

dades que se consideran como perjudiciales para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, es decir, una lista de actividades constitutivas de un paso no inocente. A esta original disposición de la CNUDM (aunque no de la práctica internacional) hay que sumar la contenida en su artículo 20 (que en cambio sí tiene precedente en el Convenio de 1958) para completar esa lista de conductas que implican un paso no inocente. Dicho artículo 20 también tiene una particular importancia para el paso de los buques de guerra cuando los obliga a navegar por la superficie enarbolando el pabellón.

Debe tenerse en cuenta que un aspecto muy significativo de la CNUDM en lo que respecta al paso inocente de los buques de guerra viene constituido por una disposición que no forma parte de aquellas que este instrumento dedica a la materia en cuestión. Nos referimos al artículo 3, que fija la anchura de este espacio marítimo en 12 millas marinas. El alcance de este artículo, que ha puesto término a muchas décadas de ausencia de consenso al respecto, es enorme. En el campo que nos ocupa, ha permitido fijar la extensión espacial en la cual se puede ejercer el derecho de paso inocente, así como el espacio en el cual el Estado ribereño puede llevar a cabo su control, en particular, sobre los buques de guerra extranjeros.

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN: COMENTARIO A LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de La Rioja
Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario Europeo

SUMARIO

I. ASPECTOS GENERALES.—II. LA DIFÍCIL TESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. EL REPENTINO GIRO JURISPRUDENCIAL. 1. *Cuestiones generales: el abandono de la anterior concepción jurisprudencial.* 2. *La distinción entre primacía y supremacía: una construcción forzada pero útil.* 3. *La nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: su dimensión material.* 4. *El establecimiento de una reserva futura: en busca de una cláusula Solange a la española.* 5. *Los límites del artículo 93: una cuestión apartada a la espera de una nueva cláusula europea.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENCUENTRA SU PAPEL EN EL DERECHO COMUNITARIO.

I. ASPECTOS GENERALES

Con la firma en Roma el 29 de octubre de 2004 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹ quedó despejado el camino para que, conforme a lo previsto en el propio texto, el Tratado fuese «ratificado por las Altas Partes contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (art. III-447.1). Se abrió, con ello, un proceso que, en el mejor de los supuestos imaginables, tenía en mente que el Tratado entrase en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre, eso sí, que antes se hubiesen «depositado *todos* los instrumentos de ratificación».

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Gobierno de La Rioja (ANGI 22/2005).

¹ Un primer acercamiento general al contenido de este Tratado lo encontramos en MANGAS MARTÍN A.: *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

De producirse algún retraso, la entrada en vigor del mismo se diferiría hasta «el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad» (art. IV-447.2). Y en el peor de los escenarios posibles –que es precisamente en la situación en la que nos encontramos en la actualidad tras los «no» en los referenda de Francia y Países Bajos– nos confrontaría con la búsqueda de una salida airosa a la falta de ratificación por alguno o algunos de los 25 Estados miembros de la Unión Europea, sea con la ayuda de la opaca e indeterminada Declaración 30² o sea, como parece más probable en situaciones de crisis como la actual, recurriendo a las reglas tradicionales del Derecho internacional público.

Sin embargo, diversos Estados miembros, entre los que se encuentra España junto a otros 12 Estados, ya han procedido a ratificar conforme a sus normas constitucionales internas el referido Tratado. En concreto, el Gobierno español, al margen de lo estrictamente previsto por el artículo 93 de la Constitución española como procedimiento *ad hoc* para canalizar la autorización para la celebración de este Tratado Constitucional³, decidió hacer uso de la posibilidad que brinda el artículo 92 de nuestra Constitución⁴ y convocó un referéndum consultivo que se celebró el pasado 20 de febrero. Nos convertimos, así, en el primer Estado de la Unión Europea que acudió a las urnas –probablemente con una cierta precipitación innecesaria– para dar su respaldo al Tratado Constitucional⁵.

Esta decisión de convocar un referéndum vino acompañada, haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución⁶, de una petición del Gobierno dirigida al Tribunal Constitucional en forma de cuatro preguntas bien precisas para que declarase si existía o no contradicción entre el Tratado Constitucional y

² En virtud de esta Declaración la «Conferencia hace constar que si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo *examinará la cuestión*» (subrayado añadido).

³ Vide, entre los trabajos más recientes sobre los preceptos constitucionales semejantes a nuestro artículo 93, CLAES M.: «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», en Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps (dir.): *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 123-190.

⁴ Este precepto prevé que las «decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos», correspondiendo su convocatoria al Rey, «mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados». Este procedimiento se desarrolla en el artículo 6 de la LO 2/1980.

⁵ No así para ratificarlo, ya que en aquellos momentos había al menos dos Estados (Lituania y Hungría) que ya habían depositado, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, los respectivos instrumentos de ratificación.

⁶ En su virtud, cuando a la hora de celebrar un tratado internacional existan dudas sobre la compatibilidad con la Constitución de alguna de sus estipulaciones «el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». En consonancia con esto, el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé igualmente que «[e]l Gobierno o cualquiera de las de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado».

la Constitución española⁷ de la que en realidad no fue en absoluto ajeno el controvertido dictamen anterior del Consejo de Estado⁸.

El Tribunal Constitucional, con una celeridad tan inusitada como necesaria en la delicada situación que se había creado al existir una fecha ya establecida para celebrar el referéndum⁹, dictó en apenas cinco semanas¹⁰ –el 13 de diciembre de 2004– la Declaración 1/2004¹¹ a la que ahora dedicamos estas reflexiones iniciales y en la que, como veremos, consideró que no había contradicción alguna entre el Tratado Constitucional y la Constitución Española.

El valor y el significado de esta Declaración excede, con todo, a la mera respuesta a estas preguntas, cuestión ya de por sí notable. La argumentación empleada para llegar a esas relevantes conclusiones merece en algunos de sus aspectos –en especial el referido al alcance del artículo 93 de la Constitución Española– una atenta mirada. Para ello, prescindiendo en esta sede de un análisis exhaustivo de la Declaración¹² y dejando de

⁷ En concreto, se le requiere pronunciamiento al Alto Tribunal sobre cuatro cuestiones precisas: 1) La existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el artículo 1-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; 2) A la vista de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española, la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los artículos II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que forman parte de la Carta de derechos fundamentales; 3) La suficiencia o no del artículo 93 de la Constitución Española a los efectos de prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa; 4) En su caso, el cauce de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución Española al Tratado por el que establece una Constitución para Europa.

⁸ Dictamen de 21 de octubre de 2004, expediente núm. 2544/2004, parcialmente reproducido en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 645, de 18 de noviembre de 2004, pp. 7-13.

⁹ De hecho, no faltaron voces doctrinales que consideraban sin espacio para la duda que «si el Gobierno –como parece lógico– sigue el criterio del Consejo de Estado y solicita al TC el pronunciamiento sobre la acomodación del Tratado a la Constitución Española, *no existe tiempo real para que el Alto Tribunal emita su Declaración antes de la fecha de la consulta (20 de febrero de 2005)*»; PULIDO QUECEDO, M.: «La Constitución europea y su referéndum: a propósito del Dictamen del Consejo de Estado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 645, de 18 de noviembre de 2004, p. 7, subrayado añadido. Claro que, caso que el Gobierno hubiese decidido demorar la petición de Declaración a un momento posterior a la celebración del referéndum, habría colocado al Tribunal Constitucional en una tesitura –como poco– igualmente delicada, especialmente si el resultado del referéndum, como fue el caso, resultare a favor del Tratado Constitucional.

¹⁰ Recuérdese que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regular la tramitación de este procedimiento, prevé expresamente un plazo de un mes para que, una vez recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplaze a los restantes órganos legitimados –en este caso las dos Cámaras– para que expresen su opinión fundada en Derecho. Y otro mes más para que el Alto Tribunal emita su declaración, salvo que por alguno de los motivos previstos (petición de aclaraciones, ampliaciones o precisiones a partes o personas físicas o jurídicas terceras) lo amplíe en un mes más (art. 78.2 y 3 LOTC).

¹¹ BOE de 5 de enero de 2005. También disponible, junto a los tres votos particulares, en <http://tribunalconstitucional.es/Stc2004/DTC2004-001.htm>; publicada igualmente en *Noticias de la UE*, 2005, núm. 250, pp. 123-146.

¹² Otros aspectos de esta Declaración han sido ya abordados desde perspectivas bien dispares en otros trabajos anteriores. Cfr. ALEGRE ÁVILA J. M.: «El Derecho interno y Constitución Europea: la primacía del Derecho Comunitario Europeo. La declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2005, pp. 1749-1779; ALONSO GARCÍA R.: «Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, pp. 339-364; AREILZA CARVAJAL J. M.: «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional (comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, pp. 365-378; DÍEZ MORENO F.: «Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, acerca de la existencia de contradicción entre la Constitución

lado múltiples cuestiones conexas¹³, merece la pena detenerse brevemente en la difícil tesitura a la que se enfrentaba el Tribunal Constitucional (II) antes de centrarnos con cierto detenimiento en el inesperado giro copernicano que representa esta Declaración respecto a la jurisprudencia constitucional anterior a propósito de la concepción del artículo 93 (III) y concluir que por fin nuestro Tribunal Constitucional parece haber encontrado su papel en el ámbito del Derecho comunitario europeo (IV).

II. LA DIFÍCIL TESITURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde el mismo momento en que el Gobierno decidió utilizar la vía del artículo 95.2 y solicitar al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la existencia de contradicción entre el texto constitucional europeo y el nacional, el Tribunal Constitucional se encontró, en efecto, en una difícil tesitura. En este sentido, si el Tribunal Constitucional mantenía su anterior posición y declaraba la existencia de contradicción entre ambos textos normativos y la insuficiencia del artículo 93 para autorizar la celebración del Tratado Constitucional, perdería buena parte de su sentido el referéndum que se había convocado para el 20 de febrero y abriría además un proceso de reforma constitucional (bien a través del artículo 167 o del 168) que se anticiparía –y hasta distorsionaría– a las reformas ya anunciadas en otras materias en el debate de

Española y el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2005, pp. 1515-1521; FERRERAS COMELLA V.: «La Constitución española ante la cláusula de la primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Constitución Española y Constitución Europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 77-100; GÓMEZ FERNÁNDEZ I.: «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», *Civitas-Revista Española de Derecho Europeo*, 2005, pp. 297-327; LÓPEZ CASTILLO A.: «La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal (en espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en AA.VV.: *op. cit.* (Constitución Española y Constitución Europea...), pp. 13-49; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J.: «La declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional: un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución Española», *Revista General de Derecho Europeo* 2005, núm. 6, www.iustel.com; RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C.: «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2005, pp. 5-16; SAIZ ARNAIZ A.: «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada», en AA.VV.: *op. cit.* (Constitución Española y Constitución Europea...), pp. 51-75.

¹³ Existen gran cantidad de cuestiones conexas de gran relevancia que, por motivos obvios, no pueden estudiarse en esta sede. Piénsese que esta relevante Declaración del Tribunal Constitucional ha encontrado reacciones doctrinales que llegan por ejemplo «a plantearse algunas cuestiones a propósito de la concreta articulación del procedimiento en (el art. 78 de) la LOTC» en el sentido de considerar «la posibilidad de una diferenciada regulación del procedimiento de control previo» según se trate de tratados internacionales ordinarios o tratados de integración. Esta posición se sustenta básicamente en la «diferenciada cualidad de un Tratado (TCUE) que no obstante su veste iusinternacional, en la medida en que establece una Constitución para Europa, alcanza una posición diferenciada entre los compromisos iusinternacionales del Reino de España y, en consecuencia, presenta una dimensión que no es la propia de otros tratados internacionales, ni siquiera de aquellos previamente caracterizados como de integración» LÓPEZ CASTILLO A.: *loc. cit.* [La Unión Europea en constitución...], pp. 17-21).

investidura del actual Presidente del Gobierno¹⁴. Por otro lado, si el Tribunal Constitucional aceptaba definitivamente la función material propia del artículo 93, rompería de manera abrupta con su anterior concepción restringida de este precepto y, a la postre, colisionaría también en cierto sentido con el ya citado Dictamen emitido por el Consejo de Estado en esa misma materia.

En este sentido, no está de más a este respecto tener presente que la Declaración 1/1992, dictada a propósito del Tratado de Maastricht y que exigió la reforma del artículo 13.2 de la Constitución Española a propósito del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea, fue –a nuestro entender con razón– objeto de severas críticas. Hasta el punto de llegarse a considerar por un sector doctrinal, tras un exhaustivo y medido análisis, que «en la primera aparición en escena constitucional del artículo 95 su fiel guardián no entendió la trama de este precepto de la Constitución»¹⁵. Ello probablemente derivaba, entre otros aspectos, de que el Tribunal Constitucional era en el fondo rehén de la miope concepción del artículo 93 que desarrolló en su desafortunada Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, y de la que hasta ahora todavía no se había logrado librar de manera clara¹⁶, si bien en la práctica sí podría constatar desde algún tiempo un discreto y progresivo alejamiento de sus trasnochadas posiciones iniciales¹⁷ constituyendo la reciente Sentencia 58/2004 un buen botón de muestra¹⁸.

En otro orden de cosas, como ya hemos apuntado, también parece fuera de toda duda posible que en la decisión gubernamental de solicitar la referida Declaración al Tribunal Constitucional influyó decisivamente el controvertido dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004¹⁹. De hecho, el Alto Órgano consultivo recomendó

¹⁴ Tales propuestas de reforma constitucional fueron: reforma del Senado, enumeración de las CCAA y desaparición de la discriminación por razón del sexo en la sucesión de la Corona.

¹⁵ 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», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, 2, pp. 381-393, en p. 385.

¹⁶ Vide, Declaración 1/1992, FJ 4 y Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4.

¹⁷ Vide, v. gr., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. y LÓPEZ CASTILLO A.: «Droit de l'UE et Constitutions nationales (Espagne)», *XX Congrès de la FIDE*, Londres, 2002, pp. 313-386; disponible también en www.fide2002.org/reportseulaw.htm. Vide, igualmente ALONSO GARCÍA R.: *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, y AZPITARTE SÁNCHEZ M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁸ STC 58/2004, de 19 de abril de 2004 (BOE, núm. 120, de 18 de mayo de 2004). Su novedad principal radica en ser la primera vez, que sepamos, que el Tribunal Constitucional concede amparo ante una sentencia que dejó inaplicada una ley nacional (Ley 5/1990, sobre tasa fiscal sobre el suelo) por considerarla incompatible con el Derecho Comunitario sin haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial. De los diversos comentarios existentes sobre esta sentencia puede entresacarse el de BAÑO LEÓN J. M.: «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, pp. 465-481.

¹⁹ Francisco Ballaguer Callejón considera, a propósito de este dictamen, que «[n]o muy afortunado resulta un Dictamen cuando de él se puede afirmar que sus consideraciones de oportunidad son inoportunas y que las de legalidad podrían conducir, si no se interpretan adecuadamente (y, por tanto, sin pretenderlo sus autores), al fraude de ley». De ahí que concluya que «en el Dictamen del Consejo de Estado las consideraciones de legalidad deberían haber manifestado que no hay incompatibilidad entre el Tratado constitucional y la Constitución Española y las de oportunidad de que sería conveniente, más pronto que tarde (pero en un tiempo que no nos corresponde a los juristas decidir en este caso), una reforma constitucional amplia en sentido europeo» («Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Diario La Ley*, 2004, núm. 6138, 30 de noviembre de 2004, pp. 1501-1505, en pp. 1502 y 1505, respectivamente).

expresamente —«estima oportuno y conveniente»— que el Gobierno hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución Española para que el Tribunal Constitucional declarase si existe o no contradicción entre el Tratado Constitucional y la Constitución Española²⁰. En concreto, consideraba que el principio de primacía expresamente recogido en el Tratado Constitucional (art. I-6) podía entrar en colisión con la consideración de la Constitución Española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico²¹. Además de esta recomendación, el dictamen del máximo órgano consultivo del Estado también contenía una propuesta para el supuesto que el Tribunal Constitucional «declarara la existencia de antinomia o contradicción irreductible por vía de interpretación» y resultara necesario proceder a una reforma constitucional de conformidad con los procedimientos establecidos constitucionalmente al respecto. En este sentido, el Consejo de Estado se manifestó partidario, «para salvar en este caso y pro futuro eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución el Derecho comunitario», de la adopción de «una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita —con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios— una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad de dicho ordenamiento»²².

En todo caso, sea como fuere, el Tribunal Constitucional tenía una segunda oportunidad para pronunciarse explícitamente sobre su concepción respecto al artículo 93 de la Constitución. La alternativa era clara. O bien mantenía su rígida jurisprudencia de la Declaración 1/1992 con un visión extremadamente restringida del artículo 93 o bien, según había propuesto desde hace tiempo un relevante sector doctrinal, optaba por una nueva concepción que superara definitivamente la dimensión meramente procedimental del artículo 93 para entender que su utilización provoca también una plena aceptación de las consecuencias que conlleva la participación de España en la Unión Europea; también, por tanto, de los principios propios del ordenamiento jurídico

²⁰ «... con carácter previo a la ratificación es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución».

²¹ En el fondo, la posición mantenida por el Consejo de Estado casaba perfectamente —como con cierta picardía recoge uno de los votos particulares— con la sostenida a título académico por su presidente tanto antes como después de su pertenencia al Alto Órgano consultivo. Vide por ejemplo el texto policopiado de la conferencia titulada «La necesidad de la reforma constitucional», especialmente apdo. 5; igualmente «El referéndum superfluo y el necesario», *El País*, 11 de julio de 2003. Es más este autor se decantaba de manera evidente en su artículo periodístico por una reforma a través de la vía agravada del artículo 168: «Aunque esta reforma imprescindible puede circunscribirse quizás al artículo 93 de la Constitución, es evidente que su contenido afecta a preceptos capitales del Título Preliminar y que, en consecuencia, ha de hacerse siguiendo el engorroso procedimiento previsto para estos supuestos, que implica, entre otras cosas, la aprobación de la reforma por dos legislaturas sucesivas y, tras ello, la celebración de un referéndum».

²² Cfr. en un sentido bastante crítico, 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?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 645, 18 de noviembre de 2004, pp. 1-6. A juicio de estos autores, «[d]ebemos, pues, europeizar nuestra Constitución, pero no parecen existir razones de peso que obliguen a reformarla a los efectos de proclamar o reconocer la primacía del Derecho comunitario sobre la propia Constitución Española», p. 6 *in fine*. En parecido sentido, vide MARTÍNEZ LAGE S.: «Por la primacía, desde luego no», *El País*, 4 de noviembre de 2004.

comunitario, con el de la primacía a la cabeza²³. Y el Tribunal Constitución ha optado por virar su doctrina 180 grados.

III. EL REPENTINO GIRO JURISPRUDENCIAL

1. Cuestiones generales: el abandono de la anterior concepción jurisprudencial

En efecto, de una apresurada lectura inicial de la Declaración de 13 de diciembre de 2004 se constata, en el contexto descrito, que el Tribunal Constitucional parece haber optado por desprenderse de la vieja argumentación de 1992 al declarar con rotundidad «que no existe contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» (principio de primacía) ni tampoco «entre la Constitución Española y los artículos II-111 y II-112 de dicho Tratado» (ámbito de aplicación y alcance de los derechos y principios recogidos en la Carta de derechos fundamentales). Igualmente considera que «el artículo 93 de la Constitución Española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido». Siendo así, como ya se ha indicado, se hace obviamente innecesaria la respuesta a la pregunta sobre el cauce de reforma constitucional que hubiera de seguirse en caso de haber resultado insuficiente la vía del artículo 93.

La argumentación empleada por el Tribunal Constitucional para modificar su anterior posición podría parecer en algún momento pobre o, más bien, forzada²⁴. E incluso, si somos sinceros, hasta algo artificial²⁵. Pero en todo caso pivota en torno a dos ejes argumentales fundamentales. El primer eje argumental lo conforma la distinción entre supremacía y primacía. Mientras la Constitución española mantendría su supremacía en el doble sentido de jerarquía normativa y fuente de validez del resto de las normas inferiores, el Derecho comunitario conservaría su condición de primacía en el sentido de capacidad para desplazar al resto de normas en una suerte de aplicación preferente. Y el segundo eje argumental —tan relevante o más

²³ Vide MANGAS MARTÍN A.: *Derecho Comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1987; «La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, pp. 587-623; «Quelques réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle espagnole et le droit communautaire», en AA.VV.: *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, ULB, Bruselas, 2003, vol. I, pp. 227-287. En un sentido igualmente favorable a una interpretación del artículo 93 que supere una simple visión «orgánico-procedimental», vide RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C.: «Problemas jurídicos de la adhesión de España a la CEE», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, pp. 191 y ss., en especial pp. 215-218; «L'incidence du droit communautaire sur le droit national», en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, vol. I, pp. 517-551. A propósito del artículo 93, cfr. también SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L. I.: «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 219-250; Pablo PÉREZ TREMP: *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994.

²⁴ Algún relevante autor ha considerado que la Declaración del Tribunal Constitucional traduce «una cierta confusión respecto al papel que nuestra propia Constitución asigna a las normas de Derecho internacional en el marco de nuestro ordenamiento jurídico»; JUSTE RUIZ J.: «Constitución Española y Constitución Europea», *Cuadernos de Integración Europea*, 2005 (<http://www.cuadernosie.info>), pp. 3-16, en p. 13.

²⁵ Vide infra apdo. III.2.

que el anterior— es el referido al artículo 93 de la Constitución Española. Así, si en el primer aspecto podría haber para algunos una cierta crítica a la debilidad de la argumentación y hasta el citado carácter artificial de la distinción empleada, en el caso del artículo 93 el cambio de concepción resulta tan radical como, a nuestro juicio, acertado. De hecho, nos parece, sin duda, lo más sobresaliente de la Declaración. De una concepción «orgánico-procedimental» del precepto se pasa a reconocer al mismo un contenido material que, a nuestro entender, debe considerarse consustancial al mismo.

En todo caso, el Tribunal Constitucional parte de una adecuada asimilación de la delicada cuestión a propósito de las relaciones entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional. Así, de manera intachable y eludiendo toda tentación dualista establece que «[p]roducida 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» (FJ 2). Y el Tribunal Constitucional añade con toda claridad que «[c]omo se deriva del mecanismo contenido en el propio precepto constitucional, tampoco cabe ignorar la necesidad de proporcionar a los organismos internacionales en cuyo favor se ha cedido el ejercicio de las competencias los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado, función que sólo puede verse obstaculizada por un entendimiento inadecuado de citado precepto constitucional y de su sustancia integracionista. De ahí que sea imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta» (FJ 2).

Ahora bien, esta consideración encuentra un primer obstáculo argumental, a saber, la cuestión de la primacía del Derecho comunitario que el dictamen del Consejo de Estado había erigido en barrera aparentemente insalvable. Y éste será uno de los ejes argumentales de la Declaración y también una de las dianas principales de las críticas doctrinales a la misma.

2. La distinción entre primacía y supremacía: una construcción forzada pero útil

Ciertamente la Declaración en cuestión brinda bastantes elementos que podrían ser objeto de análisis, comenzando por el del mantenimiento de la terminología «Declaración» frente a la de «Dictamen»²⁶ y finalizando con el mayor o menor acierto en la formulación de las cuatro preguntas formuladas en esta ocasión al Tribunal

²⁶ El Tribunal Constitucional mantiene, en efecto, la misma posición que sostuvo en la Declaración 1/1992 (FJ 1), en el sentido de que «lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho, [p]ues este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante» (FJ 1 *in fine*). En un sentido crítico frente a esta afirmación recogida literalmente en la Declaración 1/1992, vide MANGAS MARTÍN A.: *loc. cit.* («La Declaración del Tribunal Constitucional...»), especialmente pp. 382-383.

Constitucional²⁷. Nos limitaremos empero en esta sucinta aproximación a los fundamentales, encontrándose sin duda la cuestión de la primacía a la cabeza y, con ello, las interesantes reflexiones que realiza el Tribunal Constitucional a propósito de la diferenciación entre primacía y supremacía.

Con todo, con carácter previo a ello, a la vista de las consideraciones que el Consejo de Estado deslizó en su argumentación, quizá no sobre recordar a estas alturas que el principio de primacía recogido en el artículo I-6 del Tratado Constitucional²⁸ lejos de ser novedoso simplemente «codifica» en el Derecho originario escrito un principio general básico recogido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de forma reiterada desde julio de 1964²⁹ y plenamente asentada, por tanto, desde fechas muy anteriores a la propia redacción del artículo 93³⁰. Por ello, evidentemente era de sobra conocido como principio básico de la Comunidad a la que España se adhirió en 1986 y era parte obvia del acervo comunitario que España aceptó al aprobar, a partir del referido artículo 93 la Ley Orgánica que en su momento autorizó la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Y quizá tampoco esté de más recordar que el Tratado Constitucional, antes de establecer este principio de primacía en el aludido artículo I-6, ha fijado con toda nitidez en el precepto inmediatamente anterior que la «Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos», así como se compromete también a respetar «las funciones esenciales del Estado» (art. I-5.1). Por otro lado, son los Estados miembros los que atribuyen a la Unión «competencias para alcanzar sus objetivos comunes» (art. I-1.1)

²⁷ En efecto, podría no faltar razón a quienes consideran que la tercera pregunta («suficiencia o no del artículo 93 de la Constitución Española a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que establece una Constitución para Europa») «ha de considerarse redundante, si se asumiera como una pregunta de tenor abierto que habilitaría al Tribunal para proceder a un análisis general de los contenidos del TCPE en su eventual incompatibilidad con la Constitución Española, o impertinente si se leyera como una pregunta que pretendiera del Tribunal una Declaración sobre la conveniencia u oportunidad de una reforma constitucional que afectara al artículo 93 CE» SAIZ ARNAIZ A.: *loc. cit.* [«De primacía, supremacía y derechos fundamentales en...»], pp. 53-55).

Igualmente interesante, aunque probablemente menos pacífico en la doctrina, son las críticas que podría haber levantado la cuarta pregunta (cauce de reforma de la Constitución caso de constatarse contradicción entre la Constitución Española y el Tratado constitucional) ya que bien podría, a nuestro entender, plantearse como un problema de exceso de jurisdicción; en sentido contrario se muestra el citado autor (*ibidem*, p. 54), rebatiendo una posición previa de Pedro Cruz Villalón (*ibidem*, p. 54, nota 5).

²⁸ Este precepto prevé en su tenor literal que «[l]a 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».

²⁹ Produce casi rubor recordar a estas alturas que el Tribunal de Justicia en la conocida Sentencia *Costa/ENEL* establecía la primacía del Derecho comunitario respecto a las normas internas, cualesquiera fuera su rango. En concreto consideraba que «al Derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponerse judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad» (Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL* [Rec., p. 1141], p. 1160).

³⁰ Recuérdese igualmente que una Declaración anexa al Tratado constitucional establece —de manera innecesaria, a nuestro entender— 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». El artículo IV-438.4, por su parte, fija que «[l]a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia (...) sigue siendo, *mutatis mutandis*, la fuente de interpretación del Derecho de la Unión y, en particular, de las disposiciones comparables de la Constitución».

a la par que la Unión se funda en unos valores que «son comunes a los Estados miembros» (art. I-2).

Por ello, compartimos plenamente la argumentación del Tribunal Constitucional para concluir que no se viola el principio de primacía. En primer lugar, porque «la primacía que se proclama en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa opera respecto de un ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales». Y, en segundo lugar, porque efectivamente la primacía del Derecho comunitario no es ni de alcance general ni total sino condicionada por el capital principio de atribución expresa de competencias (art. I-11.2) y, por tanto, referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión tal y como se regulan en los artículos I-11 a 18 del Tratado Constitucional³¹; las cuales, por cierto, lejos de alterar sustancialmente el actual estado de competencias atribuidas a la Unión Europea³² introduce elementos suplementarios de control de la subsidiariedad respecto de las competencias compartidas³³.

Así las cosas, bien podría haberse quedado ahí la argumentación empleada por el Tribunal Constitucional para justificar a renglón seguido la no contradicción de la Constitución Española con el Tratado Constitucional. Pero, probablemente como consecuencia del desafortunado dictamen del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional da un paso adelante y aborda un punto crítico del análisis del que no saldrá bien parado, cual era determinar en qué medida la *supremacía* de la Constitución derivada básicamente —a juicio del Consejo de Estado— del artículo 9.1 de la Constitución Española³⁴, podría ser compatible con el citado principio de primacía recogido en el Tratado Constitucional (art. I-6). El Alto Tribunal, como hemos indicado, rechaza de plano toda contradicción entre ambos preceptos (FJ 4), pero recurre a la endeble argumentación de que «primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados». El Tribunal Constitucional parece caer en lo que Itziar Gómez Fernández ha denominado «orden ilógico del razonamiento», ya que de una lectura de la Declaración podría considerarse que, una vez dejado claro en su FJ 3 la compatibilidad entre principio de primacía comunitario en ámbito de las competencias de la

³¹ Sobre su significado y alcance nos remitimos a nuestro anterior trabajo «El nuevo sistema de competencias en el proyecto de Constitución Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2004, pp. 75-114.

³² Como avances competenciales cabría referirse, en primer lugar, a las nuevas competencias en materia de turismo o protección civil (art. I-17), en el bien entendido que son de carácter meramente complementario (ámbitos de acción de apoyo, coordinación o complemento). En segundo lugar, sí puede detectarse un avance relevante —a nuestro juicio, el único de sustancia realmente reseñable— en materia de espacio de libertad, seguridad y justicia, ya que supera la actual dicotomía en pilares (arts. 61 a 69 TCE y arts. 29 a 42 TUE) para ser considerado en su integridad como una competencia compartida (art. I-14.2j). Tampoco es novedad la mal llamada cláusula de flexibilidad (art. I-18) —a nuestro entender debería denominarse «cláusula de imprevisión»— ya que, más allá de sus modificaciones procedimentales (exigencia de aprobación previa del Parlamento Europeo en lugar de la mera consulta), el único avance material se refiere a su utilización «en el ámbito de las políticas definidas en la parte III» y no sólo en el marco del «funcionamiento del mercado común» (art. 307 TCE).

³³ Un detallado análisis de los nuevos mecanismos de control de la subsidiariedad lo hemos realizado con anterioridad en «La Constitución Europea y el control del principio de subsidiariedad», en Carlos CLOSA y Natividad FERNÁNDEZ SOLA (eds.): *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 279-304.

³⁴ Pero también de preceptos constitucionales como los artículos 1.2, 95, 161, 163, 167 y 168, o la disposición derogatoria.

Unión y la posición de supremacía de la Constitución Española, en el FJ 4 «da un paso atrás» y empieza a buscar de manera rebuscada las diferencias entre ambos conceptos³⁵. Es más, podría considerarse, como hace Ricardo Alonso, que esta incursión conceptual en el mundo de la primacía y la supremacía resulta «no sólo innecesaria, sino extraordinariamente perturbadora»³⁶. Incluso puede ser efectivamente objetable, en el sentido sostenido por Víctor Ferreres Comella, que «utilice esta distinción como argumento para relativizar el grado en que resulta afectada la supremacía de la Constitución Española como consecuencia de la integración europea»³⁷. Sin embargo, esta argumentación no es a nuestro entender óbice para conceder su justo valor a la cuestión fundamental que late en el fondo de esta argumentación, a saber, la nueva concepción del artículo 93 de la Constitución. Esta argumentación que, a nuestro juicio es forzada, innecesaria y artificial, es el medio expositivo del que se tiene que valer el Tribunal Constitucional para poder sacar adelante el giro copernicano que representa su nueva visión del artículo 93.

En concreto, el Tribunal Constitucional considera que la primacía se desenvuelve en el ámbito «de la aplicación de normas válidas» y el de la supremacía «en el de los procedimientos de normación», ya que la referida supremacía «se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le estén infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla». La primacía, por el contrario, «no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones». De ello deduce el Tribunal Constitucional que la «supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto». Y precisamente es esto lo que se dispone en el artículo 93.

Es así que la concepción que el Tribunal Constitucional tenga de este precepto constitucional se erige obviamente en el núcleo neurálgico de la argumentación. En el bien entendido que la concepción mantenida hasta ahora por el Tribunal Constitucional de considerar a este precepto de índole únicamente «orgánico-procedimental» resultaría claramente insuficiente para sustentar una argumentación conducente a concluir «que tal contradicción no existe». Sin dimensión material —y no sólo «orgánico-procedimental»— muy difícilmente podría llegarse a esa conclusión.

³⁵ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *loc. cit.* («La Constitución Española...»), p. 313.

³⁶ ALONSO GARCÍA, R.: *loc. cit.* («Constitución Española y...»), pp. 359-361. A juicio de este autor, el Tribunal Constitucional se ha metido en un «[r]efinado laberinto» que podría, a su entender tener notables consecuencias perturbadoras al «extender a las normas reglamentarias un discurso pensado con relación a las disposiciones internas con rango o fuerza de ley».

En idéntico sentido, Alejandro Saiz Arnaiz, considera que «bien puede pensarse que la jurisdicción contencioso-administrativa española ha quedado desapoderada para seguir comportándose como hasta el momento ha venido haciendo, es decir, anulando (y no sólo inaplicando) normas reglamentarias por vulneración del Derecho comunitario»; *loc. cit.* («De primacía, supremacía y derechos fundamentales...»), p. 67.

³⁷ Para este autor es objetable «no sólo porque pretende extraer conclusiones de relevancia normativa o evaluativa, de una pura distinción conceptual, sino porque mina el planteamiento inicial del propio TC. Concretamente, mina la fuerza de la tesis según la cual hay que hacer una lectura integracionista del artículo 93 CE» (FERRERES COMELLA V.: *loc. cit.* [«La Constitución Española ante la cláusula de la primacía...»], p. 95).

3. La nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: su dimensión material

En efecto, a la postre, el centro del debate giraba en torno a la suficiencia del artículo 93 para «dar cauce a la integración del Tratado en el ordenamiento interno». Como se recordará, en la Declaración 1/1992 –como antes había hecho también en la ya citada Sentencia 28/1991, de 14 de febrero (FJ 4)– el Tribunal Constitucional dejó bien claro en su FJ 4 que se trata de un precepto «de índole orgánico procedimental». El Tribunal Constitucional ahora, sin embargo, da un giro copernicano y, tras unas piruetas argumentales en las que, intentando «salvar su propia cara», considera que la Declaración 1/1992 «se situaba en unas coordenadas precisas» bien diferentes a las actuales, establece con toda claridad que «se confiere al artículo 93 CE una *dimensión sustantiva o material* que no cabe ignorar» (FJ 2)³⁸. De esta manera, el artículo 93 «opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias». Ni más ni menos.

El cambio de concepción es, pues, radical. El Alto Tribunal parece hacerse eco sin ambages de las ya citadas posiciones doctrinales críticas que apuntaban con insistencia que «el artículo 93 no es –como erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional– un precepto exclusivamente de “índole orgánico-procedimental” en el sentido de que se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados interuacionales»³⁹. Se le confiere la dimensión material que desde el principio debería habersele reconocido al artículo 93.

Con todo, aunque evidentemente el Tribunal Constitucional deja claro que el artículo 93 «en su texto actual es suficiente para la integración de un tratado como el que es objeto de nuestro análisis» (FJ 7), nada tiene que ver con la cuestión de si, a pesar de ello, resulta conveniente incluir en la Constitución Española un nuevo precepto que haga referencia explícita a esa nueva realidad y supere algunas de las limitaciones y deficiencias del actual artículo 93⁴⁰. A nuestro juicio, por diferentes razones, nos parece muy recomendable la inclusión de un nuevo precepto que, al estilo del artículo 23 que en 1992 se incluyó en la Ley Fundamental de Bonn, haga referencia expresa a la pertenencia del Reino de España a la Unión Europea, con o sin Constitución Europea. Cuestión bien diferente es la de determinar su ubicación concreta dentro de la Constitución Española, ya que a nadie se le escapan los diferentes mecanismos de reforma según se sitúe en una u otra sede constitucional. Tampoco es pacífico el tenor concreto que habría de tener el nuevo precepto como contenido material y, a

³⁸ Subrayado añadido.

³⁹ MANGAS MARTÍN, A.: «Derecho comunitario y Derecho español, en íbidem, y LIÑÁN NOGUERAS D., J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª ed, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 491-526, en p. 512. En sentido semejante, véanse sus trabajos citados en las notas 14 y 22.

⁴⁰ En sentido contrario –aparte de, por supuesto, los tres votos particulares–, se muestra, por ejemplo, Antonio López Castillo para quien «los miembros integrantes del colegio plenario del TC bien podrían haber concurrido en una interpretación condicionada de la suficiencia del implícito fundamento constitucional de la integración europea a la espera de una revisión constitucional de adaptación constitucional a un nuevo estado de cosas que, sin necesidad de referir siquiera la hipótesis de un eventual fracaso en el proceso de ratificación pendiente, no será efectiva realidad (constitucional) sino como consecuencia de la entrada en vigor del TCUE» (*loc. cit.* [«La Unión Europea en constitución y Constitución estatal...»], p. 34 *in fine*).

R.E.D.I., vol. LVII (2005), 2

estos efectos, resultará muy instructivo conocer la opinión que próximamente habrá de presentar el Consejo de Estado⁴¹.

En todo caso, con nueva cláusula europea o sin ella parece también evidente que ni nuestro Tribunal Constitucional ni ningún otro parece dispuesto a dar un «cheque en blanco» en materia comunitaria. Para el supuesto de hipotéticos «excesos» del Derecho comunitario o de su Tribunal de Justicia todos los Tribunales Constitucionales nacionales se reservan «bajo la manga» algún tipo de resorte de intervención *in extremis*. Y nuestro Tribunal Constitucional no es una excepción, de manera que en esta Declaración –sobre la base de la ya vista distinción entre supremacía y primacía⁴²– se establece en términos muy prudentes una reserva futura que en cierto sentido recuerda a la conocida cláusula *Solange* del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como atribuye también al artículo 93 determinados límites. Comencemos, pues, por la primera de las cuestiones.

4. El establecimiento de una reserva futura: en busca de una cláusula Solange a la española

En este sentido, conviene señalar igualmente que el Tribunal Constitucional, una vez concluida su argumentación para modificar su anterior concepción del artículo 93 de la Constitución, se reserva en el último párrafo del FJ 4 una cláusula que en cierto sentido nos trae a la memoria la conocida cláusula *Solange II* del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴³. Recuérdese que allí el Alto Tribunal alemán corrigió el peligroso rumbo de su doctrina anterior (*Solange I*)⁴⁴ y renunció a ejercer el control de constitucionalidad de los actos comunitarios «en tanto y cuando» (*Solange*) el Tribunal de Justicia comunitario continuase manteniendo el nivel de protección de los derechos fundamentales que resulta equivalente al ofrecido por la Constitución alemana.

En esta ocasión nuestro Tribunal Constitucional considera –con una redacción que espantaría a Azorín– que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior

⁴¹ En efecto, se espera con enorme interés el informe que próximamente dicte el Consejo de Estado a propósito de las modificaciones previstas para la Constitución Española. En concreto, por lo que aquí más interesa, ha recabado del Consejo de Estado que se pronuncie sobre tres cuestiones: «1. El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión. 2. La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho Europeo en el sistema de fuentes. 3. La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose, en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma».

⁴² A juicio de Víctor Ferreres Comella, «en la medida en que el TC parece recurrir a la distinción entre primacía y supremacía con el fin de relativizar las consecuencias extraídas de la lectura *integracionista* del artículo 93 CE, ha hecho un flaco favor a esa distinción conceptual, la cual corre ahora el riesgo de convertirse (quizás injustamente) en un nuevo elemento del *cielo de los conceptos* que tan sabiamente criticó Jherin en su genial libro *Bromas y veras en la ciencia jurídica*; *loc. cit.* («La Constitución Española ante la cláusula de primacía del Derecho de la UE...»), p. 100 *in fine*.

⁴³ Sentencia de 22 de octubre de 1986, *BVerfGE* 73, 339. Publicada en español en la *Revista de Instituciones Europeas* 1987, p. 881. Sobre esta decisión del Tribunal Constitucional puede verse, por todos, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WÖLKER U.: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas* 1987, p. 675.

⁴⁴ Sentencia de 29 de mayo de 1974, *BVerfGE* 37, 271.

dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable 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 podría llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban». Es decir, una suerte de *cláusula Solange* a la española. Dicho de un modo más burdo. En la actualidad no existe contradicción posible entre la Constitución Europea y la Española. Si se diera en el futuro, fruto de hipotéticos excesos del Derecho comunitario, el propio ordenamiento comunitario tiene mecanismos internos para su solución, especialmente a través del Tribunal de Justicia quien, a estos efectos, actúa como Tribunal Constitucional de la Unión. Pero en el caso extremo de que esos mecanismos propios del Derecho comunitario tampoco funcionasen, entonces el Tribunal Constitucional español se consideraría competente para abordar esa cuestión.

A este respecto, y para mayor tranquilidad de quienes como a uno de los magistrados discrepantes (don Roberto García-Calvo y Montiel) les intranquiliza la situación⁴⁵, conviene recordar, como también hace el Tribunal Constitucional, que obviamente se está refiriendo a supuestos hipotéticos extremos poco imaginables. Además, a la postre, la soberanía nacional siempre quedaría salvaguardada *in extremis* a través de la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión prevista, por cierto, como novedad en el Tratado Constitucional (art. I-60)⁴⁶. Por tanto, empleando las comedidas palabras de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, esta reserva del Tratado Constitucional «excluye cualquier riesgo para la seguridad jurídica en lo que a la efectividad del principio de primacía se refiere»⁴⁷. Y en el fondo puede considerarse efectivamente que «no parece exigible, ni sobre la base del Derecho comunitario vigente ni sobre la de la nueva Constitución Europea, que un Tribunal Constitucional renuncie a “abordar” los graves problemas constitucionales que en semejante hipótesis pudieran suscitarse, problemas que, por lo demás, desde la perspectiva actual se consideran inexistentes»⁴⁸. Aun así parece en efecto más adecuado plantear las relaciones entre ambos tribunales, el constitucional nacional y el comunitario, en términos de cooperación leal y solidaridad que en términos de enfrentamiento y conflicto; lo que el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004 denomina de forma loable «diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (FJ 3). De

⁴⁵ Voto particular, apdo. 5 *in fine*.

⁴⁶ En efecto, el Tratado Constitucional prevé –sin que exista precedente alguno en el actual Derecho comunitario originario– que «[t]odo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión» (art. I-60.1), a la par que se establece el procedimiento a seguir (art. I-60.2 y 4), las consecuencias de la retirada (art. I-60.3) y, en su caso, el eventual reingreso futuro (art. I-60.5).

⁴⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: *loc. cit.* («No existe contradicción entre...»), p. 12.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 12. Es más, este mismo autor en un trabajo bastante anterior consideraba con toda rotundidad que «tal conflicto radical me parece puramente hipotético y considero que tanto los Tribunales Constitucionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueden y deben evitar que tal conflicto se produzca»; en «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», en AVVV.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1175-1200, en p. 1200.

hecho, una mejor explotación de esta vía argumental podría haber evitado al Tribunal Constitucional el tener que recurrir a la ya criticada distinción entre supremacía y primacía⁴⁹.

Con todo, esto no permite tampoco soslayar la otra cuestión espinosa de toda cláusula europea de las Constituciones de los Estados miembros, en nuestro caso los límites del artículo 93.

5. Los límites del artículo 93: una cuestión aparcada a la espera de una nueva cláusula europea

Así, estrechamente conectado con lo anterior sigue abierta –como también lo está en el resto de Estados miembros de la Unión Europea⁵⁰– la delicada cuestión de los límites del artículo 93. Como es evidente, reconocer una dimensión material al artículo 93 uo significa en modo alguno sostener que la cesión competencial permitida por él no tenga límite material alguno. Aunque el precepto no los recoja, parece obvio que ha de tenerlos⁵¹ y que en todo caso han de situarse en lo que la doctrina constitucionalista germánica suele denominar *die Identität der Verfassung*⁵² y que, desde la reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 1992, el párrafo primero de su artículo 23 sitúa a modo de paradigma en «los principios de democracia, Estado de Derecho, social y federativo, así como al principio de subsidiariedad, otorgando una

⁴⁹ Así, Víctor Ferreres Comella considera que «la mejor estrategia ante el problema de las dos supremacías (...) se encuentra en una interpretación armónica de las supremacías en litigio (...) según la cual: por un lado, del artículo 93 CE resulta que la Constitución Española acepta la supremacía del Derecho comunitario derivado sobre el Derecho español, incluida la propia Constitución, pero lo hace bajo ciertas condiciones. Por el otro lado, la cláusula de supremacía del artículo I-6 del Tratado constitucional no puede interpretarse como expresión de un principio de supremacía incondicionada del Derecho comunitario sobre las propias Constituciones nacionales». De esta manera, concluye este autor que «lo relevante es que se puede producir un encuentro armonioso entre las dos supremacías cuando se rebaja el carácter categórico de cada una de ellas, por vía interpretativa (es decir, a través de una lectura integracionista del art. 93 CE, y de una lectura de la cláusula de primacía del art. I-6 que sea sensible a la conexión estructural existente entre el tratado y las Constituciones nacionales que le abren la puerta en el respectivo territorio estatal)» (*loc. cit.* [«La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la UE...»], p. 99-100).

⁵⁰ Sobre la cuestión de los límites en el resto de Estados miembros de la Unión Europea, vide CELOTTO, A.: «Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs. Contralímites», en Cartabia, M., de Witte, B. y Pérez Tremps, P.: (dir.): *op. cit.* (*Constitución Europea y Constituciones nacionales*), pp. 287-372; igualmente GRABENWARTER, C.: «Staatliches Unionsverfassungsrecht», en Von Bogdandy, A. (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlín, 2003, pp. 283-337.

⁵¹ Italia, Alemania y Dinamarca son los Estados cuyos máximos intérpretes constitucionales más claramente han abordado la cuestión de los límites a la atribución competencial a favor de la Unión Europea. En el caso italiano se hizo, por ejemplo, en la Sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 117, de 31 de marzo de 1994 (*Il Foro Italiano*, 1995, I, 1077). En Dinamarca, su Tribunal Supremo (*Højesteret*) hizo algo semejante en su Sentencia de 6 de abril de 1998, publicada en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1999, p. 49. El caso alemán será considerado en las siguientes notas.

⁵² En el bien entendido que en el caso alemán la propia letra de la Constitución y su misma «cláusula de eternidad» (art. 79.3) facilita notablemente la labor. Situación que, en modo alguno, se da en esta Constitución de 1978, lo cual evidentemente complica en nuestro caso la determinación, en concreto, del alcance jurídico de lo que ha de entenderse en la práctica por «identidad de la Constitución».

protección de los derechos fundamentales esencialmente comparable al otorgado por esta Ley Fundamental»⁵³.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional ha establecido, sin excesivo grado de concreción, que, en primer lugar, obviamente existen límites⁵⁴. En segundo lugar, considera que tales límites materiales derivan implícitamente del propio artículo 93 y, en un sentido uo muy diferente al citado artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn, «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 (art. 10.1 CE)» (FJ 2)⁵⁵.

Un análisis detallado sobre su alcance y concreción práctica desborda con creces el sentido de esta breve nota, mas sirva señalar que en el caso que nos ocupa el Tribunal Constitucional analiza la cuestión desde una doble perspectiva. Por un lado, la ya reseñada de la primacía del Derecho comunitario. Y por otro lado desde la perspectiva de la Carta de derechos fundamentales respecto de la que el Tribunal Constitucional considera que no supone «un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del

⁵³ En este sentido, Pedro Cruz Villalón viene considerando, dentro de una construcción de *metaconstitucionalidad recíproca*, la existencia de una *metaconstitución* de la Unión de la cual se puede hablar «cuando la Constitución nacional contiene disposiciones que prefiguran el carácter de la Unión Europea», es decir, «disposiciones que no se limitan a constatar la pertenencia a la Unión, sino que diseñan rasgos básicos de la Unión a la que el Estado en cuestión legalmente pertenece». Y obviamente el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn sería el paradigma de ello, ya que parte de esa *metaconstitucionalidad* radica en que «normas constitucionales de sus Estados miembros fijan los límites dentro de los cuales la Constitución de la Unión puede moverse, configurando así a su vez una suerte de autonomía constitucional de la Unión»; «Constitución Europea y Constituciones nacionales», en Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol (dir.): *Comentarios a la Constitución europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 77-96, en p. 89. Vide igualmente su trabajo «El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión», en AA.VV.: *Une Communauté de Droit (Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias)*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín, 2003, pp. 271-282. Vide también ZILLER J.: «La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva Constitución para Europa», en Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps (dir.): *op. cit. (Constitución europea y Constituciones nacionales)*, pp. 27-85.

⁵⁴ El Tribunal Constitucional considera que integración del Derecho comunitario en el ordenamiento interno impone «límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el artículo 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión» (FJ 2).

⁵⁵ Para Araceli Mangas: «[l]os límites al uso del artículo 93 se encontrarían en una atribución de soberanía que pusiera en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo afectando a sus elementos como son el Estado social y democrático, el sistema autonómico y el respeto a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I»; Araceli MANGAS MARTÍN: *loc. cit.* («La Declaración...»), p. 392. En este sentido el Tribunal Constitucional considera en esta Declaración que la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales «en niugún 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 couocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados» (FJ 3).

artículo 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos» (FJ 6). Máxime cuando de una superficial lectura del artículo I-113 del Tratado Constitucional se deduce fácilmente que el contenido de la Carta de derechos fundamentales se concibe como una «garantía de mínimos» que obviamente admite una mayor desarrollo por parte de los ordenamientos nacionales, a la par que se fundamentan en una comunidad de valores con las Constituciones de los Estados miembros. Por no hacer mención a la cuestión principal, a saber, que las disposiciones de la Carta «están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» (art. II-111.1) y que en todo caso ésa Carta de derechos fundamentales «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás partes de la Constitución» (art. II-111.2). En todo caso, el Tribunal Constitucional considera que los referidos límites no se ven en absoluto sobrepasados, ni por la cuestión de la primacía ni por la Carta de derechos fundamentales.

Mas, en realidad, tras una atenta lectura de la Declaración quizá podría considerarse que, a pesar de sus esfuerzos, el Tribunal Constitucional deja aparcada esta delicada —y difícil— cuestión sobre los límites del artículo 93. De hecho, en nuestra opinión, resulta difícilmente sostenible que algunas disposiciones del Tratado como las referidas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. I-42) y en menor medida a la nueva Política Exterior y Seguridad Común (arts. I-40 y 41) no afecten de una u otra forma a «la soberanía del Estado»⁵⁶. Es evidente que ni una ni otra disposición conduce a una sustitución de los actuales Estados por un ente superior, la Unión. Pero es igualmente indiscutible que «afecta» —y de forma notable— a la «soberanía de los Estados»⁵⁷. Como, por otro lado, también lo hacen buen número de disposiciones del Derecho comunitario ya en vigor; piénsese sin ir más lejos en la Unión Económica y Monetaria y la consiguiente desaparición de las monedas nacionales para los doce Estados miembros participantes en la misma.

En este sentido, una vez más queda patente la conveniencia de introducir dentro de la Constitución Española una cláusula europea que, superando las omisiones y carencias del actual artículo 93, haga referencia explícita a la pertenencia a la Unión Europea

⁵⁶ Piénsese, por ejemplo, que el Tratado Constitucional atribuye a la Unión competencia compartida (art. I-14 j) para regular, junto a aspectos ya conocidos como los controles de las fronteras, asilo e inmigración (arts. III-265 a 268), otros relativos a la cooperación judicial en materia penal (arts. III-270 a 274) y a la cooperación policial (arts. III-275 a 277) que incluyen, *v. gr.*, competencia para realizar una cierta armonización material en materia penal (art. III-271.1), la creación de una Fiscalía europea (art. III-274) o hasta atribuir una cierta capacidad operativa a EUROPOL (art. III-276.3).

⁵⁷ Quizá convenga recordar, a este respecto, el previo Dictamen del Consejo de Estado francés de 19 de noviembre de 2004, que se decantó por la necesidad de una reforma de la Constitución francesa por considerar que las citadas disposiciones del Tratado Constitucional afectarían al ejercicio de la soberanía del Estado francés. Con todo, el Consejo de Estado francés consideró, como hizo un mes después el Tribunal Constitucional español, que el principio de primacía recogido en el artículo I-6 del Tratado Constitucional no exige una modificación de la Constitución francesa y era, por ende, compatible con su tenor. Vide SEGURA SERRANO A.: «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005, pp. 93-132, eu especial pp. 121-130.

y de una u otra forma fije también los límites en cuestión. Bien pueden considerarse los pasajes aludidos de la Declaración 1/2004 como una invitación velada –o no tan velada– al legislador constitucional para que opere en consecuencia⁵⁸. En otro orden de cosas pone también de manifiesto la insuficiencia del concepto clásico de soberanía para afrontar en la actualidad el estudio del fenómeno de la integración. Difícilmente puede seguir concibiéndose la soberanía en términos absolutos sin recurrir a explicaciones más cercanas a la soberanía compartida o multinivel o como se desee⁵⁹; de hecho el concepto de soberanía compartida no es en absoluto tan novedoso como en ocasiones se cree⁶⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENCUENTRA SU PAPEL EN EL DERECHO COMUNITARIO

A nuestro entender, la valoración final de la Declaración no puede ser sino positiva. No sólo porque despejó el camino para la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Más bien porque representa, por encima de todo, un evidente giro jurisprudencial respecto a la criticable –y, en realidad, totalmente trasnochada– doctrina asumida por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/1992, en especial en lo relativo a la función constitucional del artículo 93.

Bien podría pensarse en este sentido que el Tribunal Constitucional, dejando de lado las puntuales críticas técnico-jurídicas que puedan detectarse o las «piruetas argumentales» a propósito de temas como la distinción entre supremacía y primacía, ha realizado en cierta medida un ejercicio de responsabilidad y hasta de cierta valentía. De *responsabilidad en lo político* –aunque ciertamente sea una dimensión que se escapa de la lupa del intérprete jurídico– porque una decisión en sentido contrario hubiera conducido al Gobierno a dificultades de entidad una vez que –con acierto o sin él– ya estaba convocado el referéndum para el 20 de febrero⁶¹. Pero, sobre todo, es un ejercicio de

⁵⁸ De nuevo será de gran importancia la posición que adopte el Consejo de Estado en el informe que presente en los próximos meses. Resultarán particularmente interesantes los límites que fije, si bien no parece que, dada la redacción y estructura de nuestra Constitución, puedan estar muy alejados de lo previsto con carácter muy genérico en el artículo 1.1 de la misma. La falta de un artículo semejante al 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn impide, quizá, una concreción semejante a la prevista en su paradigmático artículo 23.

⁵⁹ Aunque en estos momentos no soplen buenos vientos para ello y el propio texto del Tratado Constitucional haya excluido el término «federal» de su artículo 1.1, creemos, a título personal, que nada impide seguir considerando la Unión Europea como una Federación supranacional. De hecho, nos parece evidente que bajo el obvio sustrato iusinternacionalista late elementos institucionales, jurídicos, competenciales o monetarios que difícilmente pueden explicarse sin recurrir al paradigma –o paradigmas– federal (*El Federalismo supranacional: un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria, 2003; igualmente «The Federal Elements of the European Union», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2001, pp. 595-626).

⁶⁰ Piénsese, por ejemplo, que a finales del siglo XIX la doctrina constitucionalista alemana ya manejaba el concepto de soberanía compartida (*geteilte Souveränität*); vide WAITZ G.: *Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen*, 1862, en especial p. 43 y pp. 164-165. Sobre la conexión entre soberanía y el principio de primacía del Derecho comunitario resulta de interés el trabajo de SCHMITT GLAESSER A.: «Souveränität und Vorrang», en Armin Von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlín, 2003, pp. 205-228.

⁶¹ Especialmente comprometida hubiera sido la situación si la vía de reforma constitucional exigida hubiera sido –como reclamaba, por ejemplo, el voto particular de don Roberto García-Calvo y Montiel

responsabilidad en lo jurídico porque ha corregido una criticable jurisprudencia anterior que resultaba ya absolutamente incompatible con el contenido más elemental de algunas de las obligaciones jurídicas asumidas por España al ingresar en 1986 en las Comunidades Europeas y aceptar, por ende, la vigencia del ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, parece efectivamente indudable que representa «una importante contribución jurisprudencial a la explicación de las relaciones entre Derecho comunitario europeo y Derecho constitucional nacional y de la naturaleza eminentemente compatible y complementaria de los valores constitucionales europeos y nacionales, así como a la convivencia de una pluralidad de sistemas constitucionales, que es un elemento característico del orden constitucional europeo que ha ido desarrollándose progresivamente y que ahora se formaliza en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa»⁶². A partir de ahí queda para otro momento la apasionante cuestión de la concreta «convivencia de una pluralidad de sistemas constitucionales» y, en especial, la construcción dogmática adecuada para calificar a la Unión como un cierto «sujeto constitucional», si bien un primer desbroce se ha hecho ya por la doctrina alemana al buscar construcciones –tan imaginativas como todavía indeterminadas– al estilo de una «Unión de Estados» (*Staatenverbund*)⁶³, un constitucionalismo dual⁶⁴ o multinivel (*mehrebene Konstitutionalismus*)⁶⁵, o la difícilmente traducible Unión constitucional (*Verfassungsverbund*)⁶⁶. En todo caso, nuestro Tribunal Constitucional parece encontrar la senda adecuada cuando al plantear su posición ante eventuales conflictos futuros considera que es «el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (FJ 3) el que ha de guiar la resolución de posibles conflictos entre ambas instancias.

Pero es que, como indicábamos anteriormente, podría hablarse en cierto sentido hasta de un ejercicio de valentía por parte del Tribunal Constitucional, ya que esta Declaración conlleva una ruptura con una concepción absolutamente distorsionada del Derecho comunitario en general y del artículo 93 de la Constitución en particular. Como con rotundidad ha mantenido desde hace mucho tiempo un relevante sector doctrinal el problema que arrastraba «el Tribunal Constitucional desde su Sentencia

(apdo 8), caso de verse afectado, v. gr., el artículo 9 de la Constitución Española –la reforzada del artículo 168 de la Constitución; y en todo caso, aun cuando la vía hubiese sido la del artículo 167, habría vaciado de buena parte de su sentido al referéndum consultivo ya convocado. En sentido contrario, puede verse por todos LÓPEZ CASTILLO A.: *loc. cit.* («La Unión Europea en constitución y la Constitución estatal...»), p. 44.

⁶² En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: *loc. cit.* («No existe contradicción...»), pp. 15-16.

⁶³ A la cabeza de esta construcción bien podría colocarse a P. Kirchhof y, de su mano como juez constitucional en aquel momento, al propio Tribunal Constitucional alemán en su conocida sentencia a propósito del Tratado de Maastricht; «Die rechtliche Natur der Europäischen Union als Staatenverbund», en Von Bogdandy, A.: (ed.), *op. cit.* (*Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und Dogmatische Grundzüge*), pp. 893-929, especialmente pp. 904-909.

⁶⁴ VON BOGDANDY, A.: «Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsens», *Der Staat*, 2000, pp. 163 y ss. Entre nosotros, vide CRUZ VILLALÓN, P.: *loc. cit.* («Constitución europea y...»), pp. 95-96.

⁶⁵ PERNICE I.: «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitutionalism revisited», *Common Market Law Review* 1999, pp. 703-750.

⁶⁶ *Ibidem*, anteriormente planteado en PERNICE I.: «Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund», *Europarecht*, 1996, pp. 27-43, especialmente pp. 29-33 («Der Europäische Verfassungsverbund»).

28/1991, de 14 de febrero (relativa al Acta Electoral Europea), es la interpretación que viene dando al artículo 93 como meramente orgánico procedimental»⁶⁷. El Tribunal Constitucional modifica ahora claramente esa concepción y, en el sentido propuesto por la citada doctrina abanderada por la profesora Mangas Martín, «confiere al artículo 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar» (FJ 2).

Tal postura resulta tanto más sorprendente a la vista de lo mantenido hace apenas unos meses por uno de los magistrados que ahora han respaldado la Declaración del Tribunal Constitucional y al que el voto particular de don Roberto García-Calvo y Montiel con un tono no exento de cierto exceso y, en todo caso, falto de la mínima delicadeza debida entre compañeros de Tribunal, hace referencia sin citar su nombre. En efecto, este magistrado consideraba, en el fragmento citado en el voto particular, que «en el caso del Tratado Constitucional, la antinomia se produce con un precepto especialmente protegido por lo que cualquier reforma que se haga, se ubique formalmente en un lugar u otro, parece que “afecta” al art. 9.1, lo que conduce a que la opción debería ser la reforma agravada» (apdo. 4 del voto particular)⁶⁸.

Sea como fuere es de esperar que este valiente y responsable giro jurisprudencial trascienda los peculiares cánones de la jurisprudencia consultiva propia del control previo de constitucionalidad de tratados internacionales e imbuya de su nueva concepción a la futura actividad del Tribunal Constitucional en el cotidiano ámbito litigioso dejando definitivamente enterradas anteriores concepciones del Derecho Comunitario. No sea que en el futuro inmediato, para salir al paso de determinadas críticas procedentes de un muy concreto sector doctrinal, caiga en la teutación de «compensar» esta posición con alguna otra que en el ámbito de algún supuesto litigioso concreto «matice» la nueva línea que ahora parece vislumbrarse. Esperemos, pues, que el Tribunal Constitucional haya encontrado su papel de garante máximo de la Constitución Española a la par que respetuoso del nuevo orden jurídico creado en el ámbito de la Unión Europea.

En este sentido quizá convenga traer al recuerdo que, cuando España apenas llevaba un lustro de pertenencia a las Comunidades Europeas, la profesora Paz Andrés de Santa María concluía un comentario a la Sentencia 64/1991 del Tribunal Constitucional con la afirmación de que «en relación con el orden jurídico comunitario nuestro más alto garante de la Constitución sigue siendo un personaje a la búsqueda de su papel»⁶⁹. Pasados trece años más de vacilaciones y dudas, con esta Declaración el Tribunal Constitucional podría, en efecto, haber encontrado por fin su papel.

⁶⁷ MANGAS MARTÍN, A.: *loc. cit.*, p. 391.

⁶⁸ De hecho, el magistrado discrepante podría haber añadido otras citas tan expresivas o más, como la referida a que «si nuestra estructura constitucional resulta insuficiente para dar cobertura a la cesión de competencias que se realizó en Maastricht, menos aún lo será para dar cobertura a la Constitución europea». Así, precisamente a propósito de uno de los elementos más controvertidos, el de la primacía, afirmaba que «la contradicción más clara e insalvable entre la Constitución Española y la Constitución Europea, según la redacción dada por el Proyecto de Tratado nacido de la Convención, es la existente entre el principio de primacía del Derecho Comunitario (art. I-10 [ahora art. I-6]) con el principio de primacía de la Constitución (art. 9.1. CE)», por lo que «difícilmente es posible ratificar un Tratado que afirma de manera inequívoca e incondicionada (respecto de las materias cedidas) la primacía del Derecho Comunitario» PÉREZ TREMPES P.: «La Constitución española frente a la Constitución Europea», en Enoch Albertí Rovira y Eduard Roig Molés, *El proyecto de nueva Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 485-526, en pp. 511, 514 y 515; subrayado añadido.

⁶⁹ *Revista Española de Derecho Internacional*, 1991, 2, pp. 451-459, en p. 459.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS Y SUS EFECTOS

Georgina GARRIGA SUAU

Profesora Titular Interina de Escuela Universitaria
Universitat de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SIGNIFICADO DE LA APLICABILIDAD *ERGA OMNES* DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS: 1. *El ámbito de aplicación espacial y las reglas de aplicabilidad*. 2. *Reciprocidad, universalidad, aplicabilidad inter partes y erga omnes*.—III. LOS EFECTOS DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS *ERGA OMNES*: 1. *Los principales efectos de los instrumentos normativos erga omnes*. 2. *El caso particular de las obligaciones alimenticias*.—IV. CONCLUSIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Ámsterdam (arts. 61.c) y 65 CE)¹ atribuyó a la Comunidad Europea competencia en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Esta atribución competencial ha revelado en la práctica diversas incertidumbres de entre las cuales cabría resaltar la de si los artículos 61.c) y 65 CE constituyen suficiente base jurídica para que la Comunidad adopte normas de derecho derivado de alcance universal o *erga omnes*. En esta cuestión se encuadran, en particular, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales² (PRRII) y la posible conversión del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980³ en

¹ DOCE núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997.

² COM (2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003. Este documento es accesible en: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/es/index.htm>. Asimismo, la primera lectura de la PRRRII realizada por el Parlamento Europeo ha dejado intacta su aplicabilidad *erga omnes*. Vide Documento 10812/05; CÓDEC 590; JUSTCIV 132, Brussels, 13 July 2005.

³ BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993, y corrección de errores BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993.