

Integración europea y supremacía constitucional. Sobre la necesaria reforma de nuestra Constitución para integrar adecuadamente la primacía del Derecho de la Unión [A propósito de la DTC1/2004 de 13 de diciembre]

Autora: Prof^{ra}. Dra. D^a. Sara Sieira Mucientes
Profesora Propia Adjunta de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Resumen

Esta reflexión intentará poner de manifiesto los problemas de arquitectura constitucional que se están suscitando con la recepción del derecho comunitario dentro de nuestro sistema constitucional de fuentes del derecho, y cómo las cosas, desde 1992, no se están haciendo bien en relación con la recepción interna del Derecho de la Unión, sino que por el contrario se está produciendo una devaluación de nuestra Constitución por no querer reconocer sin complejos que ésta tiene que reformarse, forzosamente, conforme vamos avanzando en el proceso de integración europea. La DTC 1/2004 de 13 de diciembre ha abierto por la vía hermenéutica unas posibilidades extraordinarias al art. 93 CE, confiriéndole un poder de auto ruptura constitucional, siempre que se respeten los “contra-límites” al principio de primacía que la jurisdicción constitucional italiana acuñó y en otros países se importaron a través de las pertinentes reformas constitucionales. No es correcto que una operación de esta envergadura se produzca por el procedimiento de tramitar una “simple” Ley Orgánica que autoriza la ratificación de un Tratado internacional, cuyo procedimiento no reviste la legitimación democrática suficiente, ni por las mayorías parlamentarias que se exigen para su aprobación, ni por el limitado poder de enmienda que este tipo de leyes orgánicas permiten.

Palabras clave: Integración, primacía, supremacía, reforma constitucional, Constitución Europea.

Abstract

The problems which have arisen in our constitutional law system as a result of the legally anomalous integration of the European Union Law since Spain's signing of the European Union Treaty in 1992, are in particular need of clarification following the Spanish Constitutional Court's Decision of 13th. December 2004 regarding the European Constitution.

This Decision gives a very wide interpretation of article 93 of the Spanish Constitution, extending its sense beyond what a systematic approach to its meaning would normally allow. According to the Constitutional Court's view of article 93, a single law to ratify an international Treaty (approved in Parliament following the procedure established for making laws, and not for Constitutional reform) is entitled to infringe or change the Constitution (as long as it does not go beyond the “counter-limits” to the primacy of the European Union principle, which the Spanish High Court Decision describes following Italian jurisprudence). In order for such a cession of sovereignty to enjoy democratic legitimacy, this substantial change in our Constitutional system (a law is allowed to change the Constitution) should have been approved in accordance with the reinforced procedure and backed by a parliamentary majority, as is required by Title X of the Spanish Constitution (which deals with Constitutional reform).

A reform of the Spanish Constitution is therefore urgently required (other member states have already carried out such reforms) in order to accommodate the primacy of

European Union Law principle inside our Constitutional framework, given the fact that our Constitution proclaims its supremacy even with regard to international treaties.

Key words: Integration, primacy, supremacy, constitutional reform, European Constitution.

Supremacía constitucional o primacía del derecho de la Unión: La paradoja de un derecho constitucional europeo sin Estado¹

Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, la interrelación entre Constitución e integración europea puede resumirse, sintetizando mucho, en dos ideas: En primer lugar, el proceso de integración nace y se desarrolla, fundamentalmente, en los Estados. Esto quiere decir que la integración europea ha tenido que avanzar con sujeción a las Constituciones nacionales, o dicho de otro modo, la integración ha tenido que constitucionalizarse; pero también, en segundo término, las constituciones internas han debido adecuarse a las estructuras jurídicas y políticas de la integración, es decir, que las Constituciones también tienen que “comunitarizarse”, como manifestación cumbre del proceso más general de comunitarización de todo el ordenamiento. Así, constitucionalización de la integración y comunitarización de la Constitución son dos caras de la misma moneda².

Pero, como trataremos de demostrar en estas páginas, la comunitarización de nuestra Constitución parece estar siendo punto menos que una “misión imposible”: la primacía³ del Derecho de la Unión cuya proclamación de rango constitucional se hace en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y que se viene afirmando como principio existencial del derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde los años sesenta, es hoy, lisa y llanamente, según la dicción literal de nuestra Constitución, incompatible con la supremacía constitucional española. El hecho de que este tratado “constitucional” europeo se encuentre hoy en sus horas más bajas no es óbice para solucionar el problema de la adecuada integración constitucional del derecho comunitario, puesto que ya desde 1992 están presentándose recursos previos de inconstitucionalidad, conflictos entre Constitución y Derecho comunitario, que el TC no está resolviendo adecuadamente, como pone de manifiesto la doctrina crítica con las Declaraciones 1/1992 y 1/2004. Parece que se está abriendo una brecha en la teoría de las fuentes que hay que solucionar pronto. Ya no es posible demorar por más tiempo la adecuada constitucionalización del derecho comunitario, una vez que se ha producido el más alto debate jurídico (que no de opinión pública) en torno a la

¹ Un fino análisis sobre esta cuestión en AYUSO TORRES, Miguel, “¿Qué Constitución para qué Europa?, *Verbo*, nº 431-432, enero-febrero 2005, p. 21. También el prólogo de la obra colectiva dirigida por ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, y coordinada por ROIG MOLÉS, Eduard, *El proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención*, Tirant, Valencia, 2004, se refiere a esta contradicción interna: “Una constitución y un derecho constitucional sin Estado. Esta es la gran paradoja y el gran reto que presenta para los iuspublicistas de todos los campos el momento actual del proceso de integración.

² PEREZ TREMPS, Pablo, “Constitución española y Unión Europea”, REDC, Nº 71 (2004), P. 103-4); v. Tab. *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994

³ La diferencia técnica entre primacía y supremacía, apuntada en la DTC 1/2004 de 13 de diciembre, ya se apuntaba en la tesis de REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento de la Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 57 y ss.

Constitución Europea; y convendría, cuanto antes, acometer una reforma constitucional, como se ha hecho ya, desde hace tiempo por cierto, en otros países de nuestro entorno, para que la relación entre el ordenamiento comunitario y el español no sea más una relación de jerarquía, sino exclusivamente de competencia, que es la única relación que debe darse entre ambos ordenamientos.

Cuando el Gobierno español solicitó el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado con anterioridad a asumir su compromiso internacional firmando la llamada Constitución Europea⁴, el supremo órgano consultivo señaló que el fundamental extremo de contradicción entre la Constitución Española y la futura Constitución Europea era el relativo a la supremacía de la Constitución Española.

Efectivamente, el Consejo de Estado⁵ advirtió que existía una contradicción entre este art. 9.1 de la CE y el art. I-6 del Tratado, que establece, por primera vez como enunciado normativo, y del máximo nivel, puesto que está en la Constitución Europea, el principio de primacía del Derecho de la Unión que ya estaba consagrado en jurisprudencia del TJCE desde los años sesenta⁶:

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

Cierto es que la Declaración de la Conferencia de los Representantes de los Estados Miembros sobre dicho artículo, anexa al Tratado (Declaración anexa al art. I-6) parece “restar importancia” al señalar que no se trata de algo nuevo, sino que “refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia”, y se proclama como una “exigencia existencial” de este derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Pero lo cierto, como parece sugerir el Consejo de Estado, es que su consagración formal en la norma constituyente⁷ que pretende ser la futura Constitución Europea, debería mover a una reflexión más profunda sobre su implicación para el sistema de fuentes en un sistema continental como el nuestro, que la que se desprende de su simple decantación por vía jurisprudencial, aunque ésta también plantea, y con mayor motivo, conflictos graves cuando se trata de desplazar normativa de rango constitucional para salvaguardar la aplicación del Derecho comunitario.

Y esto es así porque en rigor, por su origen jurisprudencial, en un ordenamiento de corte continental como el nuestro, el principio de primacía del derecho comunitario sólo debiera operar sobre las fuentes del derecho estatal interno infraconstitucionales, aunque como más adelante se explicará, también está desplazando ya, y desde 1992, a la misma Constitución española en lo que no fue objeto de revisión constitucional con ocasión de la firma del Tratado de la Unión Europea. Pero es que además lo que parece

⁴ En relación con su naturaleza jurídica, vid., entre otros, CONSTANTINESCO, Vlad, “El proyecto de tratado por el que se establece una Constitución de la Unión Europea, entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 15 (primer semestre de 2005), pp. 71 y ss.

⁵ Dictamen de 21 de octubre de 2004

⁶ Sentencias Van Gend en Loos, 1963 y Costa/ ENEL, 1964.

⁷ MAESTRO BUELGA, G., “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *Teoría y realidad constitucional* nº 15 (2005), pp. 133 y ss.

pretenderse con su consagración en la Constitución Europea es que no haya incoherencia en la técnica del principio de primacía, y que, independientemente del corte continental o anglosajón del ordenamiento del Estado miembro en cuestión, la primacía del Derecho de la Unión sea tal que también pueda desplazar a las normas de rango constitucional que se opongan a lo establecido en el derecho comunitario⁸.

Por otra parte, su consolidación jurisprudencial a lo largo de tantos años no ha podido evitar que el alcance del principio de primacía del Derecho Comunitario afirmado por el TJCE no coincida exactamente con el reconocimiento de tal principio por parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros, que han definido ciertos límites constitucionales a la eficacia de las normas de Derecho Comunitario en el Derecho interno⁹. Y el problema, en términos de fundamentación, no es de sencilla solución: de hecho, la reticencia de los Tribunales Constitucionales a asumir el principio de primacía del Derecho comunitario con el alcance que le da el Tribunal de Justicia, es bastante comprensible, teniendo en cuenta que la supremacía de la Constitución es precisamente el presupuesto existencial de la jurisdicción constitucional¹⁰.

De hecho, el Tribunal Constitucional español sigue afirmando en la actualidad, por su empeño en no reformar nuestra Constitución, (asunto siempre delicado para el Gobierno), y de un modo ya un tanto desfasado respecto de la realidad de asimilación jurídica del Derecho comunitario en nuestro ordenamiento actualmente, que la primacía

⁸ Esta opinión que aquí se sostiene no es pacífica. FARRERES COMELLA, Víctor Y SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, “Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución Europea? *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 645 (2004), p. 4 : “Todos los informes de expertos sobre esta materia coinciden en señalar que la tesis del TJCE, según la cual las normas comunitarias prevalecen siempre, en casod e conflicto, sobre las propias constituciones nacionales, *no es generalmente aceptada por los tribunales nacionales de los diversos Estados miembros*. Si existe alguna cuestión controvertida en esta materia, no es la primacía del Derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales, sino su primacía sobre las constituciones nacionales. El debate se arrastra hace mucho tiempo, y la literatura existente al respecto es inabarcable.

Pues bien, justamente ante esta cuestión altamente controvertida, el Tratado constitucional no da la respuesta taxativa que cabría esperar. El art. I-6 no dice explícitamente lo que debería decir para zanjar la polémica, a saber: que esa primacía opera también frente a las constituciones nacionales. La falta de referencia explícita a las constituciones nacionales no se debe en absoluto a un “olvido”. Si no se recoge esa referencia explícita, es porque los miembros de la convención no se atrevieron a dar este paso, ante los problemas constitucionales y políticos que podría generar”.

Lo que ocurre es que el criterio de interpretación que se está utilizando, que es acudir a la gestación de la “Constitución Europea”, es un criterio de interpretación válido en este momento, en el que está tan reciente su publicación. Pero deja de serlo conforme va avanzando el tiempo. Y además, aunque los autores salen al paso de esta observación, si la Declaración anexa, que sí se puede utilizar como criterio interpretativo válido de los que la Convención quiso decir, señala que no otra cosa hay que tomar por primacía sino la que viene entendiendo el TJCE, el resultado de esta operación interpretativa debe forzosamente conducirnos a la conclusión de que esta primacía es incondicionada, incluso también sobre las Constituciones nacionales, cuando la competencia en cuestión pertenezca a la Unión Europea.

⁹ Un estudio sobre la particular forma de entender los principios de “primacía” y “efecto directo” de las jurisdicciones constitucionales europeas, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., *Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario*, en VVAA, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp.1175 a 1200.

¹⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos., *Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario*, op. cit., p. 1200. Como veremos enseguida, el necesario equilibrio entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y la jurisdicción comunitaria se ha salvado en este punto con la doctrina de los “contra-límites” al límite que supone el principio de primacía, doctrina acuñada en la jurisprudencia italiana y extendida entre otros, a los ordenamientos alemán, francés y parece ser que últimamente también al español.

del derecho comunitario al ingresar en el ordenamiento estatal por la vía del art. 93, aun con el sentido no sólo orgánico-procedimental, sino también material (muy amplio), que se está dando a este precepto, es un principio que está y seguirá estando subordinado a la Constitución Española, en un recto entendimiento “procedimental” –como no puede ser de otra manera- de nuestro sistema de fuentes.

Efectivamente, en una resolución no unánime, con tres votos particulares, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre ha aseverado que no existe dicha contradicción entre el principio de primacía del Derecho de la Unión y el principio de superlegalidad constitucional, pero para llegar a esta conclusión, ha debido intentar un difícil equilibrio que contrasta con (“complementa”) su parecer de 1992 (Declaración 1/1992 que emitió con anterioridad a la firma del Tratado de Maastricht, Tratado de la Unión Europea), y por el que se abren extraordinarias posibilidades al art. 93 CE, precepto que sólo por vía hermenéutica, y sin exigir su reforma explícita, pasa a ser cauce también para reformar la Constitución (o desplazarla, si ése es el término que se prefiere) cuando así lo exija el derecho comunitario sobre la base de las competencias cedidas (o por ceder) a la Unión Europea.

Marco jurídico de la supremacía o superlegalidad constitucional en relación con los tratados internacionales¹¹.

Como punto de partida, conviene recordar el sistema español de recepción, como derecho interno, del ordenamiento comunitario, que se sustenta sobre el Cap. III del Tít. III de la CE, (arts. 93-96), del cual interesa ahora destacar dos preceptos:

1) Art. 95 de la Constitución Española

*“La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución requerirá la previa revisión constitucional.
El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción”*

Este artículo ha sido tradicionalmente leído de diferente forma por constitucionalistas e internacionalistas. Para los primeros, significaba la primacía del derecho constitucional, y para los segundos, la primacía del derecho internacional. Desde un punto de vista, es posible que esto ya sea un análisis desfasado porque actualmente el principio más importante (debería ser el exclusivo) de relación entre ambos ordenamientos es el principio de competencia, pero desafortunadamente, todavía la dicción literal de nuestra Constitución, obliga a seguir considerando que existe una relación jerárquica entre ambos ordenamientos, el comunitario, y el estatal, y concluir además (para colmo y negación de la más absoluta evidencia) que la Constitución prima sobre el Derecho comunitario, como prima sobre todo el derecho interno del Estado¹². Y esto es así por mandato del segundo precepto relevante a los efectos que aquí interesan:

¹¹ Sobre esta cuestión teórica ver DÍAZ RICCI, S., “Supremacía de la Constitución” en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, UCM, 2001, pp. 895 y ss.

¹² Se inserta así nuestro ordenamiento dentro de los sistemas monistas de integración del derecho internacional con primacía del derecho estatal. El modelo lo acuñó KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität un die Theorie des Völkerrechts* (Unveränderter Neudruck der zweiten Auflage von 1928), Scientia, Aalen, 1960, pp. 187, 188 y ss. La crítica al mismo en HART, H.L.A., “Kelsen’s doctrine of the

2) Art. 93 de la Constitución Española:

“Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”

Este artículo señala que los tratados, podría decirse, más significativos que tiene ocasión de celebrar el Estado español, es decir, aquellos por los que se cede a una institución u organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, deberán revestir la forma de Ley Orgánica¹³.

Pues bien, el principio de jerarquía, desde el que se contempla la pirámide de nuestro sistema de fuentes, supone que la Constitución se erige como norma fundamental básica, razón de validez de todo el sistema, y a la que ninguna norma puede contradecir bajo sanción de nulidad y expulsión del sistema normativo. Prevalece por tanto sobre todo tipo de leyes (también sobre los Estatutos de Autonomía, como leyes orgánicas que son), sobre normas gubernamentales con rango de ley, y sobre reglamentos¹⁴. A esta característica de la Norma fundamental se la conoce técnicamente como superlegalidad o supremacía constitucional.

La misma Constitución española se encarga de proclamar su supremacía, entre otros preceptos, y como el más expresivo, en el art. 9.1:

“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

El Derecho Comunitario como derecho externo del Estado: modelos posibles de integración constitucional

Desde esta perspectiva en que la Constitución Española se sitúa, que es la del modelo dogmático de la supremacía del ordenamiento jurídico estatal, y por tanto, desde la consideración del derecho internacional como derecho externo del Estado, en el Derecho comparado hallamos tres modelos normativos distintos de apertura al Derecho comunitario: el de la disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento

unity of law (1968/1970)”, *Essays on Jurisprudence and Philosophy*”, Clarendon Press, Oxford, 1985, (reprinted first edition of 1983), pp. 311 y 319, ambas obras citadas por ALAEZ CORRAL, Benito., op. cit., “Soberanía constitucional...”, p. 526 nota 72.

¹³ Este artículo 93 es una inespecífica cláusula de apertura puesto que sirve para integrar todo tipo de tratados de cesión de competencias derivadas de la Constitución. Por ejemplo, ha servido también de base para autorizar la ratificación del Tratado de Roma (1998) por el que se instituye el Tribunal Penal Internacional, mediante LO 6/2000 de 4 de octubre. Al respecto, vid. LÓPEZ CASTILLO, Antonio, “De nuevo sobre el fundamento constitucional de la integración europea”, en ARAGÓN, Manuel., JIMÉNEZ, Javier y SOLOZÁBAL, Juan José., (eds.), *La democracia constitucional. Libro homenaje a Francisco Rubio Llorente*, Ed. CEC, Madrid, 2002, pp. 158, 175 y ss.

¹⁴ de entre los cuales, los ejecutivos, también aparecen en relación jerárquica inferior a la ley, y los independientes, de igual manera, aunque a sensu contrario. Adicionalmente, para los reglamentos que no respeten el principio de jerarquía, la sanción no es únicamente de anulabilidad-nulidad, sino de inaplicación por la jurisdicción ordinaria no competente para anularlos.

internacional (es el caso de los ordenamientos constitucionales holandés y austríaco), el de la soberanía de la Supra-Constitución material (modelo italiano, alemán y francés bastado en la doctrina de los “contralímites” acuñada por la jurisdicción constitucional italiana) y el de la soberanía plena de la Constitución formal (que es el actual modelo de la Constitución Española)¹⁵, aunque a partir de la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004, pronunciada previamente a asunción del compromiso internacional de España con la llamada “Constitución Europea”, sin haberse reformado explícitamente, nuestra Constitución parece estarse transformando de repente en un modelo distinto del que ha resultado de su dicción literal hasta la fecha, esto es, en el modelo de la Supra-constitución material, pero sin los requisitos procedimentales que sería lógico imponer (y que se imponen en el derecho comparado) para que tal modelo rigiera.

Analícemos estos tres modelos:

- 1) El modelo de disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional consiste en que la Constitución estatal ha determinado voluntariamente que las normas del ordenamiento comunitario tengan el mismo nivel que ella en la jerarquía normativa, atribuyéndoles el ejercicio del poder constituyente y la posibilidad de que modifiquen la norma suprema¹⁶. Tanto en el caso holandés¹⁷ como en el austríaco¹⁸ se hace la

¹⁵ Seguimos exposición de ALAEZ CORRAL, Benito, “Soberanía constitucional...”, pp. 528 y ss.

¹⁶ El art. 92 en relación con el 93.1 de la Constitución holandesa permite la derogación de disposiciones constitucionales mediante tratado siempre que el acuerdo parlamentario para su celebración hubiera sido adoptado por una mayoría de dos tercios de los miembros de los Estados Generales, equivalente a la requerida para la reforma constitucional (art. 137.4 de la Constitución Holandesa). Por su parte, el art. 50 en relación con el 44.1 y 2 de la Constitución austriaca dispone la posibilidad de que un Tratado modifique la Constitución federal, requiriéndose el mismo procedimiento que para la reforma constitucional. En ambas Constituciones, el llamado poder de reforma “total” permanece en el Parlamento y en el cuerpo electoral que debe aprobarla mediante referéndum. Pero esto sería un poder de reforma en todo caso residual, en todo aquello no afectado por las normas de Derecho Comunitario.

¹⁷ La Constitución holandesa ya fue modificada en los años cincuenta como consecuencia de la creación de las Comunidades Europeas, pero la modificación que aquí interesa se dio en 1983, por la que el art. 91.3 estableció que las disposiciones de un Tratado contrarias a la Constitución o que puedan dar lugar a conflictos con ella no pueden ser aprobadas por los Estados Generales sino por la mayoría de dos tercios (La misma mayoría que la exigida para la revisión de la Constitución) y el art. 92 dispuso que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial podían atribuirse a instituciones internacionales en virtud o en aplicación de un Tratado cuya adopción requerirá en su caso el respeto a las disposiciones del art. 91.3.

¹⁸ Artículo 44 de la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, trad. B. Aláez (<http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/caus1920.htm>)

(1) Las Leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales contenidas en Leyes ordinarias no pueden aprobarse en el Consejo Nacional más que con asistencia de la mitad de sus miembros y por una mayoría de dos tercios de los votos emitidos: habrán de ser designadas de modo expreso "Ley constitucional" o "disposiciones constitucionales".

(2) Cualquier reforma total de la Constitución, o una parcial cuando así lo pida un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Consejo Federal, serán sometidas por el Presidente de la Federación a votación de todo el pueblo de ésta, después de tramitarse con arreglo al artículo 42 y antes de su publicación.

Artículo 50 de la Constitución Austriaca 1 oct. 1920

(1) Todos los tratados internacionales de índole política y los demás cuando modifiquen las Leyes vigentes, necesitan para su validez la aprobación del Consejo Nacional.

salvedad de que la celebración de un tratado internacional tal no sea posible sino con el respaldo parlamentario necesario para la misma reforma constitucional. Sin embargo, la consecuencia de esta “disolución” es que el derecho comunitario, como consecuencia del principio de primacía, se convierte en un poder normador jurídicamente superior al poder de reforma constitucional nacional, por lo que ni siquiera mediante una reforma constitucional podría desposeerse a la Unión de su competencia de reforma constitucional; y tampoco podría evitarse que, eventualmente, la Unión suprimiera la competencia de reforma constitucional del acervo competencial del Parlamento nacional. Este, obviamente, es el modelo que menos problemas plantea al efecto directo y a la primacía incondicionada del Derecho de la Unión. Pero los problemas se plantean en cuanto a que la cesión del poder constituyente lo es hacia un ordenamiento cuya eficacia depende como tal del ordenamiento interno, cuya tutela queda muy debilitada.

- 2) Soberanía exclusiva de la supra-constitución material. Este modelo desdobra la Constitución del Estado en dos, normas constitucionales ordinarias, por un lado, y núcleo constitucional intangible por otro, que integraría lo que se podría llamar “supra-constitución material”. Se admitiría la primacía del derecho internacional respecto de las normas constitucionales ordinarias, pero no respecto del núcleo intangible de la Constitución, identificativo de la soberanía del Estado, cuya existencia sería, en todo caso, indisponible. En este sentido, el art. 23 de la GG¹⁹, introducido con ocasión de la firma del

(2) A los acuerdos de dicho Consejo para la aprobación de tratados se aplicarán por analogía las disposiciones del artículo 42 apartados 1º a 4º y del artículo 44 apartado 1 cuando el tratado implique modificación de una Ley constitucional.

¹⁹ su nueva redacción es consecuencia de la ratificación del tratado de Maastricht: Ley Fundamental de Bonn: *Artículo 23 [Unión Europea]*

(1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

(2) En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat. El Gobierno Federal deberá informar en detalle y con la menor dilación al Bundestag y al Bundesrat.

(3) Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley.

(4) El Bundesrat deberá participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los Länder fueran competentes a nivel nacional.

(5) En tanto los intereses de los Länder sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal tendrá en cuenta la toma de posición del Bundesrat. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los Länder, la organización administrativa o sus procedimientos

Tratado de Maastricht en 1992 por parte de Alemania, vincula el procedimiento de integración europea al procedimiento y límites de la reforma constitucional (arts. 79 II y III)²⁰; en Francia²¹, el art. 54²² somete a la previa reforma constitucional la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, y el art. 88, introducido con ocasión también de la firma del Tratado de la Unión Europea²³, dedicado

administrativos, el punto de vista del Bundesrat en eso habrá de ser tenido en cuenta de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto deberá ser mantenida. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.

(6) Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los Länder, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal de Alemania en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los Länder designado por el Bundesrat. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; se mantendrá la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.

(7) La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat.

²⁰ Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]

(1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.

(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

²¹ El fundamento constitucional de la integración europea lo encontramos en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958 efectúa una remisión al de la Constitución de 27 de octubre de 1946, cuyo párrafo 14 dispone que : “A reserva de reciprocidad, Francia consiente las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz”.

²² Artículo 54 (<http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp#TÍTULO%20VI>)

“ Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución”.

²³ Tras las Decisiones del Consejo Constitucional francés 92-308 de 9 de abril de 1992 (Maastricht I); 92-312 de 2 de febrero de 1992 (Maastricht II) y 92-313 de 23 de septiembre de 1992 (Maastricht III). Dice el art. 88: “La República podrá concluir acuerdos con los Estados que deseen asociarse a ella para desarrollar sus civilizaciones”. TÍTULO XV - De las Comunidades europeas y de la Unión Europea:

Artículo 88-1: “La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común ciertas competencias.”

Artículo 88-2: “De acuerdo con criterios de reciprocidad y del modo previsto por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, Francia concede las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria europea.

De acuerdo con los mismos criterios y del modo previsto por el Tratado que instituye la Comunidad Europea, en su redacción correspondiente al tratado firmado el 2 de octubre de 1997, se pueden conceder las transferencias de competencias necesarias para la determinación de las normas relativas a la libre circulación de personas y a los aspectos que a ella se refieran.

La ley establece las reglas relativas a la orden de arresto europea, en aplicación de los actos aprobados sobre la base del Tratado de la Unión Europea.”

íntegramente a la regulación constitucional del proceso de integración europea, que no pone más límites al proceso de integración europea que los derivados de las condiciones de ejercicio de la soberanía nacional, como parte de la cláusula de intangibilidad del art. 89²⁴ de la Constitución Francesa que constituye en núcleo constitucional intangible la forma republicana de gobierno. En este sentido, la decisión de 19 de noviembre de 2004²⁵ del *Conseil Constitutionnel* ha estimado que para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa es necesario modificar la Constitución francesa, no en el punto de la primacía (cuestión resuelta por la modificación del art. 88), no en la Carta de Derechos, pero sí en cuanto a las disposiciones del Tratado que regulan las políticas y funcionamiento de la Unión, la transferencia de competencias en nuevas materias, las nuevas modalidades de ejercicio de las competencias ya transferidas, el paso a mayoría cualificada en virtud de una decisión europea ulterior a la entrada en vigor del Tratado; procedimientos de revisión simplificada previstos en los arts. IV-444 y IV-445 y nuevas prerrogativas reconocidas a los Parlamentos nacionales en el marco de la Unión). Por su parte, el art. 11 de la Constitución italiana²⁶ y la interpretación de la Corte Costituzionale a partir de la sentencia n° 232 de 1989 sitúan este ordenamiento constitucional

Artículo 88-3: “De acuerdo con criterios de reciprocidad y del modo previsto por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales sólo podrá concederse a los ciudadanos de la Unión residentes en Francia, quienes no podrán ejercer las funciones de alcalde o teniente de alcalde ni participar en la designación de electores senatoriales y en la elección de los senadores. Una ley orgánica votada en los mismos términos por las dos asambleas determinará el modo de aplicación del presente artículo.”

Artículo 88-4: “El Gobierno someterá a la Asamblea Nacional y al Senado, en el momento de su transmisión al Consejo de la Unión Europea, los proyectos o propuestas de actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea que contengan disposiciones de índole legislativa. También podrá someter el Gobierno a dichas cámaras los otros proyectos o propuestas de actos, así como cualquier documento que emane de una institución de la Unión Europea.

Según modalidades fijadas por el reglamento de cada asamblea, se podrán votar resoluciones, incluso fuera de los períodos de sesiones, sobre proyectos, propuestas o documentos mencionados en el apartado anterior.”

²⁴ Art. 89: “La iniciativa de la reforma de la Constitución corresponde conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.

El proyecto o proposición de reforma deberá ser votado por las dos asambleas en términos idénticos. La reforma será definitiva después de ser aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional.

No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio.

No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma.”

²⁵ El mismo día que Francia firmó en Tratado Constitucional de la Unión Europea, (29 de octubre de 2004) su Presidente sometió al Consejo Constitucional la cuestión de si la autorización para su ratificación debiera estar precedida por una modificación de la Constitución Francesa.

²⁶ El art. 11 de la Constitución italiana de 1948 dispone que: “Italia repudia la guerra como instrumento que atenta contra la libertad de los demás pueblos y como medio de solución de los conflictos internacionales; consiente, en condiciones de igualdad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para conseguir un orden que asegure la paz y la justicia entre las naciones; ayuda y favorece a las organizaciones internacionales que tengan esta finalidad.”

dentro de la opción metodológica de la supra-constitución material²⁷. Portugal lo hace en sus arts. 7.1²⁸-7.6²⁹; y 8.3³⁰.

Todos los ordenamientos que se sitúan en esta opción, a pesar de las diferencias en la articulación normativa entre las normas de derecho comunitario y las nacionales, coinciden en subordinar el principio de primacía del ordenamiento comunitario a la supra-constitución material, es decir, a un conjunto de valores entre los que se encuentran los principios estructurales del ordenamiento³¹ y los derechos fundamentales, identificativos del orden constitucional e indisponibles para el poder normativo comunitario.

Con relación al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en adelante TCE³², hay que señalar, a este respecto, que se proclama a sí mismo, en sus arts. I-5.1 y I-2, y Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales como respetuoso con la identidad de los Estados integrados en ella y a sus estructuras constitucionales básicas.

- 3) Soberanía plena de la Constitución formal. Es el modelo que ha seguido nuestra Constitución, el modelo monista de primacía del ordenamiento estatal. La Constitución aparece como norma jurídica suprema respecto de todas las fuentes normativas, siendo la fuente de validez del derecho comunitario, y además la fuente supraordenada a estas en virtud de la supremacía constitucional, garantizada por el control del Tribunal Constitucional y por los mecanismos de reforma constitucional confiados a concretas mayorías cualificadas y a determinados órganos constitucionales,

²⁷ CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 150 y ss; SORRENTINO, F., “Ai limiti dell’integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?” *Politica del Diritto*, nº 2 (1994), p. 194.

²⁸ Artículo 7.(Modificado 12/12/2001)De las relaciones internacionales:

1. En las relaciones internacionales, Portugal se rige por los principios de la independencia nacional, del respeto a los derechos humanos, de los derechos de los pueblos, de la igualdad entre los Estados, de la solución pacífica de los conflictos internacionales, de la no ingerencia en los asuntos internos de los demás Estados y de la cooperación con todos los otros pueblos para la emancipación y el progreso de la humanidad.

²⁹ Art. 7.6: Portugal puede, en condiciones de reciprocidad, con respeto al principio de subsidiariedad y con vistas a la realización de la cohesión económica y social, convenir el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la Unión Europea.

³⁰ La Ley constitucional 1/1982 introdujo en la Constitución portuguesa el art. 8-3 que dispone que : “Las normas que emanan de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forma parte están en vigor directamente en el ordenamiento interno, si así está (expresamente) establecido en los Tratados constitutivos de dichas organizaciones. Posteriormente la ley de reforma constitucional 1/1989 suprimió la palabra “expresamente”.

³¹ En nuestro ordenamiento éstos serían el principio de estado de Derecho, estado democrático, estado social y la división territorial del poder tal y como la concibe el art. 2., en paralelo con los mismos principios del art. 20. I GG, estado democrático, social y federal de derecho (ALAEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEC, Madrid, 2000, pp. 345 y ss.

³² Es cierto que pueden confundirse estas siglas con las del Tratado de la Comunidad Europea, pero se ha preferido manejar las siglas TCE en este trabajo, en el que no se habla en ningún momento del Tratado de la Comunidad Europea-el riesgo de confusión no existe por tanto en este trabajo- para poner de manifiesto que este Tratado Constitucional Europeo disfruta de la naturaleza jurídica de un tratado internacional, pero también y en no poca medida, de la naturaleza constitucional, en concreto por la obligatoriedad y garantía judicial que adquirirá la llamada “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” cuando la “Constitución Europea” entre en vigor.

cuya regulación aparece en el título X-De la reforma constitucional. Esta no es una competencia susceptible de cesión por el art. 93, que no permite más que la cesión del ejercicio de competencias *constitucionales* pero no *constituyentes*, y que por tanto no puede ser el cauce de una auto ruptura constitucional en ningún momento³³. La apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento no se formaliza en una norma con rango constitucional sino que la misma adopta, por mandato expreso del art. 93, la forma de una Ley Orgánica mediante la cual se transfieren a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución, mediante un tratado internacional en el que se prevén condiciones orgánico-procedimentales y materiales para la producción normativa, paralelas a las previstas en la propia Constitución, pero cuya posición respecto a la Constitución sigue estando subordinada.

La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004: Análisis crítico

Con todos estos elementos de juicio, pretende ahora abordarse un análisis crítico de la última Declaración del Tribunal Constitucional, que sobrevino a la petición del Gobierno para que aclarase, visto el Dictamen del Consejo de Estado, si existía contradicción entre la llamada Constitución Europea y la Constitución Española, desde el punto de vista del principio de jerarquía y de la ordenación de nuestro sistema de fuentes. Como ya se ha avanzado, en un parecer no unánime, que cuenta con tres votos particulares, profundamente discrepantes con el parecer mayoritario, el Tribunal sostuvo que no existía contradicción entre el texto del Tratado y el de la Constitución española, y que por tanto no hacía falta reformar nuestra Constitución para ratificar la Constitución Europea. Y esto lo hizo en virtud de dos argumentos principales:

D) La jurisprudencia constitucional española³⁴ ha venido reconociendo sin problemas la primacía del Derecho comunitario originario y derivado sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 y *Costa contra ENEL* de 15 de julio de 1964. Aclara que no es lo mismo primacía que supremacía³⁵, para asegurar en todo caso la supremacía de la Constitución Española, porque que si en el futuro, la ulterior dinámica del derecho de la Unión llegase a ser inconciliable con la

³³ como han sostenido MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ-ZAPATA y PÉREZ, Jorge, *Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad*, REDA, 1981, N° 30, PP. 481 Y SS. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "El art. 93 y el Bloque de la Constitucionalidad: algunos problemas" en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría*" Civitas, Madrid, 1991, pp. 233 y ss

³⁴ cita las STC 28/1991 de 14 de febrero, FJ 6, 64/1991 de 22 de marzo, FJ 4 a), 130/1995 de 11 de septiembre, FJ 4; 120/1998 de 15 de junio, FJ 4 y 58/2004 de 19 de abril, FJ 10.

³⁵ El hecho de que la primacía provoque la inaplicación de las normas que la vulneren y la supremacía su nulidad, está desapoderando a la jurisdicción contencioso-administrativa para que anule los reglamentos que se opongan a derecho comunitario (competencia que tenía reconocida en virtud de la sts 26 ene 2000, Ar. 10108; ahora sólo puede inaplicar. Vid. SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio, FARRERES COMELLA, Víctor y SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, *Constitución Española y Constitución Europea*, CEC, Madrid, 2005, p. 67.

Constitución española, ya lo resolvería el TC cuando llegase ese momento, y que la soberanía española está salvaguardada porque siempre se puede denunciar el Tratado y salirnos de la Unión³⁶.

El caso es que algunos de los preceptos de la Constitución española son incompatibles ya con los Tratados constitutivos de la Unión, es más, puede decirse abiertamente que desde la inserción en el ordenamiento español del Tratado de la Unión Europea, este Tratado es inconstitucional.

La conclusión del Tratado de la Unión Europea, Tratado de Maastricht de 1992, que supuso la creación de la Unión Europea (en adelante, UE), fue el primer momento en que la Constitución española quedó ciertamente comprometida y cuestionada en conceptos tradicionalmente muy claros en nuestro constitucionalismo como los de “soberanía” (ad extra), “nacionalidad” y “extranjería”, y todo a resultas de un proceso de integración europea que comenzaba a extender su alcance hasta límites en principio poco imaginables. La huella de la firma del Tratado de la Unión Europea quedó en nuestro texto constitucional, que vio la primera de sus reformas desde el año 1978, y única hasta la fecha en los 26 años de constitucionalismo democrático. La de 1992 fue una reforma necesaria pero insuficiente, operada en virtud de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1992, por el procedimiento ordinario de reforma constitucional del art. 167³⁷, que es el más sencillo de los dos cauces de revisión constitucional que nuestro texto contempla, dentro de la complejidad inherente a todo proceso de reforma consecuencia del carácter rígido de nuestra Norma Suprema.

Por parte de autorizada doctrina iusinternacionalista se ha hecho notar que la reforma constitucional de 1992, basada en la Declaración del TC de 1 de julio del mismo año, para poder ratificar el Tratado de Maastricht, no fue una reforma afortunada, por ser incompleto el análisis realizado por el TC³⁸. El TC se centró exclusivamente en la punta del *iceberg* cuando señaló la incompatibilidad del derecho al sufragio pasivo por parte de ciudadanos de la Unión con el entonces vigente art. 13.2, puesto que no se paró a analizar el complejo de derechos que supone la categoría de la “ciudadanía de la Unión” contenida en el Tratado de Maastricht. Porque según el

³⁶ “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 que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a resolver los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto del art. I-6, y que permite definir su real dimensión de 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” (DTC 1/2004, FJ 4, in fine)

³⁷ El art. 167 de la Constitución Española dispone: “1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas se constituirá una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma...”

³⁸ MANGAS MARTÍN, A., “La declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente” REDI, vol 44, nº 2 (1992), pp. 381-392.

Tratado de la Unión Europea se perfila la ciudadanía de la Unión como una categoría próxima y muy semejante a los nacionales del Estado miembro (salvo en lo tocante a la participación política parlamentaria y a la reserva de la función pública con poder de imperio, esto es, FFAA, Policía, Cuerpo Diplomático, Abogados del Estado, etc; cargos políticos de la Administración y deberes militares). Todos los demás derechos, a tenor del art. 8.1.B del TUE, son exactamente iguales para los nacionales que para los ciudadanos de la Unión.

Pero la categoría de “ciudadanía de la Unión” fue negada por el TC, que equipara a estos ciudadanos con “extranjeros” con un especial derecho de sufragio activo y pasivo, pero como cualquier otro extranjero amparado por un convenio de reciprocidad en tal sentido con España. Así que no se analizó, realmente, si esa categoría que es la “ciudadanía de la Unión” era o no compatible con la Constitución española³⁹. Este análisis se evitó para poder prescindir de la reforma del art. 23 que hubiera exigido el procedimiento agravado. Se justificó este extremo en la afirmación de que la norma atributiva del derecho del art. 23, era el art. 13 (cuestión que no es en absoluto compatible con la eficacia directa de las normas relativas a derechos fundamentales en la Constitución, pues no se entiende muy bien cómo es posible que la norma que disciplina el derecho fundamental de sufragio no sea en realidad atributiva de tal derecho). Y sin embargo no hubiera estado de más introducir, al lado del concepto “ciudadano” (nacional), las matizaciones impuestas a este artículo como consecuencia de la asunción de la nueva categoría “ciudadanía de la Unión”.

Especialmente, el acceso “en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” que proclama el art. 23 respecto de los ciudadanos nacionales, está abierto a los ciudadanos de la Unión, desde el momento en que el TJCE ha interpretado el art. 48.4 del TCE (que establecía una excepción a la libre circulación de personas en el caso de los empleos en la Administración pública) de forma restrictiva⁴⁰ lo que se ha traducido en la apertura de miles de empleos públicos a los ciudadanos comunitarios (aunque se haya hecho escaso uso de esta posibilidad en España y en otros Estados Miembros). De manera que hoy, el TUE está en este punto por encima de nuestro art. 23 de la Constitución, desplazándola, o por mejor decir, haciéndola inexistente a este respecto. No reconocer que estamos ante una supremacía explícita del Derecho de la Unión sobre la misma Constitución española sería negar la evidencia. Y esto habría que haberlo integrado en una correcta arquitectura constitucional, reformando nuestra Constitución sin complejos, como se han reformado otras en Europa, para posibilitar la coherencia del ordenamiento.

Se da así la paradoja de que con la interpretación dada por el TC en su Declaración de 1 de julio al art. 13.2, sin posibilitar la entrada en juego de la ciudadanía de la Unión, el art. 48.4 del TUE según la interpretación dada por el TJCE, válidamente recibido por España por medio de Ley Orgánica en el año 1992, una vez operada la reforma constitucional, entra en conflicto con los arts. 13 y 23 de la Constitución. Es decir, que el TUE resulta inconstitucional en este punto, pero prevalece sobre la

³⁹ Sobre el significado de esta “ciudadanía europea”, véase la tesis de FRAILE ORTIZ, María, *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid, 2003.

⁴⁰ TJCE 21.6.74, Reyners, 2/74, f. 43.45 y 50 cit por MANGAS NARTÍN A., op. cit., “La declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 de la Constitución...”, p. 390

Constitución Española, aunque esto sea en contra de la dicción del art. 93⁴¹. Y otro tanto se podría decir del art.8 A Y 48 del TUE con respecto a la libertad de circulación y entrada y salida del territorio nacional establecida en nuestro art. 19 CE.

Como puede apreciarse, ese problema “difícilmente concebible” de incompatibilidad en realidad ya lo tenemos, otra cosa es que no sea políticamente correcto observarlo.

Por otra parte, reducir el problema aseverando que siempre cabe la denuncia de la “Constitución Europea” y “salirnos” de la Unión, no es técnicamente correcto, porque la retirada voluntaria es una cláusula que existe precisamente como defensa del principio de primacía del derecho de la Unión, y como salvaguarda de la autonomía de éste⁴² Porque si efectivamente el día de mañana el Estado español decide tomar esta complicada opción, que al menos no sea por un problema de arquitectura de fuentes, relativamente sencillo de resolver (como hemos visto, otros Estados de nuestro entorno lo han hecho ya). La solución al problema no es denunciar el Tratado, sino sencillamente (“sencillamente”) reformar nuestra Constitución.

- II) Considera el TC en su Declaración de 2004, que ya por el mismo artículo 93 se está reconociendo indirectamente la primacía del Derecho de la Unión, y que esto ya es más que suficiente, sin necesidad de reformar la Constitución⁴³.

Cierto es que esta visión del art. 93, no sólo como un precepto orgánico-procedimental, sino también “material” se venía demandando por parte de la doctrina⁴⁴, e incluso se ha visto esta interpretación tan extensa como positiva, aun con sus “sombras”, tras la DTC 1/2004⁴⁵. Según un punto de vista riguroso con las exigencias del *overruling* expreso de la jurisprudencia constitucional (ex

⁴¹ En contra de esta opinión, SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro y FARRERES COMELLA, Víctor, op. cit., “Realmente hay que reformar la Constitución...”, p. 4

⁴² ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, REDC N° 73 (ene-abr 2005) p. 359. Observa este autor que, además, una vez decidida soberanamente la retirada, según el art. I-60.2, debe negociarse con la UE la forma de practicarla, lo que implica también una limitación al poder soberano del Estado.

⁴³ “La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado” (DTC 1/2004, FJ 4)

⁴⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, op. cit., “Tribunales Constitucionales y derecho comunitario”, p. 1196; también, del mismo autor, “Los efectos internos del Derecho comunitario”, en *Documentación Administrativa*, 1984, jul-sept, pp. 76-79; MANGAS MARTÍN, Araceli, *Derecho Comunitario europeo y derecho español*, 2ª ed. 1987 pp. 142-144 pero esto será más bien en relación con la función que el art- 93 desempeñó en el pasado, y no tanto porque deba estirarse su sentido hasta vulnerar la legitimidad democrática de la reforma constitucional en España. También MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, n° 2, p. 599, criticando esta consideración orgánico proc. Del art. 93 realizada ya en STC 28/1991.

⁴⁵ ALONSO GARCÍA, Ricardo, op. cit “Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión...” p. 345

art. 13 LOTC) y en mayor medida, con la construcción del sistema de fuentes tal como éste se concibe por la propia Constitución española, el aspecto material del art. 93, que obviamente existe⁴⁶, al ser diseñado este precepto especialmente para integrar el ordenamiento comunitario en el ordenamiento constitucional español, no puede ser tan extenso que sirva también para “despalazar” las normas constitucionales⁴⁷, so pena de desconocer las exigencias procedimentales de la reforma constitucional española, que en definitiva remiten a la legitimidad democrática última que debe existir cuando se implica la soberanía nacional de modo tan intenso como está resultando a medida que se profundiza en la unión política europea⁴⁸.

La Declaración del TC abre así extraordinarias posibilidades al art. 93 por vía hermenéutica, puesto que ahora este artículo pasa a ser cauce para reformar la Constitución (o desplazarla, si se prefiere el término) cuando así lo exija el derecho comunitario sobre la base de las competencias cedidas (o por ceder) a la Unión Europea. Así que a partir de ahora hay tres procedimientos de reforma constitucional: el art. 167 (reforma ordinaria), el 168 (reforma agravada) y el 93, en el que por medio de una simple ley orgánica se puede trasladar no sólo el ejercicio de competencias derivadas de la constitución, sino poder constituyente a la Unión Europea.

Hay fundadas opiniones doctrinales que apuntan a que esta posibilidad de reforma constitucional “implícita” en materia competencial no es desconocida en

⁴⁶ La prueba de que existe es que la calificación que hace el TC del art 93 como precepto orgánico-procedimental no puede implicar la conclusión de que sólo el procedimiento de celebración del Tratado debe someterse a la Constitución, esto es, cumplir con las exigencias formales del art. 93, sino, obviamente, también su contenido, pues el art. 95 así lo prescribe. Sólo podría eximirse al Tratado del control de la conformidad de su contenido con la Constitución si la propia norma constitucional previese que el Tratado pudiese modificar el contenido de la Constitución; esta extraordinaria facultad de revisión constitucional es la que le reconoce el TC en su Declaración de 2004 al art. 93; pero obviamente esta previsión debería darse en coherencia con la sistemática constitucional, y reservarse a órganos constitucionales y a mayorías análogas a los que se reserva el procedimiento de reforma constitucional, y no confiarse al simple procedimiento legislativo orgánico.

⁴⁷ SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, en LOPEZ CASTILLO, Antonio, SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, Y FERRERES COMELLA, Víctor, “Constitución española y constitución europea”, CEC, Madrid, 2005, pp. 57-58 reconoce la contradicción entre las dos declaraciones e intenta una lectura integrada o armonizadora de las mismas en este sentido: el Derecho Comunitario entra en el ordenamiento constitucional por la vía del art. 93, y todo lo puede, salvo que exista una contradicción textual y directa con el texto de la Constitución, y no se sobrepasen los pilares basilares de nuestro Estado social y democrático de derecho.

⁴⁸ A favor de la reforma constitucional española para la integración, DÍEZ PICAZO, Luis María, en su ponencia al III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España “Constitución europea y reforma constitucional” y en la encuesta de la revista *Teoría y realidad constitucional* N° 15 (2005), p.45: LÓPEZ CASTILLO, Antonio, “La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004 de 13 de diciembre, *Teoría y realidad constitucional*, N° 15 (2005), p. 439 y p. 455, por la conveniencia RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, en la referida encuesta, *Teoría y realidad constitucional* N° 15 (2005), p. 49; CASCAJO CASTRO, Jose Luis, “Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea” *Teoría y realidad constitucional*, n° 15, (2005), p. 98, en el mismo sentido que PEREZ TREMPES, Pablo, en ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, (Dir.) y ROIG MOLÉS, Eduard, (coord.), “El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa”, ed. Tirant, Valencia, 2004, p. 495 y 521 y ss. Este autor se decanta por el procedimiento agravado de reforma constitucional para dar fundamento constitucional a la integración europea en nuestro Derecho Constitucional, lo que precisamente vendría a salvar el “déficit democrático”.

nuestro ordenamiento, puesto que por medio de Leyes Orgánicas (como lo son, aunque especiales) los Estatutos de Autonomía, y las leyes de transferencia⁴⁹, se produce también una desapoderación competencial del Estado a favor de las Comunidades Autónomas⁵⁰. Se trata sin embargo de cuestiones muy distintas en el fondo. En el caso de la cesión competencial del Estado a las Comunidades Autónomas, la soberanía estatal española no está en juego: (podríamos decir que, al menos, de momento, pensando en las demandas de otra articulación territorial del Estado español). El Estado sigue conservando en todo caso la regulación de las condiciones básicas que hagan efectivos los principios de igualdad entre ciudadanos y entre Comunidades Autónomas; existe el instrumento normativo de las leyes de armonización (art. 149.3 CE), que no por poco empleado deja de ser una posibilidad constitucional, no de “detracer” las competencias de las Comunidades Autónomas, pero sí de modular y matizar su ejercicio; y existe, en fin, la muy remotamente utilizable pero también constitucional compulsión del art. 155, que supone lisa y llanamente la posibilidad de suspensión de la autonomía, con toda su radicalidad.

En cambio, para compensar los “excesos” que la Unión Europea pueda cometer en cuanto a las competencias cedidas, el único remedio es la salida de Europa (denuncia del Tratado). Es Europa la llamada a establecer las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y a definir lo que supone la igualdad entre Estados y su solidaridad. Es Europa la llamada a controlar y sancionar el incumplimiento del derecho comunitario por parte de los Estados. La desapoderación competencial del Estado español hacia las Comunidades Autónomas y hacia la Unión Europea no parecen operaciones comparables, aunque desde luego se desarrollan en una misma lógica en la que el principio que predomina en las relaciones entre estos ordenamientos (europeo-estatal-autonómico) es el principio de competencia.

Realmente es que esta Declaración del TC del año 2004, en su particular interpretación del art. 93, contradice en este punto a la primera declaración del TC a propósito de la integración de España en Europa, que se dio en 1992, anteriormente a la firma del Tratado de Maastricht. (1 de julio) en la que señaló el Tribunal que por el art. 93 sólo se cede el ejercicio, no la titularidad de la competencia (soberanía), que permanece en el Estado español, y que el art. 93 no es un precepto que pueda ser empleado para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en nuestra norma constitucional, porque no es cauce para la “reforma implícita o tácita”

⁴⁹ Deben dejarse a un lado las leyes marco, que no tienen por qué revestir forma orgánica y son teóricamente reversibles, al transferir no la titularidad sino sólo el ejercicio de la competencia, y las leyes de delegación, que no traspasan competencias legislativas sino sólo ejecutivas, y además son reversibles también.

⁵⁰ Ad ex. LOPEZ CASTILLO, Antonio, “La Unión Europea “en constitución” y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2001 de diciembre de 2004” en *Teoría y realidad constitucional*, nº 15 (1er. Semestre 2005, pp. 432-433), id en LOPEZ CASTILLO, Antonio, SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, Y FERRERES COMELLA, Víctor, “Constitución española y constitución europea”, CEC, Madrid, 2005, pp. 13 y ss. Es la postura derivada de su tesis doctoral *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración*, ed. CEC, Madrid, 1996.

constitucional, ni podría ser llamada “atribución del ejercicio de competencias” la contradicción entre el derecho comunitario y los enunciados constitucionales⁵¹.

Por este motivo concluyó en aquella ocasión el TC que debíamos reformar la Constitución española, porque en ella no se contemplaba el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales que sí consagraba el Tratado de la Unión Europea.

Pues si en el año 92 se vio imposible el recurso al art. 93 para garantizar la primacía del derecho comunitario sobre normas constitucionales, para garantizar derechos a los ciudadanos comunitarios que la propia Constitución no les reconoce, -piénsese en los ejemplos que hemos puesto más atrás: la libertad de circulación, residencia y de entrada y salida del territorio que el art. 19 CE reserva sólo a “los españoles” “en los términos que la ley establezca”, o el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, que el art. 23 reserva a “los ciudadanos”, y recordemos que para nuestra Constitución sólo existen “españoles” y “extranjeros”, pero no “ciudadanos de la Unión” por la insuficiente reforma de 1992- no se entiende por qué ahora el art. 93 es la puerta de entrada de todo el derecho comunitario, que primará, sea cual sea el rango de la norma interna, incluso constitucional, sobre el derecho español. Esta subversión del sistema de fuentes no puede operarse por el fácil expediente de aprobar una ley orgánica en Cortes Generales⁵².

⁵¹ “El art. 93 permite atribuciones o cesiones para “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” y su actualización comportará –ha comportado ya- una determinada limitación o restricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de “derechos soberanos”, en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964). Para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación del objeto de nuestra resolución, pues en ella no se cede o transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el art. 13.2, no podría atribuírseles” (DC 1/1992 de 1 de julio, FJ 4)

⁵² Para justificar su cambio de postura en la DTC 1/2004, hace el Tribunal las siguientes consideraciones en su FJ 2:

Del art.93 CE, “fundamento último” de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al derecho comunitario, hemos dicho que se trata de un precepto “de índole orgánico procedimental” (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4, y DTC 1/1992 FJ 4) en cuya virtud es posible la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales. 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 art. 13.2 CE establecía a la extensión a 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 Constitución, modulándose así, por tanto, como reconocimos en aquella Declaración, el ámbito de aplicación y ordenación del ejercicio de las competencias cedidas (FJ 4).

Ahora bien, lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en unas coordenadas precisas, consistentes entonces en la existencia de una contradicción entre el art. 8.B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el texto de la Constitución Española, en 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.” (DTC 1/2004, FJ 2)

La reforma constitucional, el poder constituyente, se reserva a las Cortes Generales, de forma expresa y bajo la observancia de concretas mayorías cualificadas, cuya regulación aparece en el Título X bajo la rúbrica “De la reforma constitucional”, y en ninguna otra parte. Y ello no sólo se dijo en la Declaración de 1992. También existe otra sentencia del Tribunal Constitucional (28/1991 de 14 de febrero) sobre la naturaleza del art. 93, que reconoce la supremacía constitucional española sin lugar a dudas⁵³.

Claramente en su jurisprudencia, hasta 2004, el TC ha venido considerando al Derecho de la Unión como subordinado a la Constitución, como no puede ser de otra forma si realizamos una interpretación constitucionalmente adecuada del art. 93; tan es así que, como resultaba ya en la sentencia de 1991, los conflictos entre Derecho interno y derecho comunitario son una cuestión de legalidad ordinaria, infraconstitucional, respecto de la que la justicia constitucional debe inhibirse por no estar llamada a resolver. De tal forma que ahora, con la Declaración de 2004, sacando todas sus consecuencias, el TC deba ver conculcado el art. 93 cuando las normas infraconstitucionales entren en conflicto con el Derecho de la Unión, pues es éste artículo 93 el que introduce el principio de primacía y el que “constitucionaliza” el Derecho comunitario, que posee rango constitucional, en virtud de ese aspecto material del art. 93. Así que a partir de la DTC 1/2004, cuando la norma legal española no sea compatible con el derecho comunitario, la justicia constitucional tendrá también que dirimir estos conflictos, por quedar afectado el sustrato material del art. 93. Esto plantea muchos problemas en la práctica: Quizá deba entenderse ahora que, a efectos del Derecho de la Unión, como la vía previa se agota no en la jurisdicción ordinaria sino en la constitucional, los órganos jurisdiccionales podrían hacer dejación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y dejarle esta obligación a la última instancia que es en realidad la constitucional, según la interpretación que desde el año 2002 está haciendo de las normas relativas a la cuestión prejudicial el propio Tribunal de Justicia⁵⁴.

⁵³ “Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por gir del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del art. 93CE. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma –instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato- expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos.

Así, en el caso que nos ocupa, producida la adhesión a las Comunidades Europeas mediante la Ley Orgánica 10/1985, y una vez utilizado, por tanto, el mecanismo del art. 93, dicha norma constitucional no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional –estatal y autonómica- respecto del ordenamiento comunitario, cuestión ésta que escapa al objeto y contenido de esa norma.(...) Ni siquiera el inciso final de este precepto constitucional podría servir de apoyo a tal afectación (...) ya que una cosa es la previsión de que las Cortes o el Gobierno garanticen el cumplimiento del Tratado de Adhesión y del Derecho comunitario europeo, (...) y otra bien distinta que la infracción del derecho comunitario europeo por leyes o normas posteriores al Tratado de Adhesión implique eo ipso la vulneración de dicho inciso final del art. 93”. (FJ 4)

⁵⁴ Otra de las consecuencias de la DTC 1/2004 que continúa en la misma dirección que la STC 28/91 a estos efectos es que si la primacía opera en el ámbito también reglamentario, y no sólo respecto de las normas con rango de ley, entonces la jurisdicción contencioso-administrativa ya no puede anular los reglamentos por contrarios a Derecho comunitario, como viene haciendo hasta la fecha, incluso en virtud

Por eso no ha debido el TC dotar de una interpretación tan extensa al art. 93. Consciente, quizá, de las consecuencias de esta dejación, el TC ha intentado limitar el poder de reforma constitucional que se ha dejado en manos de la Unión, con tan escasa legitimidad democrática; y así ha definido al modo de la jurisprudencia italiana los “contra-límites” al poder de reforma constitucional implícito que se concede al Derecho comunitario⁵⁵.

De esta manera se transforma el modelo de soberanía de la Constitución formal que asumió el constituyente español de 1978, y sin reforma constitucional alguna, en el modelo de la Supra-constitución material, imperante en otros ordenamientos como consecuencia de las reformas constitucionales que resultaron necesarias con ocasión de la firma del Tratado de la Unión Europea (1992) para introducir la llamada “cláusula europea” y resolver los problemas, constitucionalizando adecuadamente el Derecho Comunitario.

España por tanto se sitúa tras la Declaración del Tribunal Constitucional de 2004 en unas coordenadas poco compatibles con la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, paradójicamente proclamada como intangible por el propio TC en esta misma Declaración, porque en ella se opera una transferencia de poder constituyente a la Unión Europea sin el respaldo democrático necesario para realizarla.

La razón de ser de las Declaraciones del TC de 1992 y 2004, ambas insuficientes, porque aseveran que no es necesario reformar “tanto” la Constitución en el primer caso, o que no es necesario reformarla en absoluto, en el segundo, es el miedo a la reforma constitucional. Y por tanto lo que está ocurriendo en España es que el “temor reverencial” existente a la reforma constitucional especialmente al procedimiento agravado, está traducándose en una falta de coherencia de nuestro sistema.

de recursos contencioso-administrativos indirectos, posibilidad abierta por la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. En este sentido, ALONSO GARCÍA, Ricardo, op. cit., “Constitución española y Constitución europea...”, pp. 360-361. También, en el mismo sentido, FARRERES COMELLA, Víctor, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea”, en en LÓPEZ CASTILLO, Antonio, FARRERES COMELLA, Víctor y SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, *Constitución Española y Constitución Europea*, CEC, Madrid, 2005.

⁵⁵ Esa interpretación (*del art. 93 CE*) debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea y la integración consiguiente del propio Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (Art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis. (FJ2 DTC 1/2004).

La hasta ahora virtualmente “imposible”, pero necesaria reforma constitucional española en materia de integración europea

Lo negativo de tener un procedimiento tan costoso de reforma constitucional es que no pueden plantearse con tranquilidad de espíritu cuestiones que parecen a primera vista bastante obvias. Con acierto se ha señalado que tenemos una Constitución “formalmente” reformable, pero que “materialmente” no lo es. La reforma que se dio para poder ratificar el Tratado de Maastricht se tramitó sin debate político alguno, y con una celeridad extraordinaria. Fue, formalmente, una reforma de la Constitución, pero materialmente no lo fue⁵⁶. En los demás países europeos se hace uso de la reforma constitucional, con más o menos frecuencia, pero con naturalidad, y en España, en cambio, esto parece ser imposible. “El poder constituyente del pueblo español que se expresó en diciembre de 1978 ha quedado preso de aquella expresión, sin encontrar forma de poder renovarse”⁵⁷.

El art. 168 de la Constitución, que disciplina su reforma agravada, ha sido objeto de numerosos estudios y por tanto de vigorosas críticas doctrinales. Se ha afirmado incluso que más que un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma, pues de tan costoso políticamente y de tan complejo como resulta, “se puede indicar de antemano que no funcionará jamás”⁵⁸. Es que el precio político que debe pagar un gobierno para acometer la reforma agravada es muy alto, por la preceptiva disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones para que las nuevas Cámaras culminen la reforma agravada: antes de unas elecciones, nadie sabe quién va a Gobernar. Es posible que funcione la reforma agravada al finalizar esta VII Legislatura en relación con la eliminación de la discriminación por razón de sexo en orden a la sucesión en la Corona: pero nótese que esto ocurrirá previsiblemente próximo a extinguirse el mandato parlamentario y gubernamental.

La cláusula europea debería introducirse mediante una reforma agravada si se quiere reflejar en nuestro Título Preliminar la referencia a la Unión Europea y lo que la primacía de la Unión puede matizar a la supremacía constitucional española, con los límites intangibles que se señalan en la DTC 1/2004 y en el derecho constitucional comparado; pero tampoco sería descartable la introducción de la cláusula europea en el art. 93, ya que la DTC 1/1992 no situó la supremacía constitucional española sobre los tratados internacionales en el art. 9 de nuestra Constitución, sino en el 95⁵⁹.

Pero sea como fuere⁶⁰, lo que ha operado la Declaración de 2004 no es una simple transferencia del ejercicio de competencias: se trata de una alteración de las reglas estructurales del sistema normativo, y en concreto, del principio de supremacía de

⁵⁶ PÉREZ ROYO, Javier, “Una asignatura pendiente. La reforma de la Constitución”, *REDC* n° 69, sep-tic- 2003, pp. 216-217.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 216.

⁵⁸ de VEGA, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, UNAM, México, 1987, p. 148

⁵⁹ SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, y FARRERES COMELLA, Víctor, *op. cit.*, “Realmente hay que reformar la Constitución...”, p.4.

⁶⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito, “Los límites materiales a la reforma de la Constitución”, *Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 333-334.

la Constitución. Se trata de una cesión de competencias “constituyentes”, de una transformación de las bases de nuestro sistema constitucional, que aunque puede ser reversible (retirada voluntaria de la Unión), no se hace con esa intención, sino la contraria, y la historia de la construcción de Europa da cuenta de esa irreversibilidad. En cualquier caso la retirada de la Unión debe ser por algo política y jurídicamente mucho más importante que por el mero problema técnico de una mala arquitectura de nuestro sistema de fuentes, que en otros países ha presentado, como hemos visto, una forma de resolución técnicamente mucho más correcta.

Tales transformaciones sólo podrían ser producto del ejercicio de un poder constituyente que no puede articularse por vía hermenéutica del art. 93⁶¹ según su dicción literal actual (transferencia únicamente del “ejercicio de competencias”) y por el procedimiento legislativo orgánico que se disciplina en el mismo, absolutamente ilegítimo e insuficiente para reformar la Constitución.

Aunque el apoyo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en España ha sido alto, y el grado de consenso entre las dos fuerzas políticas mayoritarias también, incluso por parte de las fuerzas nacionalistas, es posible que no sea fácil el consenso en la redacción de la cláusula europea, dados los amplios términos, además, en que se ha formulado la consulta del Gobierno al Consejo de Estado a propósito de la reforma constitucional en relación con la Unión Europea⁶².

Pero en cualquier caso los límites a la primacía del Derecho de la Unión sobre la Constitución española deberían ser, como ocurre en el derecho comparado, los mismos límites materiales a la reforma constitucional: esto es, los derechos fundamentales la cláusula de estado democrático y social de derecho y la distribución territorial del poder que existe en la actualidad.

Dentro de esta última cuestión de la intangibilidad reviste singular importancia la consideración de que la soberanía popular define este principio de estado democrático, y de que la fuente del poder es el pueblo, y por tanto lo que habría que analizar es si el pueblo español –o los ciudadanos de la Unión, en general- está suficientemente representado en los organismos creadores del derecho comunitario, cuya primacía, incluso sobre normas constitucionales, se afirma en el Tratado. El problema es si sería posible una reforma constitucional en este sentido sin desnaturalizar el propio contenido esencial de la Constitución Española, o de cualquier Constitución de

⁶¹ ARAGÓN REYES, Manuel, “La Constitución Española u el Tratado de la Unión Europea: La reforma de la Constitución”, REDC nº 42 (1994), p. 22.

⁶² “En definitiva, no debería demorarse más el momento en el que España se sume al grupo, ya claramente mayoritario, de los Estados miembros de la Unión, que, bajo modalidades y fórmulas diversas, incluyen en sus textos constitucionales cláusulas específicas de integración en la misma.

Con este fin el Gobierno recaba del Consejo de Estado que, en el marco del informe sobre la reforma constitucional, se pronuncie concretamente sobre las siguientes cuestiones:

- 1.- Sobre 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.- Sobre la formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes.
- 3.- Sobre 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 a la misma”

los Estados Miembros: En Europa el déficit democrático, déficit parlamentario, deriva de la insuficiencia de los mecanismos de control por parte de los representantes directos de los ciudadanos en los procesos de creación normativa en los que intervienen los gobiernos de los Estados⁶³.

A esto puede decirse que, si bien no es aún del todo satisfactorio, al menos la introducción al máximo nivel en la Constitución Europea del procedimiento de codecisión (Acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo), donde se da entrada al Parlamento Europeo, generalizando además dicho procedimiento como procedimiento legislativo ordinario en las decisiones normativas de la Unión, se dotaría a la representación de los ciudadanos de la Unión de una imprescindible presencia en la elaboración del Derecho comunitario. Efectivamente, como ha puesto de manifiesto el TC alemán en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht⁶⁴, la solución al déficit democrático de la Unión está en conservar un caudal competencial suficiente en manos de los parlamentos de los Estados (en España, en este sentido, cuán conveniente sería ya la transformación del Senado en una auténtica Cámara de representación territorial), y al mismo tiempo la atribución de competencias legislativas al único órgano que en la relación entre ambos ordenamientos puede encarnar la soberanía popular, que es el Parlamento Europeo.

Conclusiones

Una vez que se ha producido el más alto debate jurídico en nuestro país acerca de la integración del principio de primacía del Derecho de la Unión en nuestro ordenamiento constitucional, estando esta cuestión en el programa electoral del partido gobernante para esta VIII legislatura y pendiente del Dictamen del Consejo de Estado, la reforma constitucional española para integrar adecuadamente la doctrina de los contra-límites al principio de primacía, que ha resultado de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, no debe esperar por más tiempo. Es una cuestión, la de la primacía del Derecho de la Unión sobre las normas constitucionales de los Estados miembros, y en concreto sobre la propia Constitución Española, que ha producido una abundante literatura científica, que en la propia Convención que gestó la Constitución Europea se consideró problemática, que los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados miembros incorporan de manera desigual, y que posee la suficiente envergadura como para que no debamos conformarnos con su integración en el ordenamiento constitucional español por la vía hermenéutica del art. 93 que propone la DTC 1/2004. Esta transformación tan significativa de nuestro sistema de fuentes no puede resolverse a través del fácil expediente de aprobar una ley orgánica en Cortes Generales, y una ley orgánica además muy especial, con el poder de enmienda ciertamente limitado, como es la que autoriza la ratificación de tratados internacionales. Esta operación debe acometerse por medio de una ley de reforma constitucional, por los cauces del título X de nuestra Constitución, que deje a salvo la legitimidad democrática. Que se trate de una

⁶³ AYUSO TORRES, Miguel, “¿Qué Constitución para qué Europa?”, *Verbo*, nº 431-432, enero-febrero 2005, p. 24; En el mismo sentido, CASCAJO CASTRO, José Luis, REDC, Nº 60 (2003) señala que el principio democrático encuentra mejor acomodo en el marco del ordenamiento nacional propio del Estado constitucional.

⁶⁴ BVerfGE 89, 155, 182 y ss, cit. por ALÁEZ CORRAL, B., op. cit., .. “Soberanía constitucional...”, p. 518.

reforma agravada u ordinaria dependerá de la ubicación que en esta materia tenga el principio de supremacía constitucional: éste puede encontrarse dentro de nuestro título preliminar (art. 9) según una línea doctrinal; o en el art. 95, dentro de la disciplina de los Tratados internacionales según otra corriente de pensamiento, que abogaría por una reforma del art. 93 para introducir en él la llamada cláusula europea. Pero no otro rango que el constitucional debe atribuirse a la transferencia a la Unión del poder de reforma constitucional española, con los límites intangibles (contra-límites que a ejemplo de la jurisprudencia italiana ha señalado la DTC 1/2004) que constituyen la cláusula de estado social y democrático de derecho, de estado autonómico, y la protección dispensada en España a los derechos fundamentales.

Este tipo de reforma constitucional viene ya haciéndose necesaria desde la ratificación del Tratado e la Unión Europea en 1992, que ya planteó la cuestión primacía-supremacía, pero no termina de llegar por lo complicado del procedimiento agravado de reforma en España, y por el “temor reverencial” que este asunto suscita entre nosotros, mientras que en otros países de la Unión se han reformado sus Constituciones con mucha más naturalidad, entre otras cosas, para posibilitar que la relación entre los ordenamientos constitucional y comunitario, no sea más una relación de jerarquía, sino únicamente de competencia, que es la relación que debe darse entre ambos ordenamientos.