en nuestra Constitución y de modo expreso en el Tratado constitucional, alude a que el ejercicio de esas competencias cedidas ha de respetar la existencia del Estado y sus estructuras básicas así como los valores, principios y derechos fundamentales propios, recogidos en la Constitución nacional. De este modo, si de la aplicación del principio de primacía se derivase la producción de normas comunitarias contrarias a esos valores, principios o derechos, esa aplicación sería contraria no sólo a la Constitución nacional, sino al propio Tratado constitucional, que consagra en sus arts. I-5.1, I-2 y II-113 TCUE la garantía de la existencia de los Estados y de sus estructuras básicas, valores, principios y derechos, así como el respeto a la identidad nacional de los Estados (F. 3º DTC 1/2004)²⁶. Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional reconoce que la primacía del Derecho Comunitario en general, y del derecho originario en particular no es absoluta, sino que observa un punto de relatividad introducido por el respeto, por parte de ese Derecho Comunitario, primero del régimen de reparto de competencias, y segundo de las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional»²⁷, de las opciones políticas fundamentales de la nación volcadas en su norma fundamental, en su Constitución nacional.

La conclusión de este razonamiento es que la soberanía sigue residiendo, por varias razones, en cada uno de los Estados. Primero porque la entrada en vigor del Tratado constitucional (art. IV-447 TCUE), así como su modificación (arts IV 443-445 TCUE) exige la unanimidad de los Estados Miembros, de manera que cada uno de ellos conserva siempre la soberanía a la hora de determinar las modificaciones y avances del sistema de integración. Segundo porque, por primera vez, se reconoce expresamente al Estado la posibilidad de retirarse voluntariamente en cualquier momento del Tratado (art. I-60 TCUE)²⁸. Y en tercer lugar, y este seguramente es el elemento jurídicamente más relevante, porque en la medida en que el procedimiento interno tendente a la ratificación del texto del Tratado constitucional o de sus modificaciones ha de respetar las disposiciones constitucionales, en el fondo se percibe que la Constitución nacional será la norma que marque la fórmula para modificar el modelo de integración²⁹. En la medida que esto es así se puede ir aún más lejos argumentando, como hace el Tribunal que, a la postre, «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la

²⁶ Este fenómeno de la mutua limitación, de la introducción de límites en el propio ordenamiento básico para cuya localización se produce un reenvío a otro ordenamiento básico es denominado por CRUZ VILLALÓN, P. como «metaconstitucionalidad» en «Constitución europea y Constituciones nacionales», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir): *Comentarios a la Constitución europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pg. 87.

²⁷ Expresión del *Conseil Constitutionnel* francés utilizada por primera vez en su *Déclaration* núm. 91-294, de 25 de julio de 1991.

²⁸ Hay autores que dicen que es precisamente el hecho de que los Estados se reserven la llave de la reforma del tratado lo que impide que esta se pueda considerar una Constitución, así PIZZORUSSO, A.: *Il patrimonio costituzionale Europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

²⁹ Reflexiona sobre todas estas ideas L. M. Díez PICAZO: «¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa», op. cit., pg. 69.

primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. 1-6 del Tratado» (F. 4º DTC 1/2004).

Las consecuencias prácticas que se derivan de esta conclusión se ubican, sobre todo, en el ámbito de los procedimientos y órganos encargados de velar por el respeto de tal sistema de límites, y de reglas de solución de conflictos interordinamentales así definido. En la medida en que existe una coincidencia entre los límites que debe respetar el derecho derivado previstos en la Constitución europea, y los planteados desde la exégesis de la Constitución Española, se entiende que si el Derecho Comunitario derivado vulnera esos límites de respeto a los valores, principios y derechos del orden nacional, no sólo puede ser tachado de contrario al Derecho Constitucional, sino también de contrario al Tratado constitucional. Esta afirmación plantea la duda de quién sería el órgano competente para examinar el ajuste constitucional y/o convencional del derecho derivado. Y del siguiente párrafo de la Declaración parece deducirse que lo será, en primer término, el juez comunitario y sólo con carácter subsidiario y ante la ineficacia de los mecanismos de Derecho Comunitario, el Tribunal Constitucional. Con lo cual, subsidiariamente, el Tribunal Constitucional se reserva la posibilidad de controlar el ajuste del Derecho Comunitario a la Constitución Española, cuando los cauces comunitarios no sean suficientes para garantizar ese ajuste eso «*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 (...)*» (F. 4º DTC 1/2004).

Una última precisión respecto a esta cuestión. Aunque el Tribunal no hace distinciones, en realidad toda esta construcción que viene de describirse sólo es aplicable al Derecho Comunitario derivado, pero no al Derecho Comunitario originario. El Tribunal no resuelve expresamente la fórmula de solución de este tipo de conflictos, pero cabe deducir que si se descubren, en cualquier momento, contradicciones literales evidentes entre Tratados Constitutivos y Constitución, no salvables mediante la interpretación conforme ni mediante la aplicación de la cláusula de apertura del art. 93 CE (a la que se hará referencia) el Tribunal también tendrá la potestad de poner de manifiesto tal contradicción mediante los mecanismos de control oportuno. El problema aquí sería el modo de articular tales mecanismos de control, especialmente cuando sean sucesivos, y sobre todo la modulación de los efectos de los procedimientos de control a posteriori de los tratados constitutivos³⁰.

Pues bien, hasta aquí se puede estar³¹ o no de acuerdo con la línea argumen-

³⁰ Al respecto véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., Conclusiones.

³¹ ALONSO GARCÍA, R. («Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», op. cit., apartado V del original), se muestra sustancialmente de acuerdo con las conclusiones del Tribunal Constitucional, a pesar de no asumir plenamente su razonamiento. En contra se manifiestan en sus votos particulares los magistrados D. Roberto García-Calvo y Montiel, D. Ramón Rodríguez Arribas y D. Javier Delgado Barrio.

tal del Tribunal o con la conclusión alcanzada, pero el razonamiento resulta bastante lógico: la primacía comunitaria y la supremacía constitucional son compatibles en tanto la primera respeta los límites impuestos por la segunda y en la medida en que ésta quede garantizada bien por los procedimientos y jueces propios del Derecho Comunitario, bien por la jurisdicción constitucional. El problema, desde esa perspectiva lógica, aparece en el párrafo cuarto del fundamento jurídico 4º, donde el Tribunal da un paso atrás en el razonamiento para retomar la cuestión de si ambos principios responden al mismo concepto jurídico y afirmar que, de todos modos, ambos principios no son gemelos idénticos, sino más bien mellizos, es decir, que no son perfectamente iguales, sino que se utilizan para resolver antinomias en planos diferentes. Se dice literalmente: «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. (...) 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 (...). 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» (F. 4º DTC 1/2004). Si el Tribunal hubiera llegado a esa conclusión antes, habría hecho innecesario todo el razonamiento anterior vinculado a los «contralímites»³² de la integración comunitaria, razonamiento que hacía presuponer la identidad en el contenido material de los dos principios. El problema es, además, que se pueden plantear muchas críticas frente a esta distinción que podría tacharse de artificial³³. En realidad ya se habían hecho intentos desde la doctrina, de establecer diferencias entre conceptos del mismo ámbito y tremendamente próximos, incluso intercambiables entre sí, como por ejemplo entre los términos de supremacía y suprallegalidad³⁴, este último identificable con el de primacía. Pero estas distinciones siempre son arriesgadas. Etimológicamente, la supremacía no es sino el grado supremo de primacía, y ésta la superioridad que ostenta una cosa sobre otra, definiciones en las que subyace siempre la presencia de una relación jerárquica entre normas. Se habla de lo mismo, aunque se utilizan nombres diferentes.

Las críticas que se puede hacer al Tribunal, más allá de la introducción del *obiter dictum* referido, no tienen que ver con la conclusión alcanzada, en

³² Respecto a la doctrina italiana de los contralímites, de donde se toma esta expresión, véase, como más reciente CELOTTO, A. y GROPPI, T.: «Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs. Contralímites», en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPES, P.: *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pgs. 287 y ss.

³³ En este sentido véase ALONSO GARCÍA, R.: «Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», op. cit. apartado III del original.

³⁴ ARAGÓN REYES, M.: «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional». *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998, pg. 94. Realiza algún apunte al respecto de esta distinción entre supremacía y suprallegalidad BLANCO VALDÉS, R. L.: *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la Ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Alianza. Madrid, 1998, pg. 134.

cuanto a la ausencia de conflicto entre la supremacía constitucional y la primacía del Derecho Comunitario, sino más bien con el orden «ilógico» del razonamiento. Por lo demás en lo que sí es preciso dar la razón al Tribunal, aunque podría haber sido aún más explícito en el desarrollo de esta idea, es en lo que podría considerarse como la clave de su razonamiento: la consideración de que si se quiere salvaguardar el carácter de la Constitución como norma suprema cuando tal carácter se define en relación con normas de origen externo es preciso buscar una nueva dimensión del alcance de esa supremacía. El concepto kelseniano de supremacía se puede seguir usando para proclamar la supremacía de la Constitución respecto de las normas elaboradas estrictamente en el ordenamiento interno, pero no para proclamar la supremacía constitucional respecto de normas externas, sencillamente porque en el texto constitucional no se contienen sino una parte de las condiciones de validez de ese tipo de normas, hallándose el resto en el propio ordenamiento internacional. Por tanto será necesario buscar el fundamento de la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento, incluidas las normas internacionales, en una cualidad propia de la norma jerárquicamente supraordenada, que le permite concretar un conjunto de reglas fundamentales definidoras de determinadas opciones políticas, que sí se supraordenan tanto a las fuentes internas como a las fuentes externas. De algún modo es lo que dice en su Declaración el Tribunal: la norma de la que se predica la condición de suprema, en este caso la Constitución Española, comprende en sí misma una serie de opciones políticas fundamentales, contenido que le confiere su carácter de supremacía, y entre esas opciones se encuentra la definición del alcance de la soberanía externa, de manera que si la Constitución prevé la posibilidad de ceder competencias propias a Organizaciones Internacionales o considera oportuno reconocer la aplicación preferente del Derecho Internacional sobre determinados capítulos regulados por ella misma, podrá hacerlo precisamente en ejercicio de esa supremacía (F. 4º DTC 1/2004). Y en la medida en que esa decisión política fundamental se ubique en la Constitución ésta no perdería, en virtud de tal cesión o de semejante traslación de la norma de aplicación preferente, su predicamento como norma suprema, sino más bien al contrario, por albergar en su texto el germen del modelo de relaciones externas. Esto es lo que viene a decir el Tribunal al afirmar que el art. 93 CE permite esta cesión de competencias e, incluso, el traslado de la primacía al Tratado constitucional en el ámbito de las competencias cedidas a la Unión y siempre y cuando su cesión y ejercicio respeten los valores, principios y derechos del orden nacional ³⁵.

³⁵ También hay algún autor, como DIEZ PICAZO, que asegura que la proclamación de la primacía del Derecho Comunitario, tal y como se hace en el art. 1.6 TCUE, implica un traslado de la soberanía nacional, o al menos la introducción de un matiz de «suspensión» en la misma. Así la vieja noción de soberanía habría quedado desterrada de la Unión, y la nueva noción supondría una soberanía nacional que queda en suspenso, de manera que en tanto un Estado miembro no decida hacer uso de su facultad constitucional de retirada voluntaria deberá aceptar que la autoridad última se halla, a todos los efectos, en la Constitución europea. Dicho de otro modo, la aceptación nacional del principio de primacía del Tratado constitucional significa una autolimitación de la supremacía

El problema que surge inmediatamente consiste en determinar si el art. 93 CE, que hasta la fecha según el Tribunal Constitucional ha dado cobertura a la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario Europeo en el sistema jurídico español (STC 28/1991) continúa siendo suficiente para extraer de él todas estas conclusiones innovadoras, y para hacer reposar en su dicción literal unas consecuencias de tal calado³⁶. Y unido a esto la cuestión que no aparece contenida ni en el art. 93 CE ni en ningún otro precepto constitucional y que resulta imprescindible clarificar, es la de la definición de cuales son esas condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía que no se pueden desvirtuar, cuales son esos derechos, principios, valores y estructura del ordenamiento español absolutamente intangibles. El Tribunal establece que ese «núcleo constitucional» que no puede modificarse en virtud de la integración comunitaria, viene constituido por 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)*» (F. 2º DTC 1/2004). Dicho de otro modo, e interpretando esta escueta referencia, los límites serían el respeto a los derechos fundamentales y a los valores que garantizan la existencia del Estado como ente soberano, a la definición de la organización territorial del Estado y de la forma política del mismo o del modelo político general, siendo en el caso de España su consideración como Estado social y democrático de derecho. Y junto a ello debería respetarse un diseño de la limitación de soberanía que responda a fines o bienes constitucionalmente amparados y que atienda a la consideración de la necesidad de garantizar la plena eficacia de la Norma Fundamental respecto de los mandatos referidos a la validez y aplicabilidad de las fuentes internacionales.

El segundo problema tiene que ver con las dificultades que surgirán en la práctica a la hora de determinar el orden de prelación de los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar el respeto a los principios de primacía comunitaria y de supremacía constitucional. Una de las dificultades aparecerá cuando un tribunal ordinario se plantee la posible contradicción simultánea de una norma de Derecho Comunitario derivado con el Tratado constitucional y con la Constitución Española, y se interrogue acerca del procedimiento más adecuado para despejar esa eventual contradicción. La otra dificultad se pondrá de manifiesto, cuando deba aplicarse una norma de Derecho interno contradictoria con la Constitución europea y con la Constitución Española, en este caso porque el juez ordinario deberá optar por plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia o cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En el primer supuesto la duda debería resolverse en primera instancia en el ámbito comunitario,

constitucional interna. DIEZ PICAZO, L. M.: «¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa», op. cit. pg. 75.

³⁶ A esta cuestión se refiere ALONSO GARCÍA, R., en *El juez español y el Derecho Comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pg. 27.

porque la Constitución Europea es, en la esfera de sus competencias, la norma de aplicación preferente y por tanto la norma suprema de su propio ordenamiento. La Constitución Española no podrá considerarse parámetro de validez del Derecho derivado, con lo cual no cabría el control de constitucionalidad de ésta en el ámbito interno³⁷. Ahora bien, en virtud de la previsión contenida en la Declaración 1/2004 de que un fallo en el mecanismo europeo de control traspasa la competencia para conocer de la contradicción al Tribunal Constitucional cuando se tratase de preservar los valores, principios y derecho esenciales del Estado, entonces habría que conceder jurisdicción subsidiaria al Tribunal Constitucional sobre este tipo de asuntos. Ahora bien, en el segundo caso, si el conflicto se da entre una disposición interna con rango de Ley y las constituciones europea y española simultáneamente, la jurisdicción prioritaria debería hacerse depender de la materia: si la norma interna afecta a una materia cuya competencia se ha cedido a la Unión, se dará preferencia a la cuestión prejudicial frente a la cuestión de inconstitucionalidad, con el límite de subsidiariedad que viene de analizarse en favor del Tribunal Constitucional. En el supuesto de que la norma interna no afecte a competencias cedidas, la duda de ajuste constitucional se traducirá, sin duda, en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional³⁸. Por supuesto esta diferenciación clara de jurisdicciones no es tan clara, tan sólo desplaza el problema hacia la cuestión de cuál sería la jurisdicción competente para determinar si la materia afectada por la normativa controvertida corresponde a la competencia estatal o a la comunitaria. Y, desde la perspectiva meramente práctica, seguramente los jueces terminen por dirigirse en primer término, para determinar esta cuestión, al Tribunal que les garantice una respuesta más rápida.

4.2. ¿Cuál es el modelo de cooperación entre los sistemas de protección de derechos fundamentales interno e internacional?

La segunda duda de constitucionalidad generada por el Tratado, se refiere a los problemas de compatibilidad que pueda provocar la incorporación de un nuevo sistema de protección de derechos, el previsto en la segunda parte del Tratado constitucional Europeo, a un modelo de protección donde ya convivían garantías jurisdiccionales internas y garantías jurisdiccionales internacionales desarrolladas en el seno del Consejo de Europa, y que conceden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la jurisdicción para conocer de la vulneración de los Derechos reconocidos en el Convenio de Roma

³⁷ ALONSO GARCÍA, R.: «Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», op. cit., apartado V del original.

³⁸ El Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas manifiesta en su voto particular sus dudas en torno a la posibilidad de separar y distribuir de forma neta la jurisdicción para afrontar este tipo de conflictos, e incluso en torno a la afirmación que hace la mayoría de que un conflicto entre ordenamientos, considerados en su conjunto, es altamente improbable, dada la comunidad de valores y principios constitucionales.

por parte de los Estados. Así pues, vendría a situarse también en el ámbito de protección internacional de los derechos, el Tribunal de Justicia de la Unión, que vigilaría el respeto de esa segunda parte del Tratado constitucional.

En realidad, las dudas respecto a la compatibilidad de los modelos se han venido repitiendo hasta la saciedad por la doctrina. Sobre todo, se ha venido repitiendo la necesidad de fijar de modo claro el reparto de jurisdicciones, para evitar los conflictos entre ellas, para evitar que una sobreprotección teórica derivada de la existencia de tres órdenes simultáneos de garantía jurisdiccional de los derechos, termine por traducirse en una ausencia de protección en el caso de que surjan problemas de «disputa por el espacio» entre las distintas jurisdicciones. Este reparto de jurisdicciones no lo realiza el Tratado constitucional de modo que es preciso plantear alguna solución al hipotético conflicto de cartas y de jurisdicciones, y esta solución es la que «parece» pedirse al Tribunal Constitucional. No obstante la pregunta del Gobierno en este punto es confusa, no está bien formulada y trata de identificar el conflicto en la incompatibilidad entre un precepto constitucional y dos preceptos convencionales, identificación sumamente compleja, que además, el Gobierno no llega a argumentar adecuadamente. Básicamente el Ejecutivo le pregunta al Tribunal si existen contradicciones entre el art. 10.2 CE, que dice que el Tribunal deberá utilizar como parámetro exegético cuando interprete los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de que España sea parte, y los arts. II.111 y II.112 TCUE que establecen, el primero de ellos, que el Tratado se aplicará exclusivamente en lo referido a las competencias cedidas y no se entenderá ampliado en virtud de la Carta de Derechos, y el segundo, entre otras cosas, que la Carta debe respetar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes.

El Gobierno parece trasladar a su requerimiento la inquietud del Consejo de Estado acerca de «*los problemas que resultarían de la coexistencia de tres regímenes de garantía de los derechos y libertades fundamentales*», pero en la medida en que, en el planteamiento del requerimiento, no identifica sino el problema de la compatibilidad entre los preceptos citados el Tribunal entiende que a ello ha de limitarse resolviendo «*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*» (F. 6º DTC 1/2004).

Es decir, el problema radicaría en el hecho de que el Tratado limita el alcance de la Carta de Derechos a las competencias de la Unión, mientras que, por la vía del art. 10.2 CE se impondría que, en la medida en que la parte II del Tratado puede ser considerado como un Tratado de Derechos Humanos, ésta sea empleada para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española, y esa consideración de la Carta

como parámetro interpretativo de los derechos constitucionalizados se mantendrá siempre, y no sólo cuando se trate de realizar la hexégesis de derechos en relación con cuestiones vinculadas con el Derecho Comunitario. Así por la vía del 10.2 CE se estarían alterando, en caso de aplicarse, las restricciones impuestas al alcance de la carta por el propio Tratado en sus arts. II-111 y 112. Para solventar la controversia el Tribunal afirma que en la medida en que la segunda parte del tratado se puede calificar como tratado de derechos humanos habrá de concedérsele «*eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución*» con el «*alcance general previsto en el art. 10.2 CE*» (F. 6º DTC 1/2004). Es decir, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa entra en la Constitución como fuente comunitaria por la vía del art. 93 CE, pero también como parámetro interpretativo, por mor de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, de modo que efectivamente este precepto amplía los márgenes de aplicación previstos en los arts. I-111 y 112 TCUE. La clave, pues, de la interpretación conforme de los preceptos constitucional y comunitarios radicaría en entender que en la medida en que el Tratado entra en el ordenamiento español no sólo como Derecho Comunitario, por la vía del art. 93 CE, sino también como parámetro interpretativo por ser un tratado de derechos humanos, por la vía del 10.2 CE, cuando la Carta actúe como Derecho Comunitario habrá de respetar los límites impuestos en los arts. 111 y 112 TCUE y cuando lo haga como parámetro interpretativo no, porque entonces se le considerará tratado de derechos humanos y será de aplicación el art. 10.2 CE. Bien es cierto que el Tribunal no separa una doble naturaleza de la parte II del Tratado, pero sólo si se entiende que tal idea subyace a la decisión del Tribunal se puede comprender que no se declara la contradicción entre el art. 10.2 CE y las limitaciones previstas en el art. 111 TCUE, pese a asegurar que el precepto constitucional español hace aplicable el Tratado en cualquier ámbito del ordenamiento, y no sólo en lo que se refiere al Derecho Comunitario, por la vía de convertirlo en parámetro interpretativo.

Resuelta la duda en torno a la efectiva aplicación del art. 10.2 CE a la II parte del Tratado constitucional, aparece la de la compatibilidad de la Constitución con la parte II del Tratado (F. 5º *in fine* DTC 1/2004). Esta cuestión exigirá determinar cómo se resolvería un eventual conflicto entre las diferentes cartas de derechos así como un desencuentro entre jurisdicciones de protección de los derechos. Ante la primera duda el Tribunal responde que no hay más conflicto entre la Constitución y la Carta que la que pudiera existir entre la Constitución y el Convenio de Roma, y que la Carta ha de ser considerada como un programa de mínimos, que en ningún caso restringirá o limitará derechos ya reconocidos en el ámbito nacional, en el propio ámbito comunitario, o en el del derecho internacional, sino que habrá de servir de base para desarrollar «*el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno*» (F. 6º DTC 1/2004). El problema es que tanto la interpretación de qué sea restringir o limitar derechos, como la detección de la existencia de contradicciones entre textos normativos depende, en gran medida, de la pondera-

ción de intereses que se realiza al hilo de un caso concreto, en que normalmente hay distintos derechos que entran en conflicto. Es decir, la definición de qué sea mejorar o empeorar el nivel de protección dependerá de los derechos en liza en el supuesto de hecho, con lo cual la afirmación respecto a que no es posible la contradicción entre el Tratado constitucional y las constituciones internas porque el art. I.-112 TCUE obliga a respetar el nivel preexistente de protección de derechos en el ámbito nacional y en el europeo, no sirve. Al menos no como declaración general para resolver todos los supuestos concretos. Dicho de otro modo, seguramente el problema no será qué «carta» proteja mejor, porque las tres se entienden integradas sobre la base de unos principios comunes e intercambiables, sino qué juez ha de dar la interpretación válida y última, es decir a qué juez le toca hacer la ponderación de derechos, y por tanto la concreción del alcance de los mismos.

Y ante la cuestión del conflicto de jurisdicciones, el Tribunal dice que *«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 (...) 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»* (F. 6º DTC 1/2004).

Se podría pensar, pues, que el Tribunal no resuelve el problema esencial, que radica en determinar la fórmula de solución de futuros conflictos de jurisdicción entre las Cortes encargadas de la protección de los derechos fundamentales y, efectivamente, no lo hace de modo manifiesto, pero da una pauta muy importante cuando dice: *«tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (...) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo»*. (F. 6º DTC 1/2004). Aquí, en el fondo el Tribunal está reconociendo que la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se erige en mínimo común denominador de la interpretación tanto del Derecho Comunitario como del derecho interno, y, en tal medida se debería considerar como sede prioritaria en un futuro modelo de solución de conflictos entre jurisdicciones.

4.3. ¿El art. 93 es la «cláusula» suficiente que justifica la integración en el «nuevo» modelo de integración europea?

El artículo 93 CE es el precepto constitucional en que, según la doctrina, los dictámenes del Consejo de Estado y el propio Tribunal Constitucional y pese a la ausencia de alusiones expresas, se apoya la integración europea porque permite la firma de tratados internacionales, siguiendo unos deter-

minados requisitos formales *ad hoc*, por los que se cedan competencias a una organización internacional³⁹.

Así en la medida en que el Tratado constitucional, como los anteriores Tratados Constitutivos, supone la cesión de competencias a la Unión, la puerta de entrada del mismo en nuestro ordenamiento será el art. 93 CE. Lo que habrá que plantearse es si se trata de una «cláusula» de apertura suficiente o no. De la Declaración 1/2004, donde el Tribunal da respuesta a tal planteamiento, parece deducirse que no es un precepto suficiente tal y como venía interpretándolo, pero que bastará un cambio hermenéutico para otorgarle esa suficiencia, sin necesidad de modificar la dicción literal del precepto, o, en otras palabras, sin necesidad de modificar la Constitución. Y es que hasta la declaración 1/2004 el Tribunal Constitucional había dado a este precepto un alcance exclusivamente orgánico procedimental, muy especialmente en la Declaración 1/1992⁴⁰, donde estableció que este artículo apenas recogía más que el procedimiento de adopción de un tratado, sin implicar un contenido material concreto (en el mismo sentido SSTC 28 y 64/1991). El Tribunal establece en el F. 4º de la DTC 1/1992 varias pautas para interpretar el art. 93 CE. La primera que el artículo permite atribuciones o cesiones para «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» por una organización internacional, cesiones que no comportan la atribución de la titularidad de la competencia. La segunda que dicho precepto permite a las Cortes ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, de lo que se deduce que no puede ser empleado como instrumento para rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues no es el escauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» de la Constitución. Al elaborar esta caracterización del art. 93 CE el Tribunal se negaba implícitamente a sacar de este precepto conclusión alguna acerca del rango o valor normativo de este tipo de tratados en el ámbito jurídico interno y, sobre todo, ponía veto a la posibilidad de entender que a través de tal precepto pudiese producirse un desplazamiento, por ejemplo, de la supremacía constitucional a una disposición externa, o un cambio radical en la configuración del ordenamiento jurídico, o cualquier otra modificación material del sistema de fuentes, o de la estructura del reparto de poderes. Al decir que el art. 93 CE no «se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental» (DTC 1/1992) el Tribunal niega la posibilidad de que existan contradicciones manifiestas entre Constitución y Tratados y de que los Tratados constitutivos puedan modificar el alcance de determinadas normas constitucionales.

Esta posición del Tribunal fue ampliamente criticada por los autores que veían en el art. 93 algo más que un precepto orgánico procedimental, en

³⁹ Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pg. 83, nota al pie 98.

⁴⁰ Díez MORENO, F.: «La Constitución europea. Sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español y para el ciudadano europeo», op. cit., pgs. 1-6.

la medida en que desempeña un importante papel como «cláusula de integración moduladora del texto constitucional» y que dota al tratado que se firma ex artículo 93 CE de una «naturaleza *sui generis* respecto del resto de tratados internacionales en el ordenamiento español»⁴¹. La clave de las voces críticas estaba en la consideración de que la atribución de competencias efectuada mediante la aplicación de lo previsto en el art. 93 CE comporta consecuencias constitucionales evidentes, algunas asumidas incluso expresamente por el propio Tribunal Constitucional⁴² quien, por ejemplo, da cobertura a la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario Europeo en el sistema jurídico español (STC 28/1991)⁴³, o asume que la integración del ordenamiento comunitario supone que este se intercala horizontalmente (en los sectores que le son propios), entre la Constitución y los ordenamientos general y autonómicos⁴⁴ produciendo un cambio en la extensión de dichas competencias (SSTC 258/1988; 79/1992 y 165/1994 entre otras)⁴⁵. Pero además de ello, lo reconociese o no hasta la fecha el Tribunal, resulta generalmente aceptado que la firma de un tratado propio del art. 93 CE afectará al diseño constitucional del reparto de poder, porque las materias cedidas se someten a un régimen jurídico extra-constitucional⁴⁶ limitándose, *de facto*, las competencias del Estado⁴⁷, que ve como muchas decisiones que antes le correspondían se desplazan a otras sedes.

Dicho de otro modo, quienes asumen todas estas certezas⁴⁸ no pueden ver en el art. 93 CE, sino una cláusula de apertura constitucional con alcance material y del que, de todos modos, se desprenden límites materiales y formales a la transferencia de competencias. El contenido material normativo del art. 93 CE, ha de desprenderse del hecho de que permite ceder competencias propias del Estado mediante la celebración de un tratado internacio-

⁴¹ ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario: sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Ramón Areces, D. L. Madrid, 1994, pg. 214.

⁴² PÉREZ TREMPES, P.: «Constitución Española y Unión Europea», en *Revista de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, pgs. 103-121, aquí pg. 112.

⁴³ A esta cuestión se refiere ALONSO GARCÍA, R., en *El juez español y el Derecho Comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. op. cit. pg. 27.

⁴⁴ PAREJO ALFONSO, L.: «El Ordenamiento español y la integración en las comunidades Europeas: un problema capital». *RVAP*. núm. 13, septiembre-diciembre 1985, pg. 192.

⁴⁵ Si bien ha de recordarse que el Tribunal no llega a reconocer que este hecho suponga una alteración del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Vide Díez PICAZO, L. M.: «El Derecho Comunitario en la jurisprudencia constitucional española». *REDC*, núm. 54, año 18, septiembre-diciembre 1998, pg. 257.

⁴⁶ Vide MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario Europeo y Derecho Español*. Tecnos, Madrid, 1987, pg. 30, donde se establece con precisión cuáles son los títulos de la Constitución que se ven afectados por la integración en las Comunidades Europeas.

⁴⁷ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pgs. 396 y ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales». *RDCEu*. Vol. I. núm. 2, julio-diciembre 1997, pgs. 329 y ss., aquí pg. 346.

⁴⁸ Como PÉREZ TREMPES, P.: «Constitución Española y Unión Europea», op. cit., pgs. 112 y ss.

nal que va a afectar sin duda al reparto territorial, orgánico o institucional del poder constitucionalmente fijado y que, por tanto, sería intrínsecamente inconstitucional si no contase con la cobertura de este precepto⁴⁹. Este contenido material específico haría de este tipo de tratados una categoría especial, que tendría una particular relación con la Constitución⁵⁰, relación que, de algún modo, es la que describe el Tribunal al plantear un nuevo contenido del concepto de primacía en su Declaración 1/2004. El Tribunal, en este caso, define metafóricamente el precepto constitucional como bisagra que permite la entrada del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno e incluso el desplazamiento del derecho interno, también el constitucional, frente al Derecho Comunitario originario (F. 2º DTC 1/2004)⁵¹. Es evidente el cambio de posición del Tribunal que lo justifica argumentando que la calificación del precepto realizada en la Declaración 1/1992 estaba determinada por el contexto de dicha declaración que no pretendía sino resolver la duda de si era posible salvar por el art. 93 CE la contradicción evidente existente entre el art. 13.2 CE y el art. 8.B del TUE, contradicción que no se identificaría en el presente supuesto⁵².

Al tiempo que se modifica por vía de la exégesis el contenido del art. 93 CE se establece también que la cesión y el desplazamiento de determinadas competencias hacia el Derecho Comunitario, cesión que puede suponer la modificación del alcance de los preceptos constitucionales en virtud de la nueva caracterización del precitado artículo, han de contemplar límites «*materiales que se imponen a la propia cesión. (...) no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución*» (F. 2º DTC 1/2004).

Es evidente la presencia de un cambio radical en la línea jurisprudencial del Tribunal, tan radical que la duda está en determinar si basta con esta nueva caracterización del art. 93 CE para hacer posible la ratificación del Tratado constitucional, o es preciso modificar también su redacción. Habrá que decidir si se estima que el art. 93 CE sigue siendo cláusula suficiente que permita la cesión de competencias, pese a que esa cesión sea de un alcance como el que propone el Tratado constitucional europeo, o si, al contrario, el Tratado constitucional implica una cesión de competencias tal que se superan los límites implícitos en el art. 93 CE, forzando esta circunstancia la reforma constitucional. Si se considera que la TCUE no es refundación, sino mera reforma y codificación de los tratados existentes hasta la fecha quizá no sea necesario replantearse de nuevo la cobertura del art. 93

⁴⁹ JOVER GÓMEZ FERRER, J. M^º: *Constitución y Derecho Comunitario*. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, pg. 189.

⁵⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pg. 406 y ss.

⁵¹ Díez MORENO, F.: «La Constitución europea. Sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español y para el ciudadano europeo», en *La Ley*, año XXVI, núm. 6190, 15 de febrero de 2005, pgs. 1-6.

⁵² El Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel muestra su desacuerdo con esta observación en el voto particular que elabora frente a esta Declaración.

CE⁵³. Sin embargo si se reconociese que existe una refundación o que se da una discontinuidad formal y material entre el Derecho Comunitario originario existente y el Tratado constitucional europeo⁵⁴, podría considerarse que el art. 93 CE no da apoyo suficiente para permitir la creación de un nuevo orden constitucional⁵⁵, ni siquiera teniendo en cuenta las novedades introducidas por el Tribunal en cuanto a la interpretación del mismo.

En la línea expresada por el Gobierno en su requerimiento, y por el Consejo de Estado en su dictamen, parece que el Tribunal Constitucional es de la opinión de que los cambios que efectivamente introduce el Tratado constitucional europeo y que se refieren a adaptaciones institucionales, políticas, jurídicas y sobre todo, a la incorporación de la carta de derechos⁵⁶, no son tan fundamentales como para justificar la consideración de dicho tratado como «refundador» del modelo, y no exceden los límites implícitos en el art. 93 CE con lo cual éste habrá de considerarse como anclaje suficiente de la integración. En cambio los votos particulares a la Declaración planteados por D. Javier Delgado Barrio, D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Ramón Rodríguez Arribas se manifiestan contra el cambio de línea jurisprudencial respecto al art. 93 CE y contra la posibilidad de que, aún aceptando el cambio de interpretación, el precepto sea suficiente para permitir la incorporación del Tratado al ordenamiento español.

En conclusión, salvando los votos particulares y disidentes, el Tribunal entiende que, considerando el carácter meramente orgánico procedimental del art. 93 CE éste no daría cobertura suficiente a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, mientras que, modificada la consideración respecto a dicho carácter, y concedida naturaleza material normativa al art. 93 CE éste adquiere de un golpe la capacidad para permitir la incorporación del Tratado en cuestión, un Tratado que, entre

⁵³ Existen autores que defienden, tanto el carácter fundacional del Tratado constitucional, como la naturaleza continuista del mismo. Entre los primeros cabe citar a MARTINEZ LAGE, S.: «Una Constitución para Europa, al fin», op. cit., pgs. 3-8, y entre los segundos a BAQUERO CRUZ, J.: «Pan y Constitución: Reflexiones críticas sobre la gestación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPES, P.: *Constitución europea y Constituciones nacionales*. op. cit., pgs. 219-220 y 238.

⁵⁴ Se refiere a esta cuestión ampliamente BAQUERO CRUZ, J.: «Pan y Constitución: Reflexiones críticas sobre la gestación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», op. cit. pgs. 219-220.

⁵⁵ En el mismo sentido se manifiesta Andrés SAEZ DE SANTA MARÍA, P.: «Hacia una Constitución europea», en *Diario La Ley Unión Europea*, año XXV, número 6116, jueves, 28 de octubre de 2004, pg. 1.; P. CRUZ VILLALÓN también se refiere a las particulares características del tratado que lo hacen distinto de cualquier otro, véase «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», en AA VV: *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Thomson Aranzadi/Fundación El Monte, pgs. 381-390, aquí pg. 381.

⁵⁶ Según BAQUERO CRUZ, J., no cambia tanto (en «Pan y Constitución: Reflexiones críticas sobre la gestación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», op. cit. pg. 239).

otras cosas, impone la necesidad de alterar la concepción de la supremacía constitucional.

5. EL TRIBUNAL ESTIMA QUE NO HA SIDO NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, PERO ¿SERÍA CONVENIENTE?

La Declaración del Tribunal Constitucional salva la constitucionalidad de la integración de la Constitución europea desde una interpretación que podría calificarse *pro comunitate*, porque coadyuva a profundizar en la integración comunitaria, sin perjuicio de que el avance en la integración habrá de respetar los límites a los que se ha hecho referencia, bajo la vigilancia subsidiaria, a partir de ahora, del propio Tribunal Constitucional. Y esta conclusión a la que se llega a través de un razonamiento que, no obstante, puede ser considerado en algunos extremos digno de crítica, justifica técnicamente la innecesariedad de la reforma constitucional.

Ahora bien, esta justificación de tipo técnico, que se basa, esencialmente, en el cambio de consideración respecto al art. 93 CE ha obligado al Tribunal a pasar de un extremo en la interpretación de este precepto, extremo en el que se le consideraba un mero precepto orgánico procedimental, al extremo opuesto, en el que no sólo se le dota de naturaleza material, sino que se derivan de él una serie de límites a la integración que, textualmente, no aparecen en ningún artículo, capítulo o título de la Constitución. Evidentemente el Tribunal Constitucional, dentro de su labor exegética que, hasta la fecha, se ha caracterizado por un extraordinario *self-restraint* en lo que atañe al Derecho Comunitario, puede cambiar su criterio cuando lo considere oportuno y justifique su modificación, pero podría parecer que, en este caso, el cambio ha sido demasiado profundo como para que no tenga reflejos en el propio texto constitucional.

Según el Tribunal no será necesario reformar la Constitución pero quizá sea aconsejable u oportuno, como reconoce incluso la alta instancia jurisdiccional (F. 7º DTC 1/2004). Y ello no sólo desde la perspectiva política, sino desde la propia perspectiva jurídica, para tratar de acercar el texto a la interpretación extraída por el Tribunal de la cláusula de apertura contenida en el art. 93 CE. Ya que el actual Tribunal nos ha colocado en una senda iuscomunitaria muy interesante, ya que ha descrito, al menos vagamente, un modelo de relaciones entre derecho interno y Derecho Comunitario que hasta la fecha había evitado establecer, ya que se ha trasladado, por fin, a nuestro ordenamiento constitucional la doctrina de otras cortes constitucionales europeas en relación con la conexión de ordenamientos constitucional y comunitario, ya que se han sentado las bases para ulteriores progresos de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional, quizá fuese oportuno trasladar todos esos logros al texto constitucional, para obtener un cierto efecto de cristalización de esos logros que fije un punto de partida constitucionalmente determinado en el siglo XXI, a partir del cual pueda continuar progresando la integración comunitaria.

La cuestión estaría en determinar el sentido de tal reforma que podría enfocarse hacia la opción de anular las contradicciones materiales entre Tratado y Constitución, de modificar el aparentemente insuficiente art. 93 CE, o de introducir todo un título en nuestra Constitución referido a la integración comunitaria. A la luz de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional es preciso descartar la primera de las tres opciones, al menos en esta ocasión; en la medida en que el Tribunal ha asegurado que no existen contradicciones manifiestas entre la Constitución Española y el Tratado constitucional ningún sentido tiene plantearse hoy una reforma de este tipo.

En cuanto a las otras dos, la primera incógnita a resolver sería si la reforma es conveniente independientemente del éxito del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa o no⁵⁷. La cuestión no es baladí. En el ordenamiento francés, sin ir más lejos, se ha tramitado una reforma constitucional⁵⁸, forzada por la decisión 2004-505 DC de 19 de noviembre del *Conseil Constitutionnel* de incompatibilidad del Tratado constitucional con ciertos aspectos de la Constitución francesa, habiendo quedado supeditada la eficacia de una parte de dicha reforma a la efectiva entrada en vigor del Tratado. En el caso español la respuesta es que la reforma es conveniente en todo caso⁵⁹, pero dada la falta de certidumbre que rodea el proceso de ratificación del Tratado, y las dudas respecto a su efectiva entrada en vigor, caben varias opciones. Se puede optar por una simple reforma del art. 93 CE, que no será pese a todo una reforma simple, destinada a ampliar de forma abstracta los márgenes de la integración con la inclusión de algunos aspectos de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional a este precepto, en cuyo caso la reforma podría acometerse de modo inmediato. Otra posibilidad sería afrontar una reforma más disgregada, tocando todos aquellos preceptos de la Constitución que resultasen, de uno u otro modo afectados por el proceso de integración europea, o al menos aquellos más importantes, relacionados con la definición del Estado como integrante de la Unión, con la estructura del sistema de fuentes, o

⁵⁷ El éxito del proceso de ratificación aún es una incógnita. Para un seguimiento de dicho proceso, véase www.uc3m.es/NCR.

⁵⁸ La *Loi constitutionnelle n° 2005-204, modifiant le titre XV de la Constitution*, de 1 de marzo de 2005 (JO n° 51 de 2 de marzo): a) añade un nuevo apartado al art. 88.1 CF que permite la celebración del referéndum de ratificación del Tratado constitucional; b) incluye un art. 88.5 que prevé la celebración de un referéndum obligatorio para los proyectos de Ley de autorización a la ratificación de futuros tratados de adhesión, excepto para los países que ya han iniciado las negociaciones, es decir, Rumania, Bulgaria, y Croacia; y c) reforma el título XV de la Constitución, quedando esta reforma supeditada a la efectiva entrada en vigor de la Constitución europea.

⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, P. —«Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», en *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, pgs. 381-390, aquí pg. 387— dice que si no se realizase la reforma constitucional en el ámbito referido a la integración comunitaria y el Tratado constitucional europeo llegase a entrar en vigor, el ordenamiento español se encontraría ante la curiosa circunstancia, sin reflejo constitucional expreso, de que existe un tratado internacional, llamado Constitución europea, que por obra de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, puede llegar a desplazar a la Constitución nacional en según que circunstancias.

con las competencias o funciones de los órganos constitucionales⁶⁰. Sin duda una reforma de este tipo es de una complejidad técnica y, sobre todo política, tal, que resulta prácticamente inimaginable afrontarla en un contexto como el actual. Cabe también plantear una reforma de más calado, con la introducción de un nuevo título en la Constitución referido a la integración europea. En este caso, si se desea citar el sistema de fuentes comunitario, reformulado por el Tratado constitucional, el modelo de garantía de los derechos fundamentales, las relaciones entre la Constitución Española y la Constitución europea, etc., sería conveniente introducir una cláusula del tipo de la introducida en la reforma constitucional francesa, supeditando la entrada en vigor de tal reforma a la efectiva entrada en vigor del Tratado. En ese caso se podría, también, acometer la reforma inmediatamente. La última opción es congelar el proceso de reforma de la Constitución Española, en lo que atañe a este punto, hasta que se conozca con certeza la suerte de la Constitución europea, para poder realizar una reforma constitucional más ajustada a la realidad de la integración comunitaria. En ese caso sería necesario esperar, como mínimo, hasta el año 2007, lo cual sería interesante, en todo caso, porque suponiendo que la reforma fuese considerada una reforma total de la Constitución, y estimo que la introducción de un nuevo título habría de ser tomada por tal, sería preciso acometer el procedimiento del art. 168 CE que exige la disolución de las Cámaras y la confirmación del deseo de reforma por las nuevas, y en la medida en que las próximas elecciones generales habría de celebrarse en los primeros meses del 2008, el 2007 sería un buen momento para comenzar a estudiar la reforma constitucional relativa a este extremo.

Seguramente una buena reforma del art. 93 CE, que elimine su mayor inconveniente que es la parquedad⁶¹, sea suficiente para dar cabida, de manera adecuada, a la vocación comunitaria europea de nuestro texto constitucional, y evite la necesidad de modificar, en el caso de que se optase por introducir un Título Unión Europea, algún precepto de este título cada vez que varíe algún elemento del proceso de integración de los que tal título haya recogido, hipótesis nada improbable a juzgar la dinámica que en los últimos años ha vivido la Unión Europea. Esa reforma del art. 93 CE exigiría distinguir dos tipos de tratados susceptibles de ceder competencias a organizaciones internacionales. Ha de recordarse que existe la posibilidad de que un tratado se utilice para ceder competencias a una organización internacional que no sea la Unión Europea, de hecho así ha sucedido en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuya ratificación fue autorizada por el procedimiento del art. 93 CE, mediante la LO 6/2000, de 4 de octubre. No parece que en estos casos el art. 93 CE posea ese carácter material normativo que se le otorga cuando se utiliza como cláusula de apertura al Derecho Comunitario, por lo tanto sería preciso distinguir entre los tratados

⁶⁰ Hay autores que se muestran favorables a afrontar una reforma de este tipo, así CRUZ VILLALÓN, P.: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», op. cit., pg. 385.

⁶¹ PÉREZ TREMP, P.: «Constitución Española y Unión Europea», op. cit., pg. 109.

que ceden competencias a organizaciones internacionales en general y los que las ceden a la Unión Europea, como sistema de integración consolidado. A partir de aquí, se podría mantener la actual dicción del precepto para los tratados ajenos al ámbito comunitario y elaborar una nueva redacción válida para referirse a estos últimos, redacción en la que se incluyese una referencia expresa, incomprensiblemente inexistente hasta la fecha⁶², a la Unión Europea. En esa nueva redacción habría de introducirse también el carácter de esta cláusula como de apertura constitucional y naturaleza material normativa. También sería preciso explicitar los límites someramente contenidos en la Declaración, que afectarán a la cesión de competencias propias de la Constitución. Estos límites, que si se recogen en las *eu-ro-pean clauses* de otras Constituciones europeas⁶³, hayan su justificación en la idea de supremacía otorgada al texto constitucional en el sentido analizado.

Otro aspecto que podría modificarse se refiere a la fórmula de aprobación de la autorización a la ratificación de este tipo de tratados⁶⁴. Sería conveniente aumentar la exigua mayoría absoluta que se exige actualmente para otorgar tal autorización. Como mínimo se debería exigir una mayoría cualificada superior a la absoluta para conceder la autorización, cuya naturaleza, perdido el carácter de Ley orgánica al modificarse las exigencias formales actualmente existentes, sería preciso definir para evitar posteriormente dudas en torno, por ejemplo, a la posibilidad de recurrir la constitucionalidad de dicha autorización mediante fórmulas de control a posteriori⁶⁵. A partir de este mínimo irrenunciable, se podría incluso pretender la asimilación del procedimiento de autorización a la ratificación al de reforma simplificada de la Constitución, o la introducción, fuese cual fuese el modo de concesión de la autorización por las cámaras, de un referéndum preceptivo de naturaleza o bien consultiva o bien vinculante⁶⁶.

Pero más allá del proceso de reforma, es necesario no perder de vista tampoco las eventuales consecuencias que la Declaración del Tribunal pueda tener sobre su propia actividad hermenéutica. En primer lugar, para que pueda concederse importancia absoluta y no sólo relativa a la Declaración, es preciso que la jurisprudencia del Tribunal continúe evolucionando en la misma línea descrita y que se consolide efectivamente la apertura de la

⁶² PÉREZ TREMP, P.: «Constitución Española y Unión Europea», op. cit., pg. 108.

⁶³ Véase CLAES, M.: «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», op. cit., pgs. 123 y ss.

⁶⁴ A todo esto se refiere CRUZ VILLALÓN, P.: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», op. cit., pg. 382.

⁶⁵ Sobre la naturaleza de la autorización a la ratificación véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pgs. 241 y ss.

⁶⁶ Manifiesta su preferencia por la celebración de un referéndum vinculante y con unos requisitos mínimos de participación CRUZ VILLALÓN, P.: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», op. cit., 382.

Constitución Española a un ordenamiento externo de una importancia tal como la que tiene ya el Derecho Comunitario europeo. De lo dicho por el Tribunal en su declaración, en relación con la naturaleza del art. 93 CE, el juego de la primacía constitucional y comunitaria, y la necesaria cooperación entre ordenamientos pueden extraerse muchas consecuencias relacionadas con la tarea del Tribunal Constitucional. Por un lado se reserva de manera subsidiaria el control del Derecho Comunitario derivado que se oponga a la Constitución Española. Por otro si se extraen las máximas consecuencias posibles de la hendidura abierta en el ordenamiento por la interpretación del Tribunal del citado art. 93 CE, podría decirse que el diseño constitucional del reparto del poder *ad extra*, es decir en relación con las Organizaciones Internacionales o entidades supranacionales, no se completa absolutamente por la Constitución, sino que es necesaria la concurrencia del derecho originario comunitario para completar tal diseño constitucional⁶⁷. Por esa razón a causa de su alcance material, la Constitución europea podría pasar a formar parte integrante del parámetro de la constitucionalidad, pudiendo ser utilizada por el Tribunal, como referente para proceder al control de constitucionalidad también de las normas internas. Y la introducción de los jueces comunitarios como jueces garantes de la Carta de derechos ¿llevará a la larga a la modificación del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales?, ¿llevará a la larga a una modificación de facto del ámbito de actuación del recurso de amparo? Sin duda el Tribunal Constitucional ha dado un buen número de respuestas en su pronunciamiento que hacen surgir preguntas nuevas sobre la coordinación y eventuales conflictos entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento jurídico nacional. Nuevas preguntas que nos obligarán a esperar nuevos pronunciamientos.

⁶⁷ Para profundizar un poco más en la integración del Derecho Comunitario originario entre las normas que han de ser consideradas como parámetro de constitucionalidad, véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, op. cit., pgs. 355 y ss.