

INTEGRACIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIONES NACIONALES

José Luis Cascajo Castro

SUMARIO: 1. Punto de partida. – 2. Presupuestos conceptuales. – 3. Crónica y comentarios en torno a la declaración del Tribunal Constitucional del 13 de diciembre de 2004. – 4. Consideraciones sobre la cláusula de primacía. – *Resum-Abstract.*

1. Punto de partida

No sabría precisar bien cuál es el papel de los constitucionalistas en el discurso doctrinal que nutre a un Derecho Comunitario que, epistemológicamente, no se construye ya sólo desde las categorías del Derecho Internacional Público. Pero, en cualquier caso, a todos nos concierne la tarea de intentar dar cuenta del actual estado de cosas, después de los acontecimientos producidos en relación con el proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE).

La crónica política habla de una interrupción del proceso después del resultado negativo del referéndum francés y holandés. Son también muchas las voces que subrayan la incertidumbre de la actual hora europea, y en consecuencia se pide un período de reflexión. Asimismo, parece que los recelos manifestados sobre el modelo social de la constitución económica europea no carecían de fundamento.¹

1. Cfr. Christian Joerges, "¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?", REDC, núm. 73, p. 9 y ss., donde se sostiene que no existe una base conceptualmente suficiente y políticamente creíble para remediar el llamado déficit social del TCE.

En el orden conceptual todavía son muchas las rémoras que quedan por superar.² Por eso insiste U. Beck en que “la europeización es algo distinto categorialmente (...) la UE está formada por Estados democráticos, pero no es en sí misma un Estado en el sentido convencional, sino un Empire del consenso y del derecho”. De modo que el citado sociólogo alemán denuncia tanto la “impostura nostálgica que eleva lo nacional a categoría absoluta” como la impostura neoliberal, que pasa por alto el hecho de que los mercados también necesitan de permanentes rectificaciones políticas.³

También es cierto que para compensar la lectura catastrofista, surgida a raíz del accidentado proceso de ratificación del TCE, no han faltado voces que recuerdan que Europa sigue funcionando con una constitución material, “formada por el conjunto de los Tratados, las prácticas institucionales, la jurisprudencia europea y las constituciones nacionales”.⁴

En todo caso se percibe el peligro de que el actual estado de obligada reflexión desemboque en una indeseable parálisis o en decisiones unilaterales, después de haber comprobado empíricamente que faltaba el entusiasmo constitucional que la ocasión requería, o que la brecha cívica entre la clase política y la ciudadanía era mayor de lo que se sospechaba.⁵ Lo que dicho en otras palabras remite a la ya tan manida crisis de liderazgo político individual y colectivo en Europa.

2. “Ni siquiera la investigación avanzada sobre temas europeos se ha atrevido a apartarse apenas de los habituales patrones básicos de pensamiento fundamentados en la categoría de Estado nacional. También contempla a la Unión Europea a la luz del modelo de territorialidad, soberanía, reparto de competencias propio del Estado nacional.” U. Beck, “El milagro europeo”, en *El País*, 27 de marzo de 2005, donde se muestra partidario de pensar en la europeización no sólo en la habitual dimensión vertical, sino también en una dimensión horizontal, entendida como interconexión y amalgama de sociedades nacionales... es decir la apertura lateral de los contenedores nacionales.

3. Cfr. su artículo en *El País* del 7 de mayo de 2005, “Imposturas europeas”.

4. Cfr. José M. de Areilza Carvajal, “«Non» significa «yes»” en el diario ABC del 6/6/2005, donde intenta dejar pasar la polvareda pesimista manteniendo vivo el espíritu constitucional, aprovechando incluso la ocasión para poner en competencia diferentes nociones de comunidad política, independientemente de sus resultados.

5. El propio autor antes citado junto con J. I. Torreblanca, en *El País* “Plan «A»” del 8 de junio de 2005, escribe que la estrategia se ha demostrado suicida: al elevar al nivel constitucional expreso una regulación prolija de políticas públicas que no siempre gozan de un consenso mayoritario, la Constitución ha perdido ante los ojos de muchos su carácter de mero marco político neutral, de reglas de juego destinadas a arbitrar la convivencia entre Estados y ciudadanos y la expresión de distintas visiones del bien común europeo.

Subrayando el carácter excepcional del “momento constituyente”, ha escrito con precisión G. Zagrebelsky: “Para que una constitución pueda ser hecha, para que un nuevo orden constitucional pueda nacer, se requiere una «plenitud de los tiempos», una presión de energías creativas mantenidas bajo compresión y que piden explotar, lo que no es la condición ordinaria de la historia de los pueblos”.⁶ Sin querer trasladar torpemente este pensamiento al tema que nos ocupa, sí parece evidente que Europa –a fecha de hoy– no pasa por uno de sus mejores momentos.

Dentro del sinfín de opiniones expresadas en relación con el actual momento europeo, no podía faltar la autorizada voz de J. Habermas,⁷ diagnosticando no sólo el carácter ilegible del TCE en cuanto que no representa una estructura transparente de normas fundamentales, como suele ser una verdadera Constitución, sino denunciando sobre todo la falta de perspectiva para facilitar el reconocimiento de la razón por la que Europa necesita ahora una Constitución. Sólo desde una perspectiva política que encuentre soluciones productivas podría la UE salir del conflicto, que tiene aún pendiente, entre dos objetivos planteados: la ampliación del número de Estados miembros y a la vez la atención a los aspectos de la institucionalización interna. También destacados protagonistas políticos de la construcción europea han echado de menos la presente indefinición de una finalidad u objetivo común del poder institucionalizado con el TCE.

Entre nosotros, el discutible impulso democrático que ha supuesto el referéndum,⁸ no ha contribuido por diversos motivos a clarificar, en un debate público y colectivo al margen de la campaña llevada a cabo por los partidos políticos, el rumbo y los proyectos de la UE. El proceso de ratificación del TCE poniendo a prueba la complicada maquinaria constitucional al respecto, no ha dejado de suscitar, con razón, opiniones que critican su improvisación e innecesaria aceleración.

En una serie de aforismos sociológicos sobre Europa, U. Beck sostiene con marcado voluntarismo que las soluciones europeas co-

6. Cfr. “Historia y Constitución”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 46.

7. Cfr. “Cataclismo en Europa: ¿estímulo o paralización?”, en *El País* del 9 de junio de 2005.

8. Cfr. F. J. Laporta “El referéndum y la falsa seducción” en *El País* del 14 de junio de 2005, donde nos recuerda lo trufada que ha estado siempre de populismo esta manera errónea de contar con la gente y de contar a la gente.

munes sirven a los intereses nacionales. Este es el juego europeo de suma positiva. A su juicio la cuestión primordial es cómo crear un juego de democratización de suma positiva en Europa, cómo crear una democracia parlamentaria transnacional que supere fronteras. Como ya han dicho otros autores, necesitamos elaborar una teoría de la democracia constitucional europea (A. Peters).

Entre las múltiples posiciones que se pueden leer en la crónica política de estos últimos meses, alguna advierte de los peligros que pudiera traer la interrupción de la ampliación, sugiriendo que el camino más apropiado para la UE es demostrar que Europa sigue funcionando y "cuando haya amainado la tormenta, quizá sea posible llegar a acuerdos intergubernamentales para pulir algunas de las disposiciones institucionales que se habrían confirmado si se hubiera aprobado la Constitución".⁹

2. Presupuestos conceptuales

Es ya casi un lugar común de la doctrina subrayar la doble valencia del Derecho Constitucional, en la medida que de una parte resulta obligado tener en cuenta su dimensión europea, haciendo incluso abstracción del tipo de cláusulas normativas que contenga al respecto, y de otra su proyección extraestatal que le coloca en el ámbito más amplio del ordenamiento jurídico europeo.

Se puede comprobar fácilmente la circulación de técnicas e institutos jurídicos entre ordenamientos de distinto radio de acción territorial, y su extraordinaria capacidad para convivir, sobreponiéndose e incluso integrándose. En este sentido el TCE, al margen de su último resultado, representa una toma de conciencia de la gramática jurídica europea que permite el derecho a la diferencia, deja campos enteros a disposición del derecho estatal y establece otro tipo de técnicas que ensayan nuevos equilibrios y compensaciones. Se va construyendo así un orden jurídico de carácter binario donde conviven los particularismos de los diversos regímenes jurídicos nacionales y locales con una red de principios jurídicos comunes que se va tejiendo progresivamente.

Desde esta perspectiva es lícito pensar que, como les ocurriera a los "doctrinarios" de la Restauración, la cuestión de la soberanía pueda parecer como una controversia teológica fuera de lugar, hecha para envenenar los ánimos.¹⁰ En el momento actual y para el TCE que nos ocupa, no vale ya dar por válida la tesis según la cual una Constitución sin soberano o con una soberanía indecisa no puede pretender una ciencia constitucional puesta pasivamente a su servicio. Más bien hay que dar cuenta de la mutación genética, descrita por Zagrebelsky, según la cual ha cambiado la prestación fundamental de la Constitución: de "acto creativo" a "texto que responde", de punto de partida del que irradia una fuerza unívoca e incondicionada a punto de llegada y de convergencia del pluralismo político y social. A su juicio la razón fundamental de este cambio se debe a la caída de la soberanía que arrastra a su vez al denominado *pouvoir constituant*.¹¹

Precisamente el mito del poder constituyente entendido como el motor de una voluntad omnipotente capaz desde la nada de ordenar el caos, es uno de los mitos jurídicos que deberían revisarse a efectos de la mejor comprensión del proceso de construcción europea. Se trata de uno de los mitos clásicos de la iuspublicística que presenta la rigidez de los dogmas, asume una cierta forma lógica y al que se le confiere una mayor apariencia de verdad.¹² Para algún autor se trata incluso de un mito irrenunciable, presupuesto de la existencia misma del único Derecho, el positivo, que merece la consideración de tal.¹³

No hace falta insistir en que la utilización de este mito en el supuesto del TCE presenta toda una serie de singularidades que van desde la definición del propio sujeto constituyente a la forma procesal del mismo. No se ha producido un milagroso golpe de mano para pasar del viejo ordenamiento comunitario al nuevo ordenamiento constitucional europeo. La doctrina se enreda en exceso para intentar explicar estos cambios, pero lo cierto es que estamos ante un fenómeno original que requiere de nuevos presupuestos conceptuales. Se preguntaba por ello el profesor J. J. Gomes Canotilho si la teoría de la

10. G. Zagrebelsky, *op. cit.* p. 70.

11. *Ult. op. cit.* p. 81.

12. Cfr. Santi Romano, "Frammenti di un Dizionario Giuridico", ed. Giuffrè, Milán, 1983.

13. Cfr. J. L. Requejo, "Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente", CEPC, Madrid, 1998.

Constitución europea precisará de una teoría del Estado.¹⁴ En un sentido coincidente J. Baquero ha expresado con exactitud el argumento que quiero subrayar: “El rechazo de la idea de poder constituyente en su forma clásica no implica que debamos renunciar a la reflexión sobre el nacimiento de las constituciones, que la Constitución deba verse como una ley entre otras, o que no sea más que un mito político que debemos abandonar. Lo que necesitamos es más bien una teoría y una praxis seculares del nacimiento de la Constitución, que pueda ser un factor de legitimación real y no mítico de los cimientos de una comunidad política”.¹⁵

En este orden de cosas, parece una obviedad que la lógica de la integración demande la superación del modelo que acentúa el momento conflictivo en las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Resulta obligado, pues, dejar de lado o al menos corregir los planteamientos dualistas que presentan como disyuntiva la coexistencia de dos constituciones, incompatibles entre sí. Aparece así toda una extensa literatura que se apura en dar paso a un ordenamiento *interconstitucional*, entendido como lugar de encuentro y diálogo entre los operadores jurídicos.¹⁶

Acaso no sea ocioso recordar la forma del pensamiento dilemático que presenta el argumento como un tipo de silogismo con dos cuernos, llamado también por ello “*syllogismus cornutus*”, cuya conclusión contiene una proposición disyuntiva en la que los dos miembros son igualmente afirmados (Ferrater Mora). En este sentido algunos autores hablan de una constitución bicéfala o dual, que posibilita posiciones de compatibilidad y convivencia razonables.

Con la claridad que le es habitual, ha escrito A. Mangas que no responde a ninguna lógica jurídica que una norma implícita y que se

14. Cfr. *Studia Iuridica*, núm. 84, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, 2005.

15. Cfr. su trabajo “Pan y Constitución: Reflexiones críticas sobre la gestación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en el vol. col. *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 234.

16. Cfr. A. Ruggeri, “Quale costituzione per l’Europa?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm 8, p. 483: “La sussidiarietà bidirezionale, che io vedo intrattenersi tra Costituzione europea e Costituzione nazionale, non è —torno a dire— quella che vede l’una Carta prender il posto dell’altra... piuttosto la *sussidiarietà intercostituzionale*... ha una valenza, più che positiva, culturale...”

aplica al pie de la letra día a día y en la que se han basado cientos y cientos de sentencias de jueces nacionales, incluido el Tribunal Supremo español, no sea inconstitucional si es implícita pero hubiera sido inconstitucional de ser explícita.¹⁷

Precisamente los autores que más se han esforzado en conceptualizar los fundamentos del nuevo Derecho Constitucional Europeo, insisten en que no hay un orden jerárquico entre el Derecho Europeo y el Derecho Nacional sino una regla de preferencia en el caso particular de un conflicto.¹⁸ La norma nacional contraria al Derecho Europeo no es nula sino que no puede ser aplicada, pues su aplicación pondría en juego la uniformidad de aplicación de la norma comunitaria. Como ha descrito L. Martín-Retortillo: "El Juez comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea contradictoria. Se inventa, si no existía, esta situación de latencia propia de la inaplicabilidad. Salvo eso, que ya es mucho, ni proclama ninguna variante de invalidez, ni dice qué haya que hacer después con la norma, si la ha de extraer del ordenamiento jurídico el legislador o, eventualmente, el Tribunal Constitucional".¹⁹

La idea que late detrás de esta forma de solucionar un eventual conflicto entre los dos (o más) niveles de normas es que forman parte de *un solo sistema normativo, compuesto o integrado*, donde tanto las constituciones nacionales como la europea se complementan biunívocamente. Se entiende así que desde un ejercicio de soberanía compartida se sientan concernidos también junto a las instituciones

17. Cfr. "La Constitución Europea", Iustel, Madrid, 2005. Ya desde hace tiempo venía sosteniendo la citada profesora que un eventual conflicto entre el Derecho Comunitario y la Constitución española no debiera resolverse necesariamente en términos de jerarquía, sino buscando soluciones fundadas en el principio de coherencia que debe regir la actividad interior y exterior del Estado.

18. Cfr. por todos I. Pernice, *Fondements du Droit Constitutionnell Européen*, Ed. Pédone, París, 2004. Como ha escrito R. Bustos en su trabajo sobre la función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional, la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas, relaciones que no se guían por la jerarquía, sino por la colaboración y la complementariedad; por la interconexión; por la coordinación; por la convergencia; por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas; por la interacción; por la cooperación y el mutuo aprendizaje, etc.

19. Cfr. "La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho", Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 177.

comunitarias los parlamentos nacionales, los poderes ejecutivos y los jueces como partes integrantes del sistema. Se piensa que la soberanía no es divisible en cantidades fijas sino más bien compartible, funcionando como un asunto complejo y cambiante, donde integración y cooperación no son meros juegos entre los Estados y las instituciones, llegando incluso a producir una modificación del lugar y la naturaleza de los propios poderes públicos. A partir de estas premisas se sostiene que los dominios de la legitimidad política, la identidad cultural y la integración económica serán inevitablemente múltiples, incluso en el seno de cada uno de los países miembros.

Así pues, ya no cabe hablar de autoridades soberanas únicas en el actual escenario de *pluralismo constitucional*, entendido como una característica estructural de determinadas entidades políticas, situadas en diferentes niveles, pero también como una característica interna de todas ellas.

Dentro de este escenario, la doctrina más atenta insiste en la consideración de los ciudadanos de los Estados miembros no sólo como ciudadanos europeos, sino como el poder constituyente de la UE, punto de referencia última de todo tipo de soberanía y de cualquier redistribución de responsabilidades y competencias entre autoridades públicas nacionales y comunitarias. Dejando aparte las dificultades que puedan encontrarse en cada momento para visualizar al pueblo europeo como comunidad de intereses ligada por valores comunes, está claro que se trata del sujeto que tiene la legitimidad democrática de la Unión, a través de la propia evolución de la ciudadanía europea, dotada de un "status" jurídico común, y trámite también de su participación en los Estados miembros de la UE, cuyo protagonismo no puede infravalorarse a estas alturas del proceso.

3. Crónica y comentarios en torno a la declaración del Tribunal Constitucional del 13 de diciembre de 2004

El Dictamen del Consejo de Estado del pasado 21 de octubre de 2004 provoca, a través del Gobierno, un reenvío al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad constitucional de algunas cuestiones relativas al TCE, dando lugar a la citada Declaración, de sobra conocida.

Consideraciones electorales al margen, cuya ponderación es improcedente en esta sede, no se entiende bien el papel que se ha marcado el Gobierno de la Nación dentro del proceso de reforma constitucional en curso. Fuera del territorio de la táctica política no es muy frecuente esta forma casi huidiza de situarse frente a uno de los procesos políticos de mayor intensidad, como es el de la reforma constitucional. Tampoco hay una explicación convincente sobre la tarea asignada al Consejo de Estado, en el que parece subrogarse vicarialmente el Gobierno bajo el pretexto de una consulta técnica en la elaboración de las propuestas de reforma constitucional. Pocas veces se ha visto una falta tan extraña de protagonismo gubernamental en el proceso de orientación política del Estado.

Después de veinte años se constata que el hecho mismo de la integración europea, nuestra propia pertenencia a la UE y lo que esta comporta, no ha sido incorporado a la Constitución y carece de reflejo en la misma. Ahora bien, para llegar a tan elemental conclusión, no era necesario haber esperado tanto tiempo. En todo caso está resultando bastante artificial y complicado el método seguido para "europeizar" a la Constitución vigente.

La crónica de este proceso no puede pasar por alto algunas contundentes afirmaciones del actual Presidente del Consejo de Estado, que me limito a recordar, entendiéndolas como un ejercicio de "auctoritas", que ha estado presente en el debate sobre la reforma.²⁰ Incluso después de la Declaración del 13 de diciembre, escribe el profesor Rubio Llorente que "las razones del TC no sólo no me han hecho abandonar las mías sino más bien las han fortalecido... Sigo pensando, ahora como hace un año, que la aceptación de la primacía del derecho europeo afecta sustancialmente a la supremacía de la Constitución y, dicho sea con todos los respetos, me parece que yerran quienes se niegan a aceptar esta evidencia con el argumento de que primacía y supremacía son dos categorías que operan en planos distintos. Seguramente jerarquía y competencia son dos formas distintas de resolver

20. "(...) El principio de primacía deja de ser simple doctrina jurisprudencial, para convertirse en norma convencional explícita y rotunda... se hace difícil entender que al aceptar esta estipulación [art. I-6 del TCE], el Estado español se esté limitando a atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la actual Constitución... cuando la divergencia entre Tratado y Constitución no puede salvarse recurriendo a interpretaciones más o menos malabaristas, no cabe sino renunciar al Tratado o reformar la Constitución...". Cfr. "La necesidad de la reforma constitucional", en <http://www.cepc.es/reformaRLL.pdf>.

las colisiones normativas, y es cierto que cabe distinguir el juicio sobre la aplicabilidad de las normas del que tiene por objeto su validez, pero cuando la norma desplazada por aplicación del principio de primacía es precisamente la norma suprema, la que opera como fundamento de validez de todo el ordenamiento interno, el "desplazamiento" destruye también la supremacía. Una norma suprema no puede ser desplazada por ninguna otra sin dejar de serlo".²¹

Como es de sobra sabido, las críticas al citado Dictamen del Consejo de Estado no se hicieron esperar. Se calificaron sus apreciaciones sobre incompatibilidad entre el art. I-6 del TCE y el 9.1 de la Constitución española, de insinuaciones infundadas, o de soluciones apócrifas a problemas ficticios, o con falta de razones de peso para sostener la necesidad de una reforma.²²

Con una celeridad que no ha pasado desapercibida, se produjo la Declaración del TC de 13 de diciembre de 2004 (en adelante DTC 1/2004), bien recibida en términos generales por la doctrina.

21. Cfr. "La constitucionalización del proceso de integración de Europa", en *Revista de Occidente*, n. 284, enero 2005, p. 20 y ss. Como no podía ser de otra manera, acepta la verdad jurídica incontestable de la decisión del TC pero no comparte sus razonamientos. Quizás pueda parecer chocante esta posición mantenida por quien ha ocupado y ocupa importantísimos cargos institucionales, pero no lo es tanto si recordamos su prólogo al libro de J. L. Requejo Pages "Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento" de 1995.

22. En esta línea crítica se puede citar la posición de A. Mangas Martín: "El Dictamen del Consejo de Estado sorprende por su pésima estructura jurídica y por no haber entendido cuál es la función de un Consejo de Estado al examinar la compatibilidad entre un tratado de atribución de competencias y la Constitución española". Cfr. también V. Ferreres Comella y A. Saiz Arnaiz, "¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 645, 18 de noviembre de 2004, pp. 1-6: "no nos parece necesario ni aconsejable reformar la Constitución española para afirmar explícitamente la primacía del Derecho europeo sobre la propia Constitución". También F. Balaguer en su trabajo en la ley de 30 de noviembre de 2004 piensa que un pronunciamiento general sobre la incompatibilidad entre el art. I-6 del TCE y el art. 9.1 de la CE carece de fundamento jurídico.

Algunos especialistas se sorprendieron del inesperado giro jurisprudencial en la interpretación del art. 93 de la Constitución, al reconocer su dimensión sustantiva y material que no cabía seguir ignorando, y consideraron que el TC había encontrado por fin su papel respecto al Derecho Comunitario.²³ Los comunitaristas llevaban tiempo criticando la visión restringida y miope que se tenía del art. 93 de la Constitución y ven como un ejercicio de responsabilidad la nueva concepción del citado precepto, que posibilita la aceptación y el respeto del nuevo orden jurídico creado en el ámbito de la UE.

En esta línea doctrinal A. Mangas escribe que el TC ha obrado en su Decisión con lógica jurídica y sentido del Estado de Derecho, confirmando que lo que es constitucional implícitamente lo es también expresamente.²⁴ Colabora además a la desdramatización de un supuesto choque de principios y legitimidades, señalando que el art. I-6 del TCE proclama la primacía en los ámbitos de su competencia, recordando también que la primacía del Derecho de la Unión es una condición existencial del propio ordenamiento jurídico comunitario.²⁵

23. Cfr. el madrugador comentario de J. Martín y Perez de Nanclares de diciembre de 2004 en la *Revista General de Derecho Europeo*, www.iustel.com. Espera además que este valiente giro salga del ámbito propio del control previo de constitucionalidad para llegar a la cotidiana función litigiosa, y comparte la tesis, generalmente admitida, de los límites materiales (elementos esenciales de la Constitución y del Estado mismo) que se derivan implícitamente del propio art. 93, que no resultan sobrepasados en las cuestiones dudosas del TCE, planteadas al TC.

24. Cfr. "La Constitución Europea", *op. cit.* p. 169.

25. La posición de A. Mangas en relación con la reforma del art. 93 de la Constitución española, que perfila con nitidez la doctrina comunitarista a la que vengo haciendo referencia, y cuyo último trabajo inédito he podido consultar por la amabilidad de la autora, queda bien reflejada en estos términos: "Formalmente el art. 93 CE es suficiente al ser confirmado como fundamento constitucional para la prestación de consentimiento al *non nato* Tratado constitucional europeo de 29 de octubre de 2004, pero se queda corto jurídica y políticamente para expresar el compromiso de España con la integración europea y despejar las continuas dudas que asaltan a la doctrina española cada vez que se produce una reforma de envergadura en la UE" (...) "hay que incorporar *conceptos* y *elementos* fundamentales del Derecho primario de la UE al *bloque de constitucionalidad*. Esto tendrá importantes y clarificadoras consecuencias para el Derecho interno español y, en especial para el control por el Tribunal Constitucional. En el futuro, el TC no podrá seguir considerando al Derecho de la UE al margen de la Constitución ni de su guardián. Incluso, con cierta euforia todavía por la espléndida Declaración de diciembre de 2004, confío en que difícilmente podrá seguir manteniendo su inveterada jurisprudencia sobre la incapacidad del Derecho comunitario para ser canon de constitucionalidad si el art. 93 no es ya meramente orgánico-procedimental" (...) "Es importante recordar la coexistencia armónica de la Constitución española con el Derecho de la UE y que esa convivencia tiene su fundamento en la *propia* Constitución española (su art. 93); es ese precepto el que permite al Derecho Comunitario originario y derivado desplegar con plenitud sus principios y el conjunto de sus efectos, produciéndose por voluntad de la Constitución misma una sustitución de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias internas por las disposiciones de los Tratados y los actos comunitarios".

A la vista de estas opiniones parece que la DTC 1/2004 ha representado un antes y un después en el anclaje constitucional del Derecho de la UE, además de un estímulo positivo para la formulación de la generalmente anhelada cláusula europea de nuestra Constitución.

De cualquier forma, llama poderosamente la atención el tiempo que ha tardado nuestro TC en descubrir la dimensión sustantiva o material del art. 93 CE.²⁶ A juzgar por algunos comentarios parece que ha sido especialmente arduo alcanzar la posición que permite distinguir entre fundamento y marco de validez en la relación entre Tratados Comunitarios y Constitución Nacional. Una relación ésta última que no debiera dramatizarse, habida cuenta de su carácter ineliminable dentro de lo que podríamos llamar el funcionamiento fisiológico y natural del sistema.

Y de nuevo el importante desarrollo jurisprudencial manifestado en este súbito redescubrimiento del art. 93 CE explicita los límites materiales del citado precepto, para concluir sin ningún género de dudas que son escrupulosamente respetados por el TCE. Se tiene la impresión de que por fin la doctrina comunitarista ha podido leer en la jurisprudencia constitucional lo que llevaba tiempo esperando. A saber, que el art. 93 CE es fundamento suficiente para la consolidación de una comunidad de Estados y de ciudadanos, cuyas competencias se rigen por el principio de atribución.

Se explica así la favorable acogida de la labor del TC al fijar las coordenadas dentro de las que hay que entender el principio de primacía del art. I-6 del TCE, principio que no es nuevo en la medida en que formaba parte del acervo comunitario asumido ya en el momento de la adhesión. Rodríguez Iglesias recuerda además que el TCE respeta la identidad de los Estados miembros y sus estructuras constitucionales básicas, reconoce los valores básicos de las constituciones nacionales, limita la primacía al ámbito de competencias atribuidas a la UE y añade una reserva hipotética para casos difícilmente concebibles.

Acierta en mi opinión el ex Presidente del Tribunal de Justicia de la UE al señalar la distinción entre las nociones de supremacía y primacía como un ejercicio terminológico *discutible* y otros autores la

han calificado de innecesaria y extraordinariamente perturbadora. No obstante, se reconoce que está basada en dos argumentos sólidos y convincentes: la primacía no implica que la Constitución europea sea el fundamento de validez de las normas de la Constitución española y del derecho español, ni implica tampoco que una norma interna incompatible esté desprovista de validez, sino que la norma europea tiene una aplicación preferente.²⁷

No se cuestiona el lugar supremo de la Constitución “en la cumbre del ordenamiento jurídico interno”, pero a efectos prácticos se relativiza el valor de tan singular posición. En los casos difíciles se apela al cauce europeo de corrección, subsidiariamente al propio cauce de control del TC y finalmente al art. I-60 del TCE (entendido como contrapunto del I-6), para salvaguardar la soberanía del Estado.

Lo que verdaderamente se destaca de la Declaración 1/2004 es el *espíritu de cooperación* que la inspira. Representa “una importante contribución jurisprudencial a la explicación de las relaciones entre Derecho comunitario europeo y Derecho constitución nacional”,²⁸ y pone de manifiesto la compatibilidad y complementariedad entre los valores de sendos ordenamientos. En pocas palabras viene a decir que como no existe contradicción entre la CE y el TCE, la convivencia es posible.

Se dice también, en un orden de ideas coincidente, que el espíritu de la citada Declaración permite “una mayor flexibilización en la lectura del texto constitucional, susceptible de salvar, en un *acentuado* marco de interpretación *pro-comunitate*, colisiones que de otra forma aflorarían con mayor facilidad”.²⁹ Aunque esto no impida apreciar algunas sombras en el discurso del TC.³⁰ Esta corriente de opinión acierta, en mi opinión, al subrayar la inexorable y saludable tensión entre ordenamientos jurídicos, a la vez que relativiza la aplicación del principio de supremacía, dada la naturaleza múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo.

27. *Op. cit.* p. 11.

28. *Op. cit.* p. 15.

29. Cfr. R. Alonso García, “Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, en REDC, núm. 73, p. 356 y ss.

30. *Ult. op. cit.* p. 352.

4. Consideraciones sobre la cláusula de primacía

Ya Pedro Cruz advirtió el problema que podría suscitar una excesiva equiparación conceptual entre Constitución nacional y Constitución europea.³¹ No hacía falta mucho talento para percatarse de la novedad que supone el descubrimiento de un nuevo nivel de constitucionalidad como el europeo. Además, un proceso tan dependiente de la propia coyuntura política se prestaba mal a su comprensión desde los esquemas habituales de la dogmática jurídica utilizada por el Derecho constitucional nacional, poco habituado al tratamiento jurídico del poder exterior del Estado.

A falta de una Teoría de la Constitución suficientemente solvente y aplicable en la práctica, la doctrina describe el llamado constitucionalismo "débil", "dual", y la constitución de la "Unión constitucional", para concluir propugnando un principio de concertación constitucional y un "constante ejercicio de «inclusión constitucional», en definitiva, de pluralismo".³²

Es un lugar común desde las concepciones clásicas del Derecho Constitucional su vocación natural por las metas de estabilidad institucional. No podía ser de otro modo, en el caso del nuevo constitucionalismo europeo. Las soluciones ante los problemas que vayan surgiendo se irán alcanzando empíricamente mediante el obligado diálogo entre todos los actores de un escenario en continuo proceso de cambio.

La experiencia acumulada en el modelo europeo de jurisdicción constitucional, potenciando el diálogo entre jurisdicciones mediante la técnica de la cuestión de inconstitucionalidad, bien pudiera servir de referencia para el nuevo constitucionalismo multinivel. La cuestión clave es la de garantizar la convivencia armónica de los niveles, sin renunciar al principio de autonomía constitucional propio de la condición de todo Estado. Viene así a colación el comentario, aún inédito, que P. Cruz ha hecho sobre la DTC 1/2004 donde puede leerse: "La realidad es que en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el Tribunal ha optado por un modelo de *Cons-*

31. Cfr. "La Constitución Inédita", Ed. Trotta, Madrid, 2004.

32. *Ult. op. cit.* p. 149.

titución residual en que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (autonomía constitucional), que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad". El resultado de este modelo lleva a la aplicación de la Constitución sólo allí donde no se ve desplazada, lo cual no es tan grave por sí mismo, sino porque las garantías no están en la propia Constitución.

Quizás para aliviar la fuerza del nuevo e inusual adjetivo que se predica de la Constitución, el ex Presidente del TC se apresura a propugnar que la Constitución nacional está llamada a asumir el protagonismo que le corresponde en la configuración de la constitucionalidad compleja de la Unión, apoyando a la Unión y apoyando a los Estados. Este deseo se hace aún más pertinente, después de identificar la "ratio decidendi" del fundamento jurídico 4 de la DTC 1/2004, según la cual la categoría de la supremacía no conlleva una garantía incondicionada de primacía.³³

En mi opinión hay un determinado elemento voluntarista en el citado fundamento jurídico de la Declaración, que pretende casar la idea de una norma constitucional suprema pero potencialmente inaplicable, intangible pero desplazable, con rango político del poder último de los Estados y a la vez integrada. Así formulada, parece una cuestión semejante a la de la cuadratura del círculo, sobre la que todos están de acuerdo en que se debe resolver. En este sentido la posición adoptada por el TC no deja de ser un paso funcional tanto desde el punto de vista político como jurídico, de cara a la tan anhelada cláusula europea.

33. Cfr. R. Bustos, "La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución", IVAP, Oñati, 2005, p. 151: "La Declaración de 13 de diciembre de 2004 supone un paso adelante en la construcción de una jurisprudencia constitucional más razonable que la hasta entonces vigente. Pero, el fundamento jurídico 4, con su distinción entre primacía y supremacía, ha impedido que pudiera extraer todas las consecuencias lógicas que sus correctos, en términos generales, fundamentos jurídicos 2 y 3 anunciaban. Ello no sólo añade incertidumbre respecto al futuro, sino que plantea si la postura formalmente adoptada por el Tribunal Constitucional español es aceptable en los términos en que aparece formulada a la vista de la realidad jurídico-constitucional de un Estado integrado en la Unión Europea y en el Consejo de Europa".

De los comentarios que he podido consultar sobre el objeto tratado en estas líneas, merece atención especial el trabajo de V. Ferreres,³⁴ a cuyas tesis me remito porque son compartibles, en términos generales. Resulta un acierto su descripción de los límites a la flexibilización de la supremacía de la Constitución española, así como también su interpretación no literal ni incondicionada del art. 1-6 del TCE. Su atinada crítica al uso que hace la Declaración de la distinción entre supremacía y primacía merece también tenerse en cuenta.

34. Cfr. "Constitución española y Constitución europea", vol. col. CEPC, Madrid, 2005. También el trabajo de A. López Castillo en el cit. vol. así como su comentario en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15.

RESUM

Després d'analitzar la situació actual del procés de constitucionalització de la Unió Europea, l'autor en revisa l'efecte sobre el concepte de poder constituent, i el pas cap a l'existència d'un únic sistema normatiu, compost i integrat, en el marc del pluralisme constitucional que es deriva de la coexistència de l'ordre comunitari amb els ordres nacionals. Partint d'aquestes premisses, examina la Decisió 1/2004 del Tribunal Constitucional que suposa un canvi substancial en l'habitual consideració que feia el TC de l'ordenament comunitari i de l'article 93 CE, la dimensió material del qual descobreix l'Alt Tribunal finalment. Queda així oberta la porta a l'anàlisi de la posició en què queda la nostra norma suprema, la supremacia de la qual, malgrat els intents fets per la Declaració, s'hi veu evidentment afectada.

ABSTRACT

In the light of the current debates and events on both the European Union Constitution and on the effects that the latter has had on domestic constitutional and legal systems, this article discusses the position of EU legislation (and future constitution) in the Spanish constitutional and legal order, as set by the 1/2004 Ruling of the Spanish Constitutional Court. In this sense, the article mainly focuses on the consequences of the abovementioned ruling on the supremacy of the Spanish Constitution.