

Qué constitución prevalece? Comentario a la declaración del tribunal constitucional 1/2004, de 13 de diciembre

*Profesor titular dr. **Francisco Javier Díaz Revorio**
Universitatea Castilla La Mancha
Facultatea de Științe Juridice și Sociale, Toledo*

Abstract:

The present study develops the issue of the source of law in the internal Spanish law in front of the European Union law. Along with Treaty of a Constitution for Europe (T.C.E.) and even now with the new Treaty of Lisbon it has been asking how to resolve the conflict between the constitutional norms and those who are part of the T.C.E., who was wanted to be the basic norm instead of E.U. The issue is presented from both perspectives: European one and Spanish one, making references of the solution from 13 December 2004 of the Constitutional Court of Spain. Also is presented the difference between the concept of primacy and the concept of supremacy of a norm and the purpose and the importance of 93 articles from Spanish Constitution.

Key words:

Spanish Constitution, the Treaty of a Constitution for Europe (T.C.E.), referendum, international treaty, normatively hierarchy, the source of law.

I. Introducción

El pasado 13 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió Declaración sobre la conformidad con la Constitución española (CE) del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE). Esta Declaración, que es la segunda emitida en esta vía por nuestro Tribunal Constitucional en toda su historia (tras la Declaración 1/1992, de 1 de julio), fue emitida en respuesta al requerimiento del Gobierno realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución y 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y concluyó afirmando que no

existe contradicción entre la CE y el TCE, y que el artículo 93 de nuestra Norma fundamental es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado.

El mencionado requerimiento del Gobierno fue formulado en virtud de Acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004, poco después de que el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre (en cumplimiento de la consulta formulada el 30 de septiembre, e incluso fechas antes de la propia firma del Tratado, en Roma, el 29 de octubre) señalara la conveniencia de que, con carácter previo a la ratificación del Tratado, el Gobierno hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución, para que el Tribunal Constitucional declarase la existencia o no de dicha contradicción entre ambos textos. Es de destacar el escrupuloso cumplimiento de los plazos legales en el seno de este procedimiento, incluso llama la atención la inusual celeridad con que el mismo fue tramitado y resuelto. El día 8 de noviembre, tres días después del Acuerdo del Consejo de Ministros, el Tribunal acordó por providencia tener por recibido el requerimiento, al tiempo que emplazaba a Gobierno, Congreso y Senado para que, dentro del término máximo de un mes (art. 78.2 LOTC), expresaran su opinión fundada sobre la cuestión. Con fecha 18 de noviembre el Presidente del Senado comunicó la renuncia del órgano que preside a expresar dicha opinión fundada; al día siguiente hicieron lo propio el Presidente del Congreso, y el Abogado del Estado en nombre del Gobierno. Como ya se ha indicado, el 13 de diciembre, holgadamente dentro del plazo del mencionado artículo 78.2 LOTC, el Tribunal emitió su Declaración vinculante.

Conviene tener en cuenta que en esta fecha el Gobierno ya había anunciado la convocatoria de un referéndum consultivo previo a la ratificación del Tratado, a celebrar el día 20 de febrero de 2005¹⁾ (referéndum formalmente convocado por Real Decreto 5/2005, de 14 de

¹⁾ Posteriormente, como es sabido, el referéndum consultivo se celebró efectivamente el 20 de febrero con un resultado favorable a la ratificación, y ésta fue autorizada por Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo. En síntesis, los resultados del referéndum fueron: un 41,77% de votantes (de los cuales, 99,14% fueron votos válidos); votos afirmativos, 11.057.563 (76,96%); votos negativos, 2.453.002 (17,07%); votos blancos, 856.664 (5,96%).

enero), siendo de este modo España el primer Estado de la Unión en aprobar por esta vía la ratificación de la Constitución europea. Por otro lado, el propio Gobierno había anunciado, desde el mismo discurso de investidura del Presidente, su intención de iniciar un proceso de reforma de la Constitución española en varios aspectos, entre ellos el relativo a la previsión o mención constitucional expresa del proceso de construcción europea (lo que previsiblemente incluiría el “engarce” en nuestro sistema constitucional de fuentes de los tratados de la Unión²⁾), si bien los trámites de este proceso de reforma dilatarían presumiblemente el mismo a lo largo de toda la legislatura, y como mínimo cabía presumir razonablemente que se retrasarían bastante más que el proceso de ratificación del Tratado de la Constitución europea.

Con los datos anteriores no se pretende apuntar que en dichas circunstancias se halle la clave para entender la Declaración del Tribunal Constitucional sometida a comentario en estas páginas, ni que los factores políticos pesaran más o menos en la decisión del supremo intérprete de la Constitución. Antes al contrario, el presente trabajo pretende realizar un breve análisis de la cuestión esencial que dicha Declaración plantea, desde la perspectiva jurídico-constitucional. Pero no parece adecuado que el jurista desconozca o ignore las circunstancias que rodearon a la resolución del Tribunal Constitucional sometida a su examen. Sin que las aludidas circunstancias permitan explicar o justificar la decisión del Tribunal Constitucional, lo cierto es que no conviene ignorar que una decisión que hubiese declarado la incompatibilidad del TCE con nuestra Norma fundamental habría podido tener consecuencias importantes de cara al sometimiento del mismo a referéndum. Ciertamente, estas consecuencias serían inexistentes en el plano jurídico, dado que el carácter vinculante de la Declaración no hubiera implicado la imposibilidad de someter el Tratado a referéndum en la fecha prevista (el referéndum era sólo consultivo y ni siquiera necesario jurídicamente para esa ratificación posterior), sino

²⁾ Incluso quizá con la mención expresa de la Constitución europea, según se desprende del discurso de investidura del actual Presidente del Gobierno (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, nº 2, 15 de abril de 2004, págs. 18-19).

solamente la imposibilidad de ratificarlo antes de la reforma constitucional; pero sí habrían sido significativas en el plano político, pues de haberse mantenido la fecha prevista para el referéndum³⁾, éste se habría celebrado sin duda en relación con un texto declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, sin que hubiera tiempo material de reformar la Constitución española para solventar esa incompatibilidad ⁴⁾ (hay que considerar la práctica imposibilidad de concluir un proceso de reforma constitucional en el breve espacio de tiempo que medió entre la Declaración del Tribunal Constitucional, el día 13 de diciembre, y la fecha del referéndum, el 20 de febrero de 2005).

Reiterando que todas estas consideraciones no se exponen para explicar la decisión en examen, parece conveniente tenerlas en cuenta como „contexto” o „telón de fondo” de la Declaración I/2004.

En todo caso, en lo que sigue intentaré realizar un breve análisis jurídico del mismo, rodeado además de no pocas restricciones o limitaciones.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la Declaración pone de relieve no pocos problemas o cuestiones esenciales desde la perspectiva del Derecho Constitucional, desde el propio significado y naturaleza del procedimiento de control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las decisiones adoptadas por el Tribunal en el mismo, hasta el papel de las Declaraciones de derechos europeas (en concreto la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), pasando por la posición del Derecho de la Unión (y en particular del futuro Tratado de la Constitución europea) en nuestro sistema de fuentes. En este comentario nos centraremos en este último tema, y aun éste es lo suficientemente amplio y complejo como para que el

³⁾ En todo caso, hay que tener en cuenta que siempre habría existido además la posibilidad de retrasar esa fecha dentro de las previsiones y plazos del propio TCE, pues el referéndum no estaba aún formalmente convocado.

⁴⁾ A mayor abundamiento, si se hubiera declarado la incompatibilidad con el art. 9.1 de la Constitución española, que es el precepto en el que principalmente se incardina el principio de supremacía de ésta, el procedimiento de reforma de ésta habría de ser el agravado.

intento de abordarlo en plenitud resulte excesivo en un escrito de estas características, de modo que habré de limitarme a apuntar algunas reflexiones generales sobre las cuestiones más relevantes del mismo. En segundo lugar, si bien existe significativa e interesante bibliografía sobre la cuestión de fondo relativa a la posición del Derecho de la Unión en nuestro sistema de fuentes, es menor la específica sobre las peculiaridades del TCE desde esta perspectiva, y en el momento de escribir estas líneas, es prácticamente inexistente la relativa a la reciente Declaración objeto del comentario que, con estos condicionamientos, procedo a continuación a desarrollar.

II. Jerarquía y competencia en el ordenamiento constitucional español: el caso de los tratados internacionales

La Constitución española de 1978 supuso un importante cambio en nuestro sistema de fuentes, no sólo por la introducción de nuevos instrumentos normativos o por la modificación del significado y posición de otros, sino también por la incorporación de nuevos criterios para la ordenación y distribución de las fuentes jurídico-formales.

Desde esta perspectiva, hay que destacar que junto al tradicional principio de jerarquía, expreso en el artículo 9.3 de la Norma fundamental (y que permite distinguir diversas fuentes formales según su rango, de manera que las de rango superior prevalecen sobre las de rango inferior en caso de conflicto), aparece, en lo que aquí interesa destacar, el principio de competencia. Éste no aparece expresamente mencionado en la Norma fundamental, pero parece pacífica la idea de que puede deducirse de la misma (entre otros, artículos 81 y 149.1). En virtud del mismo, se matiza la regla general entre normas del mismo rango, según la cual la posterior deroga a la anterior y prevalece sobre ella, de tal manera que, en los supuestos en que existen diversos ámbitos materiales o competenciales dentro del mismo rango normativo, prevalecerá, en caso de conflicto, la norma que se sitúe dentro del ámbito competencial propio, dentro del cual desplazará a la norma que regula ámbitos materiales externos a sus límites competenciales. Este desplazamiento no implica siempre ni necesariamente

la invalidez de la norma desplazada, sino que podría conllevar simplemente la inaplicación de la misma en ciertos supuestos⁵⁾. Este principio de competencia permite resolver, por ejemplo, y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, los conflictos entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, o los que se produzcan entre leyes estatales y leyes autonómicas⁶⁾.

Con estos criterios, partiendo de la Constitución, de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina mayoritaria, y aunque quedan aún no pocas incertidumbres, parece que pueden afirmarse algunos principios constitucionales básicos sobre el sistema de fuentes:

1. En primer lugar, las fuentes están ordenadas en principio de acuerdo con un criterio jerárquico, siendo la primera de todas ellas la propia Constitución. Este principio se denomina supremacía de la Constitución, y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, afirmando que aunque el mismo no se proclama expresamente en la Norma suprema, deriva del enunciado de varios de sus preceptos, como los arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental⁷⁾ (en particular, parece que el art. 9.1 sería el principal fundamento de la supremacía constitucional, que deriva además del propio carácter o condición de la „Norma suprema“).

2. A la Constitución se someten todas las demás normas, de acuerdo con su rango. Entre normas del mismo rango será aplicable, cuando el mismo derive de la propia Norma suprema, el principio de competencia, y en su defecto (o entre normas dentro del mismo rango y ámbito competencial), prevalecerá la norma posterior sobre la anterior. En este sentido, y dentro

⁵⁾ O incluso la pérdida del especial carácter, fuerza o rigidez concedidos a una norma en función de su ámbito competencial material, como sucede en el caso de las Leyes orgánicas que regulan materias diferentes a las propias de su reserva competencial.

⁶⁾ En este último supuesto podrían establecerse matices, en particular en los casos en que el reparto competencial se base en el esquema bases-desarrollo, en los que la legislación básica viene a actuar, en definitiva, como parámetro de constitucionalidad de la legislación autonómica de desarrollo. Sobre esta cuestión, en cualquier caso, no procede entrar en el presente trabajo. Tampoco sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las llamadas „materias conexas“, sobre todo en sus primeras sentencias sobre la cuestión, en relación con las leyes orgánicas.

⁷⁾ Entre otras, puede verse la propia Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que reitera en esto la anterior Declaración 1/1992, de 1 de julio.

del „rango de ley” pueden distinguirse, al menos, los ámbitos competenciales propios de las Leyes orgánicas, leyes ordinarias ⁸⁾, leyes autonómicas, y Reglamentos parlamentarios, debiendo señalarse también, entre las primeras, el ámbito y las peculiaridades propias de los Estatutos de autonomía.

Sin embargo, como antes apuntaba, existen también no pocas incertidumbres o dudas derivadas de la ordenación constitucional del sistema de fuentes. Ahora sólo me interesa destacar, entre ellas, la relativa a los tratados internacionales y a su posición en el sistema de fuentes. Al respecto, la Constitución señala, en su artículo 96.1, que „los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, añadiendo que „sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, el art. 95, ya mencionado, prevé el control previo de la constitucionalidad de los tratados, y exige la previa revisión constitucional para la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional, antes de la Declaración que ahora comentamos, se había limitado a señalar que la supremacía de la Constitución opera también frente a los tratados internacionales⁹⁾. Por su parte, la doctrina se divide a la hora de valorar la posición y el papel de los tratados internacionales en nuestro sistema constitucional de fuentes. Desde la perspectiva del Derecho internacional, se proclama la superioridad de éste sobre los Derechos internos y su prevalecía en caso de conflicto¹⁰⁾. Pero

⁸⁾ Dejamos de lado a estos efectos las peculiaridades de los decretos legislativos (cuyo ámbito competencial material coincide con el de las leyes ordinarias), y de los decretos-leyes, que tienen un ámbito material más restringido que el propio de las leyes ordinarias.

⁹⁾ Así, por ejemplo, Declaración 1/1992, de 1 de julio, f. j. 1.

¹⁰⁾ La misma suele fundamentarse, aparte de en la propia naturaleza del Derecho internacional y en otros preceptos que forman parte del mismo, en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que proclama que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por lo demás, como es sabido, las doctrinas clásicas se dividen en las “dualistas”, que parten de que ambos ordenamientos tienen fuentes distintas

incluso desde la perspectiva constitucional española que ahora nos ocupa, la doctrina no es pacífica a la hora de ubicar el Derecho internacional dentro de nuestro sistema de fuentes. Según una cierta perspectiva, la propia redacción del artículo 95 CE permitiría entender que los tratados internacionales prevalecen sobre la propia Constitución, pues aparentemente es ésta la que ha de reformarse, en caso de conflicto, para adaptarse al tratado internacional. Pero la mayoría de la doctrina y, como hemos visto, la jurisprudencia constitucional, es terminante a la hora de proclamar la superioridad de la Constitución sobre los tratados internacionales. Ahora bien, a partir de esta premisa, son diversas las posturas que se han mantenido sobre su posición en el ordenamiento jurídico. Para algunos, los tratados prevalecen jerárquicamente sobre cualquier otra norma del Derecho interno, incluidas las leyes, mientras que desde otras posiciones se viene a defender una relación entre tratado y ley basada en un principio de competencia, según la cual no se trata de los tratados internacionales sean superiores jerárquicamente a la ley, sino que la CE permite que ciertas materias sean objeto de regulación por los tratados, y sólo cuando esa regulación se produce, y sólo en ese ámbito material limitado, los tratados se aplican con prioridad sobre las leyes, dejando de hacerlo en los demás supuestos, o cuando el tratado resulta derogado o deja de estar en vigor. Pero en cualquier caso, en los supuestos de conflicto prevalecería el tratado sobre la ley.

En mi opinión -y asumiendo el riesgo de sintetizar en unas líneas mis ideas básicas sobre una cuestión de enorme complejidad- de nuestro sistema constitucional se derivan algunas líneas importantes para poder ubicar los tratados internacionales en nuestro sistema de fuentes:

1. Parece fuera de toda duda que la CE prevalece sobre los tratados internacionales y tiene superior rango jerárquico a éstos. Ya se ha indicado que la supremacía de la Constitución deriva de su propia naturaleza y de varios artículos expresos de la misma. Por lo demás, ésta es obra del Poder

y defienden que el Derecho internacional no tendrá valor en el Derecho interno sin un específico acto de incorporación, y las “monistas”, que parten de la unidad de ambos ordenamientos.

Constituyente, que es el pueblo español, único soberano, de manera que todos los demás poderes son derivados de éste, y todas las demás normas aparecen como derivadas de la Constitución. Por lo demás, la específica superioridad de la CE sobre los tratados internacionales deriva del propio artículo 95 de ésta, que correctamente interpretado significa que no se puede ratificar un tratado contrario a la Constitución; y, si así sucediera (porque no se utilizara la vía prevista en el art. 95.2 o la misma no conllevara declaración de inconstitucionalidad), el mismo sería susceptible de ser declarado inconstitucional por la vía del control posterior. El mero hecho de que los tratados internacionales estén sometidos a control de constitucionalidad pone de relieve que, para nuestra Norma fundamental, los tratados tienen un rango inferior a ella misma.

2. Sin embargo, es preciso reconocer las peculiaridades jurídicas de los tratados internacionales. Éstos no sólo pertenecen al Ordenamiento interno (tras su publicación), sino que también forman parte del Derecho internacional, ordenamiento que tiene como condición esencial su necesaria prevalencia sobre los ordenamientos de los Estados, y que está basado en el principio expreso de que los Derechos internos no permiten a los Estados eximirse de sus compromisos internacionales. Estos principios, obvio es decirlo, pueden crear conflictos y dificultades de articulación entre los tratados internacionales y el Derecho interno. La Constitución española, aun estableciendo claramente su superioridad sobre los tratados internacionales, es consciente de las dificultades aludidas y trata de articular alguna respuesta a las mismas. Creo que en este sentido puede entenderse el control previo previsto en el artículo 95 CE: ya que la Constitución prevalece indudablemente sobre los tratados internacionales, pero éstos generan obligaciones para el Estado en el plano internacional, de las cuales no puede eximirse apuntando argumentos de Derecho interno (ni siquiera constitucionales), el precepto mencionado busca una fórmula que permita señalar preventivamente una eventual contradicción entre la Norma suprema y un tratado, permitiendo al Estado, en caso de existencia de tal contradicción, optar entre la no ratificación del tratado y la reforma constitucional.

3. Quedaría analizar la relación entre los tratados y las restantes normas del Derecho interno. Ciertamente, y teniendo en cuenta las mencionadas peculiaridades de los tratados internacionales, resulta difícil aplicar a esta relación sin matices los principios de jerarquía y competencia en los que se basa nuestro sistema constitucional de fuentes. Pero es incuestionable la especial rigidez de los tratados internacionales frente a cualquier norma interna. En este sentido, el artículo 96.1 CE reconoce que las disposiciones de los tratados „sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Ello supone que ninguna ley estatal posterior podrá modificar lo dispuesto en un tratado. En cambio, si un tratado modifica o altera lo dispuesto en una ley estatal anterior, debe prevalecer sobre ésta; hay que tener en cuenta que el propio artículo 94.1 e) prevé expresamente la posibilidad de tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley, estableciendo únicamente el requisito (común a los tratados que regulen determinadas materias) de la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado. Por lo demás, la Constitución no establece ningún límite material a los tratados, que pueden por tanto entrar a regular cualquier materia o competencia, aunque estén reservadas a la ley, distinguiendo únicamente tres procedimientos internos distintos para su aprobación (arts. 93, 94.1 y 94.2) en función de las cuestiones que regulen ¹¹⁾. Por ello el principio de competencia no parece idóneo para explicar las relaciones entre tratado y ley, ya que no existen ámbitos materiales diferenciados para ambas normas, con lo cual el conflicto entre ellas debe resolverse por otros criterios, según los cuales el tratado puede derogar a la ley y prevalece siempre en su aplicación ante ésta, pero no a la inversa. Por tanto, creo que puede afirmarse que los tratados internacionales prevalecen sobre cualquier otra norma interna.

¹¹⁾ En todo caso, es importante recordar que los diversos procedimientos previstos en la Constitución no implican diferencia alguna en cuanto al rango o posición de los tratados aprobados de acuerdo con cada uno de ellos, de manera que todos los tratados ocupan idéntica posición en el sistema de fuentes.

III. La constitución europea y el sistema de fuentes: la perspectiva europea y la perspectiva española

Con las anteriores premisas es posible ya entrar a analizar el problema de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho de la Unión Europea, y en particular, las relaciones entre la Constitución española y la Constitución europea. En primer lugar, hay que recordar que la Unión Europea se funda y fundamenta en un conjunto de normas a las que se ha dado en denominar „Derecho originario”, y que son tratados internacionales entre los Estados miembros. Por lo tanto, son aplicables a los mismos las consideraciones realizadas hasta ahora.

Dichos tratados serán sustituidos por la nueva Constitución europea, cuando ésta entre en vigor (en caso de que efectivamente llegue a hacerlo). Sobre la naturaleza de ésta se ha discutido ya bastante, pero a los efectos de su posición en el sistema de fuentes, no deja de ser un tratado internacional, acordado por los veinticinco Estados miembros, que han de ratificarlo¹²⁾.

¹²⁾ No procede, en el contexto de este trabajo, entrar a analizar exhaustivamente esta compleja cuestión. Sólo cabe apuntar que, a mi juicio, estamos ante una norma que formalmente es un tratado, tanto desde la propia perspectiva internacional de los Estados que la firman y han de ratificarla, como desde la óptica del Derecho Constitucional español, según el cual estaríamos ante un tratado sometido a nuestra Constitución, cuya ratificación requiere previa autorización mediante Ley orgánica según el artículo 93, dado que supone atribución a una organización internacional del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (lo que no implica que ello le permita incluir estipulaciones contrarias a ésta, como luego veremos). Sin embargo, este tratado incluye, desde la perspectiva material, los contenidos que son propios de un texto constitucional: principios fundamentales de la Unión, derechos fundamentales, organización de los poderes, regulación de las fuentes. Cuestión más dudosa es si su aprobación se ha producido por obra de un auténtico Poder Constituyente democrático, desde la perspectiva de la teoría constitucional. En este sentido, no parece que pueda siquiera hablarse de un „pueblo europeo” susceptible de actuar de forma unitaria como titular de ese Poder Constituyente, sino que el mismo radica en realidad en los Estados miembros, sin perjuicio de que en el procedimiento de ratificación de cada uno de éstos intervengan los respectivos “pueblos”, directamente a través de referéndum, o mediante sus representantes parlamentarios. Desde esta perspectiva, la Constitución aparece como una norma basada en el Derecho internacional, que permite fundar una Unión de Estados. Pero tanto la propia Unión fundada, como la norma en que la misma se basa, aparecen como derivadas respecto a los Estados soberanos que ejercen el Poder Constituyente, y las Constituciones propias de éstos, respectivamente. Sin embargo, una vez entre en vigor, esa norma “constitucional” basada en el Derecho internacional, prevalece sobre las normas de los Estados, incluidas sus Constituciones. De ahí las dificul-

Desde la perspectiva del sistema constitucional español, se trataría de un tratado encuadrable en el artículo 93 de nuestra Norma fundamental, en cuanto atribuye a una organización o institución internacional competencias derivadas de la propia Constitución. Ello implica la necesaria autorización previa mediante Ley orgánica, pero no supone ninguna peculiaridad en cuanto a su rango o posición en el sistema de fuentes. Desde esta óptica, son aplicables las consideraciones anteriores sobre su relación con la Constitución española, a la que aparece sometido en virtud del principio de supremacía de ésta.

Con todo, no es posible ignorar las peculiaridades evidentes de la Unión Europea y de su Derecho. Se trata de una organización que puede ejercer competencias derivadas de la Constitución española (art. 93), y con capacidad para aprobar normas jurídicas de obligado cumplimiento. Éstas, además de los propios tratados que forman parte del llamado „Derecho originario”, están caracterizadas por los principios de efecto directo y primacía, tal y como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad, desde la sentencia *Costa-ENEL*, de 15 de julio de 1964¹³⁾. Este principio de primacía es el que ahora viene a establecerse en el artículo I-6 TCE, que afirma: „La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

Nos encontramos, por tanto, ante una contradicción, al menos aparente, y de difícil solución, dependiendo de cuál sea la perspectiva utilizada. Desde el punto de vista del sistema español, la Constitución es la norma suprema y

tades de articulación existentes en muchos Estados. Con todo, y sin ignorar las evidentes peculiaridades que hacen que este proceso sea único, conviene recordar que muchas federaciones históricas han tenido un origen en cierto sentido similar: la Federación se funda en una norma basada en los criterios del Derecho internacional y aprobada según los procedimientos de éste (y que aparece por tanto como derivada respecto a las Constituciones de los Estados miembros), pero desde su propia entrada en vigor esa norma prevalece sobre las propias Constituciones de los Estados, apareciendo como la norma fundamental y suprema del Ordenamiento.

¹³⁾ Posteriormente, dicho principio se ha reiterado en las ya “clásicas” sentencias *Simmmenthal*, de 28 de junio de 1978, o *Comisión contra Italia*, de 24 de marzo de 1988. Por su parte, el principio de efecto directo ya había sido establecido con anterioridad en la sentencia *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963.

prevalece, por tanto, en todo caso, frente a cualesquiera otras, incluyendo las normas del Derecho de la Unión. Entre éstas, el llamado „Derecho originario” -y ahora en concreto la nueva Constitución europea- está compuesto de tratados internacionales, sometidos a la Constitución española, y susceptibles de control de constitucionalidad, previo o posterior. En cambio, desde la perspectiva del Derecho europeo, es éste el que prevalece, en el ámbito de competencias de la Unión, sobre todos los Derechos nacionales, sin que al parecer puedan exceptuarse las Constituciones de los Estados miembros.

Esta problemática contradicción, que ya se había puesto de manifiesto anteriormente, resulta ahora de ineludible e inaplazable solución, toda vez que el principio de primacía del Derecho de la Unión viene a establecerse expresamente en la Constitución de ésta. El problema del conflicto entre el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros, que parece haber encontrado soluciones más o menos razonables respecto a las legislaciones de los Estados, parece mucho más complejo cuando se trata de un conflicto entre la normativa europea y las Constituciones de los Estados miembros, y muy en particular entre éstas y la Constitución europea, que explícitamente proclama su primacía en todo caso, y la del resto del Derecho europeo en el ámbito competencial de la Unión. Mientras que algunos Estados ya habían reformado sus propias Constituciones para hacer frente a esta compleja situación y dar encaje al Derecho comunitario en sus sistemas jurídicos, respetando la primacía de aquél, la Constitución española sigue basándose en su propia supremacía sin matices, y sin hacer siquiera referencia expresa a la Unión Europea y su Ordenamiento. Por eso aquí se ha tenido que terminar planteando ante el Tribunal Constitucional el conflicto entre ambas “normas supremas” en toda su crudeza. Y el supremo intérprete de nuestra Constitución, en la Declaración que venimos comentando, ha tratado de dar una respuesta armónica a la cuestión de qué Constitución prevalecerá en caso de conflicto.

IV. La solución del tribunal constitucional

En la referida Declaración, el Tribunal concluye que no existe contradicción entre la Constitución europea y la española. En síntesis, dos son los pilares fundamentales que sustentan esa afirmación: 1) la primacía del Derecho de la Unión, establecida en la Constitución europea, no significa lo mismo que la supremacía de nuestra Constitución, y es compatible con ésta; 2) el artículo 93 de la Constitución fundamenta el reconocimiento en nuestro sistema de dicha primacía en el ámbito de las competencias de la Unión, que son en definitiva las „competencias derivadas de la Constitución” que dicho art. 93 permita atribuir a una organización internacional.

En mi muy humilde opinión, ambos „pilares” de la fundamentación son endebles desde la perspectiva de la Constitución española, y constituyen un palmario abandono de la jurisprudencia anterior que el Tribunal había mantenido en esta cuestión. Trataré de exponerlo con más detalle.

IV. 1. La distinción entre „primacía” y „supremacía”

Al analizar el posible conflicto entre el art. I-6 TCE y el principio de supremacía de la CE (derivado éste, como ya se ha dicho, de los arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, entre otros), el Tribunal Constitucional realiza, en el fundamento jurídico 4 de la Declaración que venimos comentando, las siguientes consideraciones:

„Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a

diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), *salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación*. 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...” (la cursiva es mía)

A continuación, el Tribunal Constitucional dedica unos párrafos a justificar que el principio de primacía, tal y como se había construido jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, formaba ya parte del acervo comunitario cuando España se incorporó a las instituciones europeas en 1986, y había sido además reconocido por el propio Tribunal Constitucional en toda una serie de sentencias anteriores, desde 1991.

Antes de entrar a comentar los razonamientos utilizados por el Tribunal para analizar el significado del principio de primacía, conviene detenerse brevemente en este último aspecto. Porque, a mi juicio, frente a esta última afirmación pueden formularse dos objeciones:

a. En primer lugar, aun cuando se admita que el principio de primacía formaba parte del acervo comunitario, y como tal fue incorporado a nuestro Derecho una vez que España se adhirió a los tratados de la Comunidad en virtud del procedimiento del art. 93 de la Constitución, eso no implicaría, en sí mismo, que dicho principio no pudiera colisionar con nuestra Norma fundamental. El hecho de que el Derecho comunitario se incorporase en bloque a nuestro Ordenamiento no lo convierte automáticamente en conforme a nuestra Constitución, pues el mismo es por definición susceptible de control de constitucionalidad, y en consecuencia, de ser declarado inconstitucional. Sucede simplemente que la cuestión de la posible colisión de ese principio con nuestra Constitución no se había planteado, lo que es comprensible teniendo en cuenta además que la formulación del principio era fundamentalmente obra jurisprudencial. En este sentido, la incorporación del principio a la Constitución europea no es

irrelevante, pues le dota del rango propio de ésta y le da una firmeza y seguridad jurídica superior a la existente anteriormente.

b. Pero además, las referencias del Tribunal Constitucional a su jurisprudencia anterior que reconocía expresamente la primacía del Derecho comunitario no pueden ocultar que las anteriores sentencias del Tribunal, pese a reconocer el principio de primacía del Derecho comunitario, en ningún caso habían afirmado la primacía de éste sobre nuestra Constitución, y más bien buena parte de las decisiones anteriores que expresamente cita el Tribunal vienen a apuntar precisamente la supremacía de nuestra Constitución sobre la normativa europea, como pone de relieve el voto particular de Javier Delgado Barrio, admitiendo incluso la posibilidad de un control, en vía de amparo, de los actos de aplicación del Derecho comunitario ¹⁴⁾. La única vez en que el Tribunal

¹⁴⁾ En concreto, el Tribunal Constitucional cita las siguientes sentencias previas: a) STC 28/1991, de 14 de febrero, que si bien afirma que España se halla vinculada, desde su integración, al Derecho de las Comunidades Europeas, tal vinculación “no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”; b) STC 64/1991, de 22 de marzo, que sin embargo apunta que “la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter *infraconstitucional*”, y más adelante añade que „en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva de el ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.”; c) STC 130/1995, de 11 de septiembre, que se limita a reconocer genéricamente el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario; d) STC 120/1998, de 15 de junio, que se limita a reiterar la primacía del Derecho comunitario y a extraer como consecuencia que “una norma del Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal”; e) en fin, la STC 58/2004, de 19 de abril, recoge la jurisprudencia anterior y, tras afirmar que “el Tratado de la Comunidad Europea -y concretamente, en este caso, su art. 234- forma parte del Ordenamiento interno”, añade que “en principio la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter *infraconstitucional*”, añadiendo que “Lo anteriormente expuesto no inhabilita a este Tribunal, sin embargo, para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Por tanto, aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradas veces el principio de primacía y efecto directo del

Constitucional se había encontrado con una contradicción entre el „Derecho originario” de la Unión y la Constitución española, la resolvió afirmando obviamente la supremacía de ésta y su prevalencia sobre el Tratado de la Unión, en la ya reiterada Declaración 1/1992. Y por lo demás, la cuestión de si la primacía del Derecho europeo se produce también sobre la Constitución española nunca se le había planteado al Tribunal, aunque en cualquier caso las sentencias que él mismo cita en apoyo de su fundamentación en la Declaración de 2004 que ahora comentamos, más bien presuponen el carácter infraconstitucional del Derecho Comunitario.

Por tanto, se trataba de la primera oportunidad que tenía el Tribunal Constitucional para pronunciarse directamente sobre si la primacía del Derecho de la Unión se produce también sobre nuestra Constitución. Y el Tribunal, como se ha indicado, trata de resolver la cuestión armonizando el principio de primacía con la supremacía de nuestra Norma fundamental, ubicando ésta en el terreno de la jerarquía, y el principio de primacía en el ámbito de la aplicación de las normas dentro de un ámbito competencial (lo que viene a mi juicio a aproximarle al principio de competencia). De tal manera que la supremacía constitucional implica superioridad jerárquica sobre cualquier otra norma, mientras que la primacía del Derecho europeo supone sólo capacidad de desplazar la aplicación de cualquier norma, dentro del ámbito competencial propio de la Unión, y ésta no es incompatible con la supremacía constitucional, ya que viene a estar indirectamente admitida por nuestra norma fundamental en su art. 93.

Sin embargo, me parece que esta argumentación ofrece también algunos flancos a la crítica:

1. En primer lugar, parece que el Tribunal intenta equiparar supremacía-invalidez de normas inferiores, desde una perspectiva basada en el principio de jerarquía, por un lado, y primacía-inaplicación, desde una óptica implícitamente basada en los diferentes ámbitos competenciales de las normas. Pero la distinción entre invalidez e inaplicación no se corresponde

Derecho comunitario, nunca ha proclamado que esa primacía se produzca respecto a la Constitución, y más bien, en varias ocasiones, ha apuntado el carácter infraconstitucional de ese Derecho.

necesariamente con la que existe entre supremacía y primacía, o entre jerarquía y competencia. En mi criterio, la distinción entre invalidez e inaplicación tiene más que ver con el modelo de control de normas que se utilice, y así, partiendo de un principio de jerarquía puede llegarse a una conclusión de invalidez o de inaplicación de las normas inferiores contrarias a las superiores, y en particular de las normas inconstitucionales. En efecto, mientras que en los sistemas de control concentrado la declaración de inconstitucionalidad de las normas suele conllevar su invalidez y su nulidad con efectos *erga omnes*, en los que están basados en el modelo de control difuso, el conflicto entre una norma inconstitucional y la norma suprema se resuelve habitualmente con la inaplicación de aquélla en el caso concreto, que no implica nulidad con efectos generales. Lo que sucede es que la relación entre el Derecho de la Unión y los de los Estados miembros no se basa en la idea de la invalidez de las normas de los Estados miembros (incluidas sus Constituciones) que contradigan la normativa de la Unión, sino en la simple inaplicación de esas normas al caso concreto, en los supuestos de conflicto con el Derecho europeo. Con todas las peculiaridades que se quieran apuntar, y sin perjuicio del planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos previstos en el tratado, diríase que existe un control difuso de la adecuación de los Ordenamientos estatales al Derecho de la Unión, que se lleva a cabo mediante la inaplicación de aquéllos en los casos en que así proceda. Pero este sistema no excluye la superior jerarquía del Derecho de la Unión, y desde luego presupone la prevalencia de éste frente a los estatales, en todo caso del TCE, y del resto del Derecho europeo dentro del ámbito competencial de la Unión.

2. La reducción de la primacía del Derecho europeo al ámbito de competencias de la Unión, si bien deriva del propio art. I-6 TCE, no deja de plantear sus propias dificultades:

2.1. Por un lado, y a pesar del principio de subsidiariedad y de otros límites, las competencias de la Unión pueden tener una tendencia expansiva difícilmente evitable.

2.2. En todo caso, la delimitación de esas competencias no deja de ser una cuestión problemática y dudosa en muchos supuestos. La solución

apuntada por el Tribunal Constitucional tiene, como efecto práctico, la consecuencia de dejar en manos de todos los jueces y tribunales ordinarios la interpretación cuándo una norma europea se sitúa dentro del ámbito competencial de la Unión, pues a pesar de la existencia de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad, en los conflictos entre el Derecho originario europeo y la Constitución española, dependerá de esa interpretación el que se utilice una u otra vía.

2.3. Por lo demás, el principio de limitación de la primacía al ámbito competencial de la Unión no es aplicable a la Constitución europea. El propio art. I-6 TCE, como hemos visto, al afirmar el principio de prevalencia, se refiere a „la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta”. Esta dicción da a entender que la limitación competencial es aplicable al resto del Derecho de la Unión, ya que la Constitución europea prevalece en todo caso. Ello es lógico, porque los ámbitos competenciales dentro de los cuales es aplicable la primacía del Derecho europeo vienen delimitados precisamente en esa Constitución, que se convierte en una norma de ámbito material prácticamente ilimitado, ya que no hay ninguna otra norma, española o europea, que delimite el ámbito competencial propio del „Derecho Constitucional europeo”¹⁵⁾. Además, esa extensión del ámbito competencial de la Constitución europea es un hecho, por cuanto ésta ha recogido la práctica totalidad de los contenidos que pueden considerarse propios de una Constitución, y que en buena medida coinciden con los de la Constitución española, existiendo ámbitos en los que el „solapamiento” o la coincidencia de contenidos es evidente, como es el relativo a los derechos fundamentales, aunque exista aquí una expresa limitación del ámbito de aplicación del TCE¹⁶⁾. En suma, en lo que se refiere

¹⁵⁾ Salvando, si se quiere seguir la interpretación del Tribunal Constitucional, que la Constitución europea ha de respetar los únicos límites de la no privación de la soberanía del Estado y la no vulneración de los principios y valores esenciales de la CE.

¹⁶⁾ Me refiero a las prevenciones de los arts. II-111 del TCE, aspecto en cuyo detalle no podemos ahora entrar, pero que no parecen resolver de una vez cualquier posible conflicto con la CE en este punto, como admite el propio Tribunal Constitucional. Cabe apuntar simplemente que, cuando apliquen el Derecho de la Unión, las instituciones españolas