

ESTUDIOS CRÍTICOS

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y CONSTITUCIÓN EUROPEA: GUIÓN PARA UNA COLISIÓN VIRTUAL Y OTROS Matices SOBRE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

RICARDO ALONSO GARCÍA

SUMARIO: I. LA CONCLUSIÓN DE LA DTC 1/2004: SÍ... PERO; PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN... Y SALVAGUARDIA ÚLTIMA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL INTERNA.—II. EL DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA PRIMACÍA: 1. *La (inexorable y saludable) tensión entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o Supremos) de los Estados miembros.* 2. *La perspectiva europea: el carácter absoluto e incondicional de su proclamación jurisprudencial, y sus modulaciones teóricas y prácticas.* 3. *La perspectiva nacional; en particular, la española: desnudez sustantiva de la cláusula de integración y supremacía de la Constitución española.*—III. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA CODIFICACIÓN, PRECISADA Y SISTEMATIZADA, DE LA PRIMACÍA.—IV. EL GUIÓN DEL TC EN SU DECLARACIÓN 1/2004: 1. *La virtualidad de la colisión entre la Constitución española y la Constitución europea (Primer Acto).* 2. *La salvaguardia última de la supremacía de la Constitución española (Segundo Acto).*—V. LA SOMBRAS EN EL DISCURSO DEL TC: 1. *El carácter sólo parcialmente explícito de su conclusión.* 2. *La naturaleza unidireccional de su razonamiento: el alcance de la cláusula de integración y de la cláusula de retirada voluntaria.* 3. *¿Primacía, supremacía?* 4. *El silencio en torno a la extensión de la primacía al Derecho «de la Unión».*—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN «SOLANGE II» A LA ESPAÑOLA.

I. LA CONCLUSIÓN DE LA DTC 1/2004: SÍ... PERO; PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN... Y SALVAGUARDIA ÚLTIMA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL INTERNA

Las siguientes reflexiones, que versarán exclusivamente sobre la *cláusula de la primacía europea* a la luz de la *Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre*, particularmente en lo que se refiere al alcance de aquella con relación

Nota del autor: Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Quince años de Derecho Comunitario en España», BJU 2003-06542, del Ministerio de Educación y Ciencia.

a la propia Constitución Española (1), pueden partir de la conclusión reflejada en el último párrafo del FJ. 4 de la Declaración, en el que puede leerse:

«En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes.

Y añade el TC:

«Ello aparte de que la salvaguardia de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros».

Por lo que a mí respecta, adelanto que suscribo *en líneas generales* la conclusión (sólo parcialmente explícita) del TC, que no, como argumentaré, el camino que sigue para llegar a la misma, sembrado, creo, de algunas deficiencias; conclusión que, según acabamos de ver, no es otra que la de reservarse la facultad de revisar, en última instancia y a la luz de la Constitución Española, el Derecho de la Unión [y concretamente, el Derecho originario constituido por el Tratado Constitucional (2) y sus Protocolos anejos]; lo que implica, sen-

(1) Que era el meollo de la cuestión (y no la primacía frente a la ley, como pareció entender S. MARTÍNEZ LAGE en un artículo —«Por la primacía, desde luego no»— publicado en *El País* el 4 de noviembre de 2004), tal y como claramente se desprende del Dictamen del Consejo de Estado (de 21 de octubre de 2004, núm. de expediente 2544/2004), que está en el origen del requerimiento gubernamental al TC y en el que puede leerse: «El fundamental extremo en que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede entrar en conflicto con la vigente Constitución española es [...] el relativo a la supremacía de la Constitución española [...] La primacía del Derecho comunitario [...] significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario sino del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional [...] Y la supremacía de la Constitución es proclamada por su artículo 9.1 respecto de todo el ordenamiento jurídico y por su artículo 95.1 respecto del Derecho Internacional». Con relación a este Dictamen, *cf.* V. FERRERES COMELLA y A. SAIZ ARNAIZ: *¿Realmente hay que reformar la Constitución Española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución Europea?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 2004, núm. 645.

(2) Por mucho que la reforma haya acentuado el contenido «constitucional» de la construcción europea, ésta continúa asentándose formalmente en un instrumento por el momento nego-

cillamente, que la primacía [que no, según el propio TC, supremacía (3)] de aquél sobre la Constitución Española no se asume en términos absolutos.

¿En qué ha cambiado la doctrina del TC respecto de la sentada en su Declaración 1/1992, pese a la proclamación de la supremacía última de la Constitución Española, también en el ámbito de la Unión Europea? (4).

Comencemos por exponer brevemente cuál es la situación en la que nos encontrábamos antes del Tratado Constitucional y del pronunciamiento del TC de diciembre de 2004, a los efectos de una mejor comprensión de los cambios de la mano de ambos.

II. EL DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA PRIMACÍA

1. *La (inexorable y saludable) tensión entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o Supremos) de los Estados miembros*

Como es sabido, y al día de hoy, el carácter absoluto e incondicional con que la primacía parece concebida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia está lejos de ser asumido por los Tribunales Constitucionales y Supremos de los Estados miembros (5). Por otro lado, dicho carácter absoluto e incondicio-

ciado y en su momento validado como «Tratado». De ahí que me parezca más rigurosa y conforme a la realidad la denominación, barajada en los inicios del debate sobre la reforma, de «Tratado constitucional de la Unión Europea». Aclarado lo cual, ello no constituye un impedimento para utilizar también la denominación de «Constitución Europea», cuyo fuerte valor simbólico manifiesta una innegable voluntad política de continuar la senda, tal y como recogía el Preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos». «Convencidos de que los pueblos de Europa», reza ahora el Preámbulo de la Constitución Europea, «sin dejar de sentirse orgullosos de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada más estrechamente unidos, a forjar un destino común».

(3) FJ. 4: «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de formación». Sobre tal distinción, que considero innecesaria amén de perturbadora, volveré más adelante.

(4) Cambio que en sus respectivos votos particulares consideran radical los Magistrados J. Delgado Barrio, R. García-Calvo y R. Rodríguez Arribas, y opiniones éstas de las que discrepo por la sencilla razón de que, como acabo de señalar, la Declaración 1/2004 sigue sosteniendo la supremacía última de la Constitución Española, y, como argumentaré, *de todo el texto* de la Constitución Española.

(5) Cfr. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: *Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1191. A la conocida y significativa doctrina de la Corte Costituzionale y

nal resulta por lo demás sometido, desde la propia perspectiva europea, a modulaciones tanto teóricas como prácticas.

2. *La perspectiva europea: el carácter absoluto e incondicional de su proclamación jurisprudencial y sus modulaciones teóricas y prácticas*

Así, desde un punto de vista teórico, no debe olvidarse que el principio jurisprudencial de primacía está mediatizado por el propio Derecho —positivo— originario de la Unión.

Me explico: la primacía implica, en última instancia, el desplazamiento —en el sentido amplio de la expresión— de los ordenamientos jurídicos nacionales en caso de contradicción con el Derecho europeo. Pero sucede que aquellos, lejos de ser una realidad pasiva en términos de pura recepción, se presentan como herramienta esencial no sólo a los efectos de implementar el Derecho de la Unión, sino también a los efectos de participar activamente en la propia configuración sustantiva del mismo, muy especialmente en su vertiente «constitucional» (6).

En efecto, no debe olvidarse que las tradiciones constitucionales de los Estados miembros estuvieron tempranamente presentes en la construcción pretoriana de los derechos fundamentales comunitarios (vertiente «constitucional» de la Unión), sobre la base de la extrapolación al terreno de los principios generales del Derecho de la metodología prevista en el artículo 215 (7) del entonces Tratado de la Comunidad Económica Europea en materia de responsabilidad extracontractual. Esta inspiración en las tradiciones constitucionales

del Bundesverfassungsgericht se unieron, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional español (Declaración 1/1992) y el Tribunal Supremo danés (Sentencias de 12 de agosto de 1996 y 6 de abril de 1998). «Debe tenerse en cuenta», recoge el Dictamen antes citado del Consejo de Estado, «que el alcance incondicional del principio de la primacía del Derecho comunitario (Derecho de la Unión en expresión de la rúbrica del artículo 1-6) afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no coincide exactamente con el reconocimiento de tal principio realizado por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, ya que han definido ciertos límites constitucionales a la eficacia de las normas del Derecho comunitario en el Derecho interno».

(6) Me remito a mi trabajo *Derecho comunitario y Derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

(7) Actual 288 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyo párrafo segundo establece: «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

nacionales quedaría posteriormente plasmada en el artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), el cual, además de confirmar en su Preámbulo la adhesión de la Unión a «los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho» (8), proclamaría en el primer apartado del mencionado precepto que «la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos». El Tratado de Ámsterdam (1997), por su parte, trasladaría al articulado el recién citado considerando del Preámbulo del Tratado de la Unión, quedando redactado su artículo 6, sin tocar por la reforma de Niza (2000), de la siguiente manera en lo que aquí interesa:

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros».

Por otro lado, desde un punto de vista práctico, el Tribunal de Justicia ha sabido en más de una ocasión sortear la difícil situación en que habría quedado la primacía de la Unión ante una posible colisión última con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Sirva tan sólo a título de ejemplo y a la luz del caso concreto cómo manejó en 1989 (*asunto Hoechst*), a través de la remisión a los propios Derechos nacionales, la no extensión a las personas jurídicas del derecho fundamental comunitario a la inviolabilidad del domicilio (9).

(8) Recuérdese que ya en el Preámbulo del Acta Única, los Estados miembros se habían manifestado «decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

(9) Me remito de nuevo a mi trabajo *Derecho comunitario y Derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, págs. 183 y sigs.

3. *La perspectiva nacional; en particular, la española: desnudez sustantiva de la cláusula de integración y supremacía de la Constitución española*

Si mediatizada debe entenderse, en consecuencia y en los términos expuestos, la cláusula de primacía desde la propia perspectiva europea, otro tanto debe decirse de los límites que a la misma han ido formulando los más altos tribunales de los Estados miembros, reconducidos progresivamente al núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacionales, y mediatizados en lo concerniente a los derechos fundamentales, en el caso alemán y también en el francés, por el principio de equivalencia (10).

Por lo que se refiere a la posición del TC hasta la Declaración 1/2004, puede resaltarse, críticamente, la pobre lectura europea que ha venido haciendo del texto constitucional español, particularmente de la cláusula de integración que es el artículo 93. Podrá ahora decirsenos, creo que con excesiva —siendo benévolo— naturalidad, que la vertiente orgánico-procedi-

(10) En el caso alemán, plasmado por el Tribunal Constitucional Federal en su *doctrina Solange II* (decisión de 22 de octubre de 1986), cuya puesta en entredicho en la decisión sobre Maastricht (12 de octubre de 1993) quedó «neutralizada» (y así lo confirmaría la decisión de 9 de enero de 2001) por decisión (a la que luego volveré a referirme) de 7 de junio de 2000 (*régimen comunitario de importación de plátanos*): cfr. W. ZIMMER: *De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour Constitutionnelle Fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg? (à propos de BverfGE, 7 juin 2000, Solange III)*, Europe, 2001, marzo, pág. 5 ; I. PERNICE: *Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour Constitutionnelle allemande fait le point*, Cahiers de Droit Européen, 2001, núm. 3-4, págs. 427 y sigs.; A. LÓPEZ CASTILLO: «Un nuevo paso en la andadura ius-comunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda) de 7 de junio de 2000», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, núm. 61, págs. 349 y sigs.; J. CALLEWAERT: «Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, núm. 48, págs. 1186 y sigs.

En el caso francés, deducido de la Decisión del Consejo Constitucional de 29 de octubre de 2004 (*decisión bioética*), según los servicios del propio Consejo Constitucional (*La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, noviembre 2004): «Solamente en caso de incompatibilidad con una disposición expresa contraria de la Constitución francesa, dejaría de ser constitucional la obligación de transposición [del Derecho comunitario], aun permaneciendo como obligación comunitaria», debiendo entenderse por «disposición expresa» no sólo una disposición explícita positiva (no jurisprudencial), sino también una disposición «especial» en el sentido de «propia de Francia, esto es, sin equivalente en el catálogo comunitario de derechos fundamentales y de principios generales del derecho, principios comunes a los Estados miembros» (habida cuenta de que el hilo conductor de la doctrina del Consejo Constitucional al respecto podría resumirse, según sus servicios, en la máxima «disposer en toutes circonstances d'un juge et d'un seul»).

mental del artículo 93 fue resaltada en la Declaración 1/1992 por las circunstancias del caso (11). Pero lo cierto es que, pese a las reiteradas críticas doctrinales (12), no se ha cansado el TC de insistir exclusivamente en esa vertiente orgánico-procedimental, obviando su crucial faceta sustantiva que *explícitamente* aflora ahora, ¡por fin!, en la Declaración 1/2004 (13).

Pero dejemos a un lado la Declaración 1/2004 y centrémonos en su doctrina hasta ese momento: los tratados comunitarios no dejan de ser tratados in-

(11) FJ. 3: «Del art. 93 CE [...] hemos dicho que se trata de un precepto de índole orgánico-procedimental [...] Tal dimensión fue la única considerada en la citada Declaración [...] tan sólo a fin de determinar, en respuesta a la duda planteada entonces, si el art. 93 CE era mecanismo adecuado para excepcionar el límite que el artículo 13.2 CE establecía a la extensión de los extranjeros por tratado o por ley del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, concluyéndose ante la contradicción atinente al texto de una norma constitucional sustantiva que dicho precepto no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X CE. Pero sí es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, modulándose así, por tanto, como reconocimos en aquella Declaración, el ámbito de aplicación y ordenación del ejercicio de las competencias cedidas. Ahora bien, lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en coordenadas precisas, consistentes entonces en la existencia de una contradicción entre el artículo 8 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el texto de la Constitución española, su art. 13.2, siendo en esas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual, que opera en un marco bien distinto, en el que, como razonaremos, tal contradicción con el texto no se da» (*sic*).

(12) Cfr. A. MANGAS MARTÍN: «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, núm. 2, pág. 599 (criticando su calificación como orgánico-procedimental ya en la STC 28/1991); P. PÉREZ TREMPES: *Constitución Española y Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa / Civitas, Madrid, 1993, págs. 36-37; R. ALONSO GARCÍA: *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 281; A. LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e Integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 104 (exponiendo una crítica más matizada).

(13) La cuestión clave está, en mi opinión, en la errónea línea argumental que el TC siguió en 1992. Entonces llegó, primero, a la conclusión de que existía contradicción entre el Tratado de la Unión y la Constitución Española, razonando después que la misma era insalvable por la vía del artículo 93, precepto orgánico-procedimental aplicable a un determinado tipo de tratados que, como los demás tipos de tratados, estaba plenamente sometido al artículo 95.1 de la Constitución (conforme al cual, «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional»). El punto de partida, ahora, es que el artículo 93 tiene «una dimensión sustantiva» que, entre otras cosas, conlleva la apertura de nuestro ordenamiento, incluido el constitucional, al europeo, descartando sobre la base de tal apertura, en principio, un control de constitucionalidad sobre éste siempre y cuando se mantenga en línea con los principios y valores esenciales de nuestra Constitución, lo que efectivamente sucede a la luz del ulterior examen del TC.

ternacionales, y en cuanto tales, están *plenamente* sometidos al respeto de la Constitución Española.

Así las cosas, pasemos a analizar los cambios que en la situación expuesta han venido de la mano del Tratado Constitucional y de la Declaración 1/2004.

III. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y LA CODIFICACIÓN, PRECISADA Y SISTEMATIZADA, DE LA PRIMACÍA

Lo más destacable, por lo que al Tratado Constitucional respecta, ha sido, *prima facie*, la incorporación a su texto (artículo I-6) del principio jurisprudencial de la primacía; incorporación que se ha visto acompañada de una Declaración (14) conforme a la cual «la Conferencia [Intergubernamental] 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».

Pese a que no han faltado quienes han llegado a considerar tal codificación como «un movimiento erróneo, una brutal manera de afirmar la primacía» (15), pienso que, aun admitiendo que puede acarrear una disminución de la «flexibilidad» propia de la jurisprudencia (16), no está destinada a cambiar la esencia del que considero inexorable (17) y saludable (18) debate

(14) Introducida bajo la Presidencia *pro-tempore* irlandesa a instancia del Reino Unido y de Portugal (*cf.* CIG 43/03, PRESID 7).

(15) *Memorandum* presentado ante el European Union Committee de la House of Lords por Duthell de la Rochère y A. Iliopoulou, 6th Report of Session 2003-2004, *The Future Role of the European Court of Justice. Report with Evidence*.

(16) *Cfr.* los *Memoranda* presentados también ante la House of Lords por L. Besselink y S. Weatherill. Según el Dictamen del Consejo de Estado sobre la Constitución europea, la incorporación de la primacía al Tratado «tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial —susceptible así de ser aplicado con flexibilidad a través del “diálogo entre Jueces”—, si no se quiere desvirtuar la propia eficacia del Tratado».

(17) Habida cuenta del pluralismo constitucional que preside la naturaleza de la integración europea: *cf.* I. PERNICE: «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited», *Common Market Law Review*, 1999, núm. 4, págs. 697 y sigs. (especialmente pág. 707); N. MACCORMICK: «Juridical Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict», en su libro *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 97 y sigs. (especialmente pág. 104); F. C. MAYER: *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*, Walter Hallstein-Institut. Humboldt University of Berlin, 2003, págs. 20 y sigs.; K. LENAERTS: «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, octubre, págs. 873 y sigs.

(18) ¿O puede acaso dudarse de la beneficiosa influencia que en materia de derechos fundamentales ejercieron los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a corto —con la protec-

vigente (19) en los términos expuestos (20). Sentado lo cual, el Tratado Constitucional sí que precisa las actuales modulaciones teóricas al principio de primacía, ubicándolas en el texto, además, sistemáticamente, en lo que entiendo que es una operación de consolidación de la naturaleza constitucional múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo [integrado por la Constitución Europea y las Constituciones nacionales y completado, en el terreno de los derechos fundamentales, por el Convenio Europeo para

ción vía pretoriana en el plano europeo—, medio —con la solemne proclamación política de la Carta— y largo —con su incorporación al articulado de la Constitución Europea— plazo?

Más concretamente, y a título de ejemplo (en el contexto del régimen comunitario de importación de plátanos), puede traerse a colación el pulso sostenido entre los tribunales alemanes (incluido el Bundesverfassungsgericht) y el Tribunal de Justicia, que llevó a este último, como destacan G. C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, «al reconocimiento en el *asunto Atlanta* de la facultad de los órganos jurisdiccionales de adoptar medidas cautelares positivas respecto a un acto nacional basado en un Reglamento comunitario (cuya denegación habría supuesto según el *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* la violación del principio de tutela jurisdiccional efectiva mediante la concesión de medidas cautelares en favor de los particulares frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales, derecho reconocido, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, por el apartado 4 del art. 19 de la Ley Fundamental), y, en el *asunto T. Port*, a interpretar el Reglamento 404/93 en el sentido de que la Comisión pudiera regular los casos de rigor excesivo (ya que en caso contrario la aplicación del Reglamento comunitario podría haber llevado a lesionar el derecho de propiedad garantizado por el art. 14 de la Ley Fundamental)» («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», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, núm. 2, pág. 337, nota 9). Corolario de este tenso pero fructífero diálogo, el BVerfGE inadmitiría por Decisión de 7 de junio de 2000 la cuestión de inconstitucionalidad planteada precisamente por el *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* contra determinados preceptos del recién mencionado Reglamento 404/93, utilizando, entre otros argumentos, la insuficiencia de la fundamentación acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, en la medida en que habría pasado por alto dicho diálogo a resultas del cual el Tribunal de Justicia habría reconocido, como acabamos de ver, la necesidad de una regulación (transitoria) de rigor derivada de la garantía de la propiedad.

(19) Sirva como botón de muestra los Informes nacionales presentados con ocasión del XVII (Berlín, 1996) y del XX (Londres, 2002) Congreso de la FIDE sobre el tema, respectivamente, *National Constitutional Law vis-à-vis European Integration* y *European Union Law and National Constitutions*.

(20) En el mismo sentido se pronuncian V. Ferreres Comella y A. Saiz Arnaiz en su comentario ya citado sobre el Dictamen del Consejo acerca de la Constitución Europea. El Consejo Constitucional francés, por su parte, sostuvo en su Decisión de 19 de noviembre de 2004 (núm. 2004-505, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*) que «resulta del conjunto de disposiciones de este tratado, y particularmente de la conexión entre sus artículos I-5 y I-6, que no modifica ni la naturaleza de la Unión Europea, ni el alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión tal y como resulta [...] del artículo 88-1 de la Constitución».

la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (21)].

En efecto, no debe olvidarse que a la cláusula de primacía *precede* (artículo I-5) la del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, «inherente —se puntualiza ahora— a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional». Y a la cláusula del respeto de la identidad nacional precede, a su vez (artículo I-2), la cláusula de identidad de la propia Unión, conforme a la cual:

«La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

¿Y qué decir, más concretamente, de los derechos fundamentales nacionales, invocados por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano ya en los años setenta frente la primacía del Derecho comunitario?

El artículo II-113, reproduciendo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ahora incorporada al Tratado Constitucional, dispone, bajo la rúbrica «Nivel de protección» lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Valor de la Carta, pues y como he insistido en otro lugar (22), en cuanto estándar mínimo de protección, que no impide estándares de protección superiores procedentes de las Constituciones nacionales, al que viene ahora a añadirse (apartado 4 del artículo 112, añadido por la Convención sobre el Futuro de Europa y asumido por la CIG) la obligación de la Unión de moverse, en la defini-

(21) Calificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Loizidou*, de 23 de marzo de 1995, como «instrumento constitucional del orden público europeo».

(22) En «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, 2001, núm. 13, págs. 36 y sigs.

ción del propio estándar, cuanto menos bajo la estela de las tradiciones constitucionales comunes nacionales:

«En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

El apartado 3 del artículo I-9, por su parte, recuerda que:

«Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales».

El Tratado Constitucional, en definitiva, parece descartar a través de todas estas previsiones la posibilidad de una colisión con el núcleo duro constitucional de los Estados miembros al asumir por un lado, que la Unión se fundamenta en los mismos valores que sus Estados miembros; y por otro lado, que la Unión respetará en todo caso las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, incluidos los límites al ejercicio del poder público representados por los derechos fundamentales nacionales, si más protectores para el individuo que los que derivan del marco de protección europeo.

IV. EL GUIÓN DEL TC EN SU DECLARACIÓN 1/2004

1. *La virtualidad de la colisión entre la Constitución española y la Constitución europea (Primer Acto)*

Así lo entiende correctamente el TC en la Declaración 1/2004, en la que tras reafirmar la existencia de

«límites materiales [que se imponen a la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución Española], no recogidos expresamente en el precepto constitucional [artículo 93], pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto [y que] se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia»,

destaca que los artículos de la Constitución Europea I-2, I-5 y II-113

«vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el TJCE. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros».

Con relación, concretamente, al artículo II-113, puntualizará más adelante (FJ 6) que

«claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

A ello añade el TC la «cuestión competencial», esgrimida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su decisión sobre Maastricht (12 de octubre de 1993) para reservarse el control último sobre los posibles excesos de la Unión no corregidos por el Tribunal de Justicia; cuestión que, según el TC, resulta «simplifica[da] y reordena[da] en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España»:

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

Todo lo cual conduce al TC a advertir que

«las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución».

En definitiva, puede resumirse la línea argumental del TC hasta ahora expuesta en los siguientes términos: 1) la Constitución Española contiene límites constitucionales a la integración; 2) tales límites están también plasmados en el Tratado Constitucional; 3) la vulneración de esos límites implicaría, de entrada y en consecuencia, una vulneración del propio Tratado Constitucional.

Sentado lo cual, el TC parece asumir que una correcta interpretación del Tratado por la estructura política de la Unión y, en última instancia, por su garante judicial supremo, a saber, el Tribunal de Justicia, inspirada necesariamente en las Constituciones de los Estados miembros en cuanto fundamento de los valores de la propia Unión y respetuosa al mismo tiempo de las identidades nacionales inherentes a las respectivas estructuras fundamentales (interpretación, en definitiva, *pro-Constituciones nacionales*), no podría, en principio, desembocar en una colisión con la Constitución Española determinante de la entrada en juego de la cláusula de primacía (sería «difícilmente concebible [...] que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta»).

2. *La salvaguardia última de la supremacía de la Constitución española (Segundo Acto)*

Pero no descarta el TC de manera absoluta que una interpretación incorrecta, aun «difícilmente concebible» (es más, incluso «inexistente» desde «la perspectiva actual»), pudiera producirse, asomando entonces la cláusula de salvaguardia a favor de la Constitución Española (ante la inconstitucionalidad *sobrevenida* de la integración), cuyo garante último no sería otro que el propio TC («en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban [...] a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»).

V. LAS SOMBRAS EN EL DISCURSO DEL TC

1. *El carácter sólo parcialmente explícito de su conclusión*

En mi opinión y como adelanté desde un primer momento, nada hay que objetar, *en líneas generales*, al razonamiento del TC y a su conclusión, si bien ésta sólo resulta parcialmente explícita debido a que la premisa de la que parte el TC es, también y precisamente, parcial.

En efecto, el razonamiento del TC gira, desde el primer momento, en torno a la posible inconstitucionalidad del Derecho *derivado* de la Unión, y los problemas que ello podría acarrear con relación al principio de primacía; posibilidad que resulta inmediatamente descartada habida cuenta de que, nada más admitir la «dimensión sustantiva o material» del artículo 93, el TC reconoce en ella el siguiente efecto:

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

La Constitución no puede, por tanto, considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas; descartado así el control sobre éstas en términos de constitucionalidad (interna), queda consecuentemente descartada su declaración de inconstitucionalidad y, con ella, la posibilidad de poner en jaque el principio europeo de primacía (23).

(23) Sobre la importancia de conducir el control judicial interno sobre el Derecho comunitario derivado a su ámbito natural, que no es otro que el propio ordenamiento jurídico comunitario con los Tratados en su cúspide, he venido insistiendo, últimamente, en *El Juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 120 y sigs., y «El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional», en *Constitución europea y Constituciones nacionales*, ed. M. Cartabia, B. De Witte y P. Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 660 y sigs. Adviértase, por lo demás, que este descarte del control interno de constitucionalidad sobre Derecho derivado es la tónica general que se desprende de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la Conferencia, dedicada precisamente a esa cuestión —*Contrôle de constitutionnalité et Droit communautaire dérivé*—, organizada por el Consejo Constitucional francés los días 26 y 27 de septiembre de 1997 (cfr. el Informe general y las Conclusiones, en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1997, núm. 4). Y adviértase también que las dudas que entonces suscitaba la cuestión al propio organizador de la Conferencia, han quedado en gran medida disipadas a lo largo de junio y julio de 2004: cfr. sus Decisiones de 10 de junio de 2004 (núm. 2004-496, *confianza en la economía numérica*), 1 de julio de 2004 (núm. 2004-497, *comunicaciones electrónicas*).

¿Y a qué se debe que la Constitución Española no pueda considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas?

A que, en virtud del artículo 93, dicha validez sólo puede cotejarse a la luz del propio ordenamiento jurídico comunitario (24), siempre y cuando éste comparta los principios y valores básicos que presiden el propio ordenamiento jurídico español.

cas y servicios de comunicación audiovisual) y 29 de julio de 2004 (núm. 2004-498, *bioética*, y núm. 2004-499, *protección de datos de carácter personal*).

(24) Debe tenerse en cuenta de que el Tratado Constitucional apuesta claramente por heredar el legado comunitario, continuando la senda, según vimos y tal y como recogía el Preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos». «Convencidos de que los pueblos de Europa», recoge ahora el Preámbulo del Tratado Constitucional, «sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada más estrechamente unidos, a forjar un destino común». Y la manera de forjar ese destino común va seguir estando inspirada en la tradicional dinámica de una progresiva profundización en la integración, traducida en una intensificación, y en su caso expansión, de las reglas comunitarias o supranacionales de funcionamiento de la Unión en la gestión de las competencias cedidas por los Estados miembros. Prueba de ello es el mismísimo primer artículo del nuevo Tratado, según el cual «la presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar sus objetivos comunes». Para lo cual, añade a continuación, «la Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, *de modo comunitario*, las competencias que éstos le atribuyan».

Explícito, pues, el deseo de heredar un determinado *modus operandi*, dando continuidad sustancial a una expresión, el método «comunitario», que de otra forma habría corrido el riesgo de tener que asumir una relocalización reducida a los anales de la integración europea. Y dicha herencia se asume, como adelantaba, en términos de intensificación y expansión de la integración que se pretende sean más coherentes y sistemáticos.

Así, frente a la clásica presentación de la Unión como un templo griego asentado sobre tres pilares bien diferenciados, a saber, el supranacional comunitario y los intergubernamentales dedicados a la Política Exterior y de Seguridad Común, y a la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior, cuya nítida separación comenzó a difuminar, sobre todo por lo que a este tercer y último pilar se refiere, el Tratado de Ámsterdam, el Tratado Constitucional propone una visión más homogénea de la Unión, concentrada en sus aspectos supranacionales, matizados a más y a menos en un marco común cual es el Título V de la Parte I, dedicado al «Ejercicio de las Competencias de la Unión». El punto de partida va a ser, pues, dicho Título V, que, tras presentar bajo la rúbrica de «Disposiciones Comunes» los instrumentos jurídicos reconocidos a la Unión para ejercitar las competencias otorgadas, inspirados en la metodología comunitaria, va a matizar a continuación, por la vía de «Disposiciones Particulares», su desenvolvimiento en el terreno de la Política Exterior y de Seguridad Común (incluida como parte integrante suya la Política Común de Seguridad y Defensa) y en el terreno, fertilizadas las semillas del que fuera tercer pilar de la Unión, del «constitucionalmente» bautizado como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; particularidades estas «a menos» en términos supranacionales, a las que van a acompañar particularidades «a más» recogidas en un Capítulo dedicado a las «Cooperaciones Reforzadas», cuya finalidad, como apunta su propia denominación y expone el arti-

A partir de ahí, el TC se va a esforzar por demostrar, a través de un *genérico* control de constitucionalidad ejercitado sobre el Derecho *originario*, cómo del Tratado Constitucional se desprende que, efectivamente, la Unión y España comparten tales principios y valores básicos; lo que le lleva a reafirmarse en su premisa («las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución»), con la salvaguardia final de que su discurso podría llegar a cambiar si en algún improbable momento aquéllos dejaran de compartirse [cambio que entiendo se produciría en el sentido de poner fin a una —como veremos— lectura aperturista del texto constitucional español, pasando a ejercitar un control rígido sobre el texto constitucional europeo (25)].

No da el TC respuesta explícita, sin embargo, a lo que sucede si, aun asumiendo su razonamiento *in totum*, se observa, más allá de la genérica confluencia en torno a principios y valores básicos, una contradicción entre preceptos concretos de la Constitución Española y preceptos concretos de la Constitución Europea (amparando estos últimos, en su caso, normas comunitarias derivadas, y habida cuenta de que, por lo demás, el Tribunal de Justicia no puede ejercer sobre ellos controles de validez sino, a lo sumo, interpretarlos hasta el límite *contra constitutionem*).

Pongo un ejemplo bien concreto. Imaginemos que hubiese sido la Constitución Europea, y no el Tratado de Maastricht, la que hubiese incorporado el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones locales. Imaginemos también que no se le hubiese requerido al respecto al TC en el marco del control previo. ¿Qué habría pasado el día de mañana?

Otro ejemplo, este sí directamente vinculado con una importante novedad de la Constitución Europea: imaginemos que el día de mañana pudiera surgir alguna duda sobre la constitucionalidad de la previsión en el artículo IV-444 de

culado, consiste en «impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración».

No perdamos de vista, por lo demás, que este esfuerzo en aras de una mayor clarificación en el proceso de cohesión conceptual de la Unión, se lleva a cabo en un más amplio contexto de clarificación del ejercicio del poder público europeo, así como de los límites de dicho ejercicio de cara al ciudadano, aspectos estos que son los que acentúan el contenido «constitucional» del nuevo Tratado.

(25) Esto es, en ningún caso podría desembocar tal cambio en un control de constitucionalidad operado directamente sobre el Derecho europeo derivado, sino, en su caso y habiendo dado previamente la oportunidad al Tribunal de Justicia de pronunciarse al respecto, sobre el Derecho europeo originario.

que el Parlamento español pueda vetar directamente una revisión simplificada de la Parte III (26). ¿Qué pasaría entonces?

Resulta difícil encontrar una respuesta en la DTC 1/2004, por la sencilla razón de que, como señalaba, el TC concentró su razonamiento y su conclusión en la aptitud de la Constitución Europea para operar un control sobre el Derecho derivado a la luz de principios y valores compartidos por la Constitución Española, descartando así una depuración del mismo conforme a parámetros constitucionales internos que chocaría con el principio de primacía. ¿Qué decir, sin embargo, respecto de una posible colisión concreta y puntual con la propia Constitución Europea? ¿Está extendiendo el TC un cheque en blanco de constitucionalidad más allá del debido respeto del umbral que representan los genéricos principios y valores esenciales?

En mi opinión, no creo que esté en el espíritu de la Declaración 1/2004 reconocer al artículo 93 una capacidad de «auto-ruptura» constitucional con el único límite del «núcleo duro» que representan la «soberanía del Estado», nuestras «estructuras constitucionales básicas» y el «sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia» (27), en términos similares a los defendidos con ocasión del Tratado de Maastricht por el Consejo de Estado (28) y tajantemente descartados en la Declaración

(26) En Francia, por ejemplo, el Consejo Constitucional, en su ya citada Decisión de noviembre de 2004, consideró que «el derecho reconocido al Parlamento francés de oponerse a una modificación del Tratado según el procedimiento simplificado previsto en el artículo IV-444, hace necesaria una revisión de la Constitución con el fin de permitir el ejercicio de tal prerrogativa».

(27) Conceptos que en gran medida podrían reconducirse al Título Preliminar, a la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I y al Título II, sometidos a un procedimiento —el del artículo 168— especialmente riguroso para su reforma.

(28) Dictamen de 20 de junio de 1991 (núm. de expediente 850/91), en el que consideró factible eludir por la vía del artículo 93 el Título X de la Constitución, con el límite de «aquellas materias constitucionales que sólo pueden reformarse mediante el procedimiento de rigidez agravada por el artículo 168 de la propia Constitución» (en la misma línea, *cfr.* Dictamen de 9 de abril de 1992, núm. de expediente 421/92). La tesis defendida entonces por el Consejo de Estado ha sido recientemente retomada por su actual Presidente, F. Rubio Llorente, a los efectos de defender una reforma «para que efectivamente diga [el artículo 93] lo que el Consejo de Estado quiso leer en él, y en su redacción actual, como dijo el Tribunal Constitucional, manifiestamente no dice» (*La necesidad de una reforma constitucional*, Conferencia pronunciada el 28 de octubre de 2004 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, recogida en su página web).

Puede traerse aquí a colación el Informe del Tribunal de Justicia elaborado (bien que a título personal) por M. Wathelet y S. van Raepenbusch (Juez y Letrado, respectivamente) con ocasión del XII Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrado en el *Palais d'Egmont* de Bruselas los días 14 a 16 de mayo de 2002 (*Les relations entre les Cours Cons-*

1/1992 (29). Considero, en cambio, que debe entenderse en clave de permitir una mayor flexibilización en la lectura del texto constitucional, susceptible de salvar, en un *acentuado* marco de interpretación *pro-communitate* (30), colisiones que de otra forma aflorarían con mayor facilidad (31) [sobre todo, en el contexto de controles *ex-post* (32), y una vez permitida, forzada en su caso, la previa intervención del Tribunal de Justicia].

2. *La naturaleza unidireccional de su razonamiento: el alcance de la cláusula de integración y de la cláusula de retirada voluntaria*

La anterior conclusión, sin embargo, exige superar el razonamiento en exceso unidireccional del TC, en el que la dimensión múltiple y dialéctica, propia del entramado constitucional europeo, brilla por su ausencia.

tionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes. Rapport de la Cour de Justice des Communautés Européennes). «Ciertamente», señalan, «corresponde a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros determinar el alcance y los límites del fundamento constitucional que permite al Estado transferir competencias a la Comunidad». Pero, matizan a continuación, «sería más que deseable que este control sea ejercitado de antemano, previamente a la ratificación del Tratado, o al menos, si *a posteriori*, dentro de un plazo razonable» (a lo que añaden que, en todo caso, «incumbe exclusivamente al TJCE decidir sobre la validez de los actos comunitarios, comprendido como ángulo control, naturalmente, el respeto de las competencias atribuidas a la Comunidad y a cada una de sus Instituciones»)

(29) FJ. 4: «En virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución permite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X».

(30) Y aquí radica esencialmente lo que considero el principal cambio de la Declaración 1/2004 respecto de la Declaración 1/1992.

(31) *Cfr.* al respecto P. PÉREZ TREMPES: *Constitución Española y Comunidad Europea*, antes citado, págs. 72 y sigs.

(32) Pues no creo que esté en el espíritu de la propia Constitución equiparar el método interpretativo en el marco del control previo y del control posterior, habida cuenta de, como reconoció la Declaración 1/1992 e insiste ahora la Declaración 1/2004, «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada».

De hecho, considero que, pese a la rotundidad del la Declaración 1/1992, bien otro podría (y en mi opinión, debería) haber sido su pronunciamiento (a la luz, entre otros, de los sólidos argumentos sugeridos en el requerimiento) acerca del alcance del artículo 13.2 de la Constitución con relación al —entonces— artículo 8 B del Tratado de la Unión, si se hubiera producido no en el marco de un control *ex ante*, sino *ex post*.

En efecto, el TC sólo se esfuerza por explicitar la presión que ejercen las Constituciones nacionales sobre el texto constitucional europeo, olvidando la presión que éste a su vez está llamado a ejercer sobre aquéllas (33) [salvo en el terreno específico de los derechos fundamentales, en el que el TC subraya (34) que la eficacia interpretativa que a la Carta de la Unión debe otorgársele en virtud del artículo 10.2 (35), debe entenderse «sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro *ex* artículo 93 CE»]. En nuestro caso, además de por imperativo del principio de cooperación leal (artículo I-5.2), por imperativo de la propia Constitución Española, concretamente del artículo 93, cuya «dimensión sustantiva o material» ahora enfatizada por el TC no es que tan sólo «no cabe ignorar» (36), sino que además, como el propio TC recalca (37) —parece que un tanto retóricamente a la luz de su ulterior discurso—, debe leerse en clave de «fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración y de nuestra vinculación al Derecho comunitario».

Lo que implica que así como los artículos I-2, I-5 y II-112.4 imponen lecturas *pro-Constituciones nacionales* de la Constitución Europea, así también el artículo 93, si se quiere ser consecuente con la integración y, sobrepasando la mera retórica, apurar las consecuencias de su consideración como fundamento último de nuestra vinculación con la Unión, impone lecturas *pro-Constitución Europea* de la Constitución Española. Con otras palabras, eludir el conflicto último entre el Derecho de la Unión y la Constitución Española, determinante de la entrada en juego del límite de la primacía y del contra-límite nacional, no sólo está en manos de un Tribunal de Justicia que deba esforzarse, porque así se lo impone en los términos expuestos la Constitución Europea, por cohesitar los valores de la Unión con los valores supremos de los Estados miembros, incluida España, en los que aquellos encuentran su cimiento mismo; está también en manos de un TC que debe esforzarse, porque así se lo impone una lectura teleológica del artículo 93, por superar en un marco de integración aproximaciones excesivamente unilaterales a los principios y valores (y demás particularidades no básicas) de nuestro texto constitucional.

(33) De «metaconstitucionalidad recíproca» habla P. CRUZ VILLALÓN: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 73. No hay que olvidar que la violación de los principios y valores de la Unión, amén de impedir la adhesión y condicionar las relaciones —de la Unión— con terceros Estados, puede determinar la suspensión de derechos de pertenencia a la misma (artículo I-59).

(34) FJ. 6.

(35) Que, por cierto, abona por su parte el terreno para la expansión de la Carta más allá del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (*cfr.* artículo II-111 de la Constitución Europea).

(36) FJ. 2, párrafo séptimo *in fine*.

(37) FJ. 2, párrafo quinto.

En todo caso, y en el supuesto —según el TC— «difícilmente concebible» de que la colisión fuera en última instancia insalvable no ya vía interpretativa, sino incluso mediante reforma, la salvaguardia de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución,

«siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros».

Vuelve aquí el discurso a ser excesivamente unidireccional. No ya porque una vez decidida soberanamente la «retirada voluntaria», deba después negociarse con la Unión la forma de practicarla (38), sino porque, como parece admitir implícitamente el propio TC, su terreno natural es, precisamente, el de la asunción de la primacía última del Derecho de la Unión una vez constatada la colisión insalvable vía interpretativa y fracasada la conciliación a través de la reforma de la Constitución Española [o de la Europea (39)]. Con otras palabras, la cláusula de retirada no hace sino consolidar, creo, el carácter dual (o múltiple si se tienen en cuenta las demás Constituciones nacionales) del entramado constitucional europeo: refuerza la soberanía última de los Estados miembros (40), que deciden renunciar a la Unión precisamente ante la imposi-

(38) Artículo I-60.2: «El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará de conformidad con el apartado 3 del artículo III-325. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo».

(39) Lo que por ejemplo se hizo en Maastricht con los Tratados de la Unión y de la Comunidad, adoptándose el Protocolo sobre el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa para superar hipotéticos conflictos entre la libre prestación de servicios médicos —propia del Derecho comunitario— y la protección del *nasciturus* —prevista en el ordenamiento irlandés— (hipotéticos conflictos que habían quedado en el aire, por cierto, tras una cuidada operación del Tribunal de Justicia en términos que he calificado en otro lugar de «pragmatismo judicial» —*Derecho Comunitario*, cit., págs. 654 y sigs.—, manifestación también de las modulaciones prácticas a la primacía a las que antes me referí).

(40) Frente a la supuesta «limitación definitiva» de la soberanía a la que aludí el Tribunal de Justicia en *Flaminio Costa*, a la que nunca —salvo error— ha vuelto a referirse y que fue contestada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht: «Alemania es uno de los señores de los tratados, que justificaron su vinculación al Tratado de la Unión, suscrito por un período de tiempo ilimitado (artículo Q TUE) con la voluntad de ser miembros a largo plazo, aunque, en definitiva, podrían anular tal pertenencia en virtud de un acto en sentido contrario»; rechazo, pues, de la limitación definitiva de soberanía proclamada por el Tribunal de Justicia, que vuelve a aflorar con ocasión del carácter irre-

bilidad de asumir la primacía también última de la Constitución Europea sobre sus propias Constituciones. Se trata, en definitiva, de una cláusula jurídica de fuerte contenido simbólico (al ofrecer una improbable, en términos políticos, soberana salida al Estado que no consiga la adecuación de su ordenamiento constitucional al propiamente europeo), que, amén de reforzar la primacía del Derecho de la Unión (a modo de que «el que no esté a gusto en el club, es libre de dejar de ser socio»), supone un decisivo fortalecimiento de su naturaleza «autónoma» (41) (al prever expresamente no sólo la denuncia, sino también el procedimiento a seguir y sus consecuencias, lo que acentúa a su vez la naturaleza «constitucional» del nuevo Tratado), distinto tanto del internacional como del nacional de los Estados miembros en el que, no obstante, se integra (habida cuenta de que, entre las tradicionales debilidades de esa naturaleza autónoma, asomaba la aparente imposibilidad de solventar el conflicto último entre normas constitucionales, nacionales y europea, sobre la base de una autonomía que, al no prever nada al respecto, determinaba una suerte de inevitable *vis atractiva* en favor del Derecho Internacional general).

3. ¿Primacía, supremacía?

En otro orden de consideraciones, estimo no sólo innecesaria, sino extraordinariamente perturbadora, la incursión conceptual del TC en el mundo de la

versible del paso de la Comunidad a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria afirmado por el Protocolo del Tratado de la Unión dedicado a la transición a la mencionada fase, señalando el Tribunal Constitucional que, configurada la Unión Monetaria «en cuanto comunidad comprometida por una estabilidad duradera y que garantiza en particular la estabilidad del valor del dinero», nada se opondría, «a modo de última ratio», a «la separación de la Comunidad en caso de que se malogre la comunidad con vocación de estabilidad».

Línea similar había mantenido el Tribunal Constitucional español, que en su Declaración 1/1992 separó nítidamente la cesión de competencias de su titularidad, no sin antes haber recordado la doctrina Flaminio Costa con su «limitación de derechos soberanos en expresión del Tribunal de Justicia», omitiendo el Tribunal Constitucional cualquier alusión al carácter definitivo con que el Tribunal de Justicia había calificado, también expresamente, tal limitación.

Omisión que, dicho sea de paso, también realizó la Cour de Cassation belga en su decisión *Le Ski*, de 27 mayo 1971, célebre, curiosamente, por la asunción de la primacía del Derecho comunitario sobre la base exclusiva del Derecho internacional, en general, y del comunitario, en particular (cfr. H. BRIBOSIA: *Report on Belgium*, en *The European Courts and National Courts*, ed. A. M. Slaughter, A. Stone y J. H. H. Weiler, Hart Publishing, Oxford, 1997, pág. 17).

(41) Intensificado, además, por el hecho de que sea la Unión en cuanto tal, como hemos visto, la que deba negociar con el Estado en cuestión la forma de la retirada, cerrando el acuerdo final el Consejo por mayoría cualificada tras el consentimiento del Parlamento Europeo (cfr. K. LENAERTS y D. GERARD: «The Structure of the Union according to the Constitution for Europe: The Emperor is Getting Dressed», *European Law Review*, 2004, núm. 3, pág. 306).

«primacía» y de la «supremacía». La «primacía», se nos dice ahora, se desenvuelve en el orden de «la aplicación de normas válidas», sustentándose «en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones» (ello a diferencia de la «supremacía», principio concerniente al orden de «los procedimientos de normación» y que determina la «invalidez» de las normas que contradigan lo dispuesto imperativamente en otras «de carácter jerárquico superior»).

Entendida en estos términos la primacía, y asumido por el TC que en tales términos se desarrollan, globalmente, las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español, la conclusión no puede ser más sencilla: en ningún caso aquél puede conllevar la invalidez de éste en caso de contradicción, sino a lo sumo su desplazamiento o inaplicación (42).

He aquí, en consecuencia, que la jurisdicción contencioso-administrativa queda de la noche a la mañana incapacitada para hacer lo que, con toda corrección desde mi punto de vista, ha venido haciendo hasta ahora con la mayor naturalidad, a saber, anular las disposiciones de rango reglamentario ante ella directamente impugnadas por vulneración de normas comunitarias, incluso cuando aquellas cuentan con cobertura de leyes (43) (sobre las que, en cambio, no pueden emitir juicios en términos de validez, lo que, unido a la incompetencia del propio TC para intervenir al respecto al considerar éste los problemas de «comunitariedad» de las leyes como algo ajeno a su «constitucionalidad», imposibilitaba discutiblemente (44), ya antes de la Declaración 1/2004, su depuración judicial con efectos *erga omnes*).

Incurre así el TC de nuevo en el mismo error en que incurrió en su Sentencia 28/1991, al generalizar la calificación de la contradicción entre Derecho comunitario, estimado en su conjunto, con el Derecho interno, también globalmente considerado, como un puro problema de «selección de la norma aplicable».

En efecto, el error, en ambos casos, ha consistido en extender a las normas reglamentarias un discurso pensado con relación a la disposiciones internas

(42) Tesis defendida en nuestra doctrina por J. L. REQUEJO PAGÉS: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 57 y sigs.

(43) *Cfr.* por ejemplo STS 26 de enero de 2000 (Ar. 10108), en la que se subraya que «la eventual acomodación de la norma reglamentaria impugnada en un recurso contencioso-administrativo con una Ley interna no es obstáculo para que los órganos jurisdiccionales de este orden jurisdiccional aprecien la disconformidad de aquélla con el Derecho Comunitario y, por aplicación del principio de primacía de éste sobre el Derecho interno, la anulen».

(44) Me remito a la Primera Parte de mi trabajo *El Juez español y el Derecho comunitario*, ya citado.

con rango o fuerza de ley (45): al no poderse impugnar directamente y con carácter general ante los jueces ordinarios leyes por contrarias al Derecho comunitario, era evidente que la capacidad de maniobra de éstos quedaba reducida a un control en términos de pura inaplicación (por ejemplo, de selección de norma aplicable, sostuvo el TC entonces; excluido cualquier juicio acerca de su validez, dice ahora), con ocasión de la impugnación de la operatividad de la ley en casos concretos; pero la jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, parece que debía (y de hecho así lo hizo, y considero que debiera seguir haciendo) conservar intacta, al margen de la pura «selección de la norma aplicable», su competencia para controlar reglamentos por contrarios «a Derecho», incluido el comunitario, en el marco de recursos directos, esto es, en términos de validez y con efectos depurativos *erga omnes* (control en tales términos y con tales efectos sobre los reglamentos que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 se encargaría de extender al terreno de las impugnaciones indirectas —esto es, con ocasión de la impugnación de sus actos de aplicación—, activando en su caso, tras haber operado la selección de la norma aplicable, la «cuestión de ilegalidad»).

Refinado laberinto, en definitiva, en el que se ha metido de nuevo el TC, cuya salida pasa, cuanto menos, por circunscribir su generalizada incursión conceptual en el mundo de la primacía-supremacía al exclusivo ámbito de las normas con rango o fuerza de ley.

4. *El silencio en torno a la extensión de la primacía al Derecho «de la Unión»*

Debe tenerse en cuenta, por lo demás y para concluir, que la primacía se proclama en favor del Derecho de la Unión *in genere*, esto es, incluido el adoptado en el terreno de la Política Exterior y Seguridad Común, no obstante su control limitado por el Tribunal de Justicia (46) [cuestión que no mereció, pese a su importancia, consideración alguna del TC (47)].

(45) Obvio es que asumo que el discurso del TC no abarca la Constitución misma; de lo contrario, estaríamos ante un imposible de encubrir *overruling* de la Declaración 1/1992 (por lo demás incoherente con el propio razonamiento de la Declaración 1/2004: *cf.* en este sentido, V. FERRERES COMELLA: *La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea*, de próxima publicación por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

(46) En lo concerniente a la Política Exterior y de Seguridad Común, el punto de partida del Tratado Constitucional (artículo III-376) es la tradicional exclusión competencial del Tribunal de Justicia *ratione materiae*.

(47) O se le pasó involuntariamente por alto, como le sucedió al Consejo de Estado: «Debe tenerse en cuenta», puede leerse en su Dictamen sobre la Constitución Europea, «que el alcance

En efecto, si al día de hoy se discute si la primacía es exclusiva del pilar comunitario (48) o si debe predicarse también respecto del segundo y del tercer pilar de la Unión (49), no parece, en cambio, existir discusión acerca de su alcance general en el Tratado Constitucional (50).

Lo cual, más allá del debate acerca de si es posible la primacía desconectada de la eficacia directa (51), plantea la difícil cuestión de su extensión a un terreno en el que, como señalaba, el control del Tribunal de Justicia es, en principio, limitado (52). Sin ir más lejos, no está nada claro si la primacía en el terreno de la Política Exterior y Seguridad Común debe predicarse, allí donde está excluida la jurisdicción del Tribunal europeo, aun en ausencia de control

incondicional del principio de la primacía del Derecho comunitario (*Derecho de la Unión en expresión de la rúbrica del artículo I-6*) afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no coincide exactamente con el reconocimiento de tal principio realizado por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros...».

(48) En este sentido, por ejemplo, K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL: *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pág. 605.

(49) En este sentido, por ejemplo, A. VON BOGDANDY y M. NETTESHEIM: «Ex Pluribus Unum: Fusion of the European Communities into the European Union», *European Law Journal*, 1996, núm. 3, págs. 283-284.

(50) Cfr. el propio LENAERTS, junto con D. GERARD: *The Structure of the Union according to the Constitution for Europe: The Emperor is Getting Dressed*, cit., pág. 301.

(51) Cfr. al respecto el citado Informe de la House of Lords, *The Future Role of the European Court of Justice*, puntos 35-36.

(52) Teniendo en cuenta, no obstante, que el antes mencionado punto de partida del Tratado Constitucional en términos de exclusión de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, resulta inmediatamente puntualizado al admitirse dicha competencia (párrafo segundo del artículo III-376) respecto de «los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el apartado 4 del artículo III-365 [que regula la legitimación de los particulares para impugnar la actividad de la Unión directamente ante los tribunales de la propia Unión] y relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en virtud del Capítulo II del Título V [relativo a la PESC]».

Queda pues, claro, que independientemente de la competencia que en la actualidad ostenta el Tribunal de Justicia, y que el Tratado Constitucional asume en el mismo artículo III-376, para controlar que las medidas y los procedimientos PESC no invadan las competencias propias de la Comunidad Europea (segundo párrafo *ab initio*), así como para enjuiciar sanciones económicas adoptadas en el marco comunitario en aplicación de decisiones adoptadas en el ámbito PESC, el Tribunal de Justicia pasa a ostentar explícitamente competencia sobre medidas propiamente PESC que restrinjan la esfera jurídica de los particulares.

El Tratado Constitucional, por lo demás, también incorpora la posibilidad —en la actualidad vedada— de someter los acuerdos internacionales celebrados en el ámbito PESC al control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal de Justicia (artículo III-325.11) (*cf.* no obstante las dudas que ello suscita a G. GAJA en su *Memorandum* presentado a la House of Lords, en *The Future Role of the European Court of Justice*).

judicial alguno (53), o si debe predicarse en tanto en cuanto se acepte el control sobre las intervenciones de la Unión, y una vez superado el mismo, por los jueces y tribunales nacionales (54).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN «SOLANGE II» A LA ESPAÑOLA

A modo de conclusión, puede resaltarse que la principal variante de la Declaración 1/2004 respecto de la Declaración 1/1992, está en el énfasis ahora puesto en la dimensión sustantiva del artículo 93 de la Constitución, que lleva al TC, aun reconociendo la supremacía última de la Constitución Española sobre cualquier otra norma jurídica, incluida la Constitución Europea, a asumir una apertura europeísta de nuestro texto constitucional, que se mantendrá «en tanto en cuanto» España y la Unión sigan compartiendo unos mismos principios y valores esenciales que la Constitución Europea viene a consolidar.

¿Y en qué se traduce —o debe traducirse— este nuevo clima de «tolerancia constitucional»? (55).

Por un lado, en forzar al juez español a asumir su condición, a la vez, de juez europeo, impulsando el diálogo con un Tribunal de Justicia que, sobre la base de unos principios y valores compartidos, permita la depuración del ordenamiento jurídico de la Unión en su propio seno.

(53) Ausencia, tal y como recuerda —y aplaude— T. TRIDIMAS en su *Memorandum* presentado ante la House of Lords, familiar a muchos Estados miembros con relación a sus respectivas políticas exteriores; cfr. también al respecto las significativas aportaciones de H. J. Papier —Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán— y R. Errera —Consejero de Estado francés honorario—, subrayando el amplio margen de discrecionalidad reconocido en la materia a los ejecutivos nacionales. Por lo que respecta a España, recuérdese que el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 excluía de su ámbito de conocimiento «las cuestiones que se susciten en relación con los *actos políticos* del gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-Administrativa». Sobre la historia del acto político y su superación con la Constitución de 1978 primero y la nueva Ley de 1998 después, cfr. S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004, págs. 585 y sigs.

(54) Pues como concluye la propia House of Lords (punto 103, nota 30), es discutible que la *doctrina Foto-Frost* (que proclama el monopolio del Tribunal de Justicia sobre los juicios *negativos* de validez del Derecho comunitario) resulte aquí aplicable.

(55) Tomo la expresión de J. H. H. WEILER, por él manejada y explicada en *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, págs. 67 y sigs.

Y, por otro, en flexibilizar, sin renunciar a su supremacía última, la interpretación de la Constitución Española (manejando, llegado el caso y sobre todo en el contexto de controles *ex post*, cánones benévolos de constitucionalidad) en el marco de una Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico viene el TC a reconocer una suerte de presunción genérica de constitucionalidad, al compartir los mismos principios y valores esenciales.