INSTITUT UNIVERSITARI D'ESTUDIS EUROPEUS

Jornades: "Els Impactes de la Constitució Europea" 13-14 de gener 2005

***Working Papers On Line* (WPOL)**
Núm. 10 / 2005

Constitución Española y Constitución Europea

Luis María Díez-Picazo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga

Universitat Autònoma de Barcelona
Edifici E-1
08193 Bellaterra
Barcelona (España)

© Institut Universitari d'Estudis Europeus. Todos derechos reservados al IUEE. All rights reserved.

Copyright © IUEE (2005)

Cuando Francesc Morata me invitó a hablar aquí esta mañana, no se había producido aún la decisión del Tribunal Constitucional (TC) de 13 de diciembre de 2004 sobre la conformidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con la Constitución Española (CE). Pero como entre tanto sí que se ha producido esta decisión, lo que voy a hacer esta mañana en esta media hora de que dispongo es un breve comentario crítico de dicha decisión de 13 de diciembre de 2004.

Siguiendo la sugerencia que le había hecho el Consejo de Estado, el Gobierno planteó al TC, de conformidad con ese procedimiento previo de control de constitucionalidad de tratados internacionales previsto por el artículo 95 de la Constitución, le formuló cuatro cuestiones sobre la posible compatibilidad de la Constitución para Europa con la CE. La primera se refería a la compatibilidad con la CE del artículo 1-6, que establece expresamente la primacía del Derecho de la Unión Europea (UE) sobre los derechos de los Estados Miembros (EM). La segunda cuestión era relativa a los artículos 2-111 y 2-112 de la Constitución sobre los efectos de los derechos fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales, carta que hoy es la Parte II de la Constitución. La tercera cuestión era relativa a la suficiencia o insuficiencia de la vía del artículo 93 de la Constitución, es decir, la autorización por Ley Orgánica para que España preste el consentimiento al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Y la cuarta cuestión, para el caso de que el artículo 93 de la Constitución no fuera suficiente, qué es lo que habría que hacer, porque como el procedimiento es de control previo, considera que no hay un auténtico litigio y por eso no las llama sentencias, pero en todo caso son resoluciones plenamente vinculantes para los poderes públicos.

Decía que el núcleo central de la decisión del Tribunal Constitucional ha versado sobre el problema del principio de primacía del Derecho de la UE proclamado expresamente por el artículo 1-6 de la nueva Constitución Europea. Mucha menos atención ha dedicado al tema de la eficacia de los derechos fundamentales proclamados en la Carta. Y en cuanto a las dos últimas cuestiones, dado que contesta que sí, que el artículo 93 es suficiente, pues no hay mucho más que decir. Por eso, me voy a concentrar en el problema, que es el que además más debate ha suscitado, de la compatibilidad del principio de primacía con la CE, y sólo si me queda algún tiempo diré un par de palabras sobre el tema de la eficacia de los derechos fundamentales proclamados en la Carta.

Copyright © IUEE (2005)

El principio de primacía. La argumentación del TC en su decisión de 13 de diciembre de 2004 sobre el principio de primacía sigue el siguiente razonamiento, o se basa en las siguientes afirmaciones concatenadas. Primero, la Constitución Europea y la CE se basan en unos mismos valores. En segundo lugar, el principio de primacía tal y como está proclamado en el artículo 1-6 de la Constitución para Europa se refiere únicamente a las normas de la UE dictadas en ejercicio de las competencias que han sido atribuidas a la propia UE. En tercer lugar, según el TC, el artículo 1-6 no añade nada nuevo puesto que el principio de primacía era ya un principio clara y repetidamente asentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y forma inequívocamente parte del *acquis communautaire*. En cuarto lugar, el TC hace una distinción entre los conceptos de primacía y de supremacía. El Derecho de la UE, cierto, tiene primacía sobre el Derecho de los EM, pero la CE es la norma suprema y, por lo tanto, la norma jerárquicamente en la cúspide del ordenamiento jurídico, puesto de que la CE derivan los poderes en virtud de los cuales España es miembro de la UE y ratifica los tratados fundacionales de la misma. En quinto lugar, siempre según el TC, si en el caso raro de que el derecho de la UE llegara a ser incompatible con la CE, el TC español siempre estaría ahí para remediar esas posibles incompatibilidades puntuales entre el derecho de la UE y la CE. Máxime, siempre según el Tribunal, habida cuenta de que la nueva Constitución para Europa, a diferencia de lo que hacen los actuales tratados institutivos, establece una cláusula de retirada unilateral de los EM. Y, por último, como corolario de todo lo anterior, concluye el TC que la vía prevista en el artículo 93 de la Constitución, o sea la autorización mediante ley orgánica para la prestación del consentimiento, es suficiente para que España firme y ratifique la Constitución para Europa. Todo ello, añade el TC, sin que él deba pronunciarse sobre la oportunidad de eventuales reformas de la Constitución tales como la enunciada por el Gobierno a efectos de introducir en la CE una cláusula relativa a la pertenencia de España a la UE.

Hasta aquí el cuerpo de la decisión del TC. Esta decisión ha sido objeto de tres votos particulares de los magistrados Delgado Barrio, Rodríguez Arribas y García Calvo. Estos votos particulares se centran básicamente en tres puntos. El primero, sobre el que insisten Delgado Barrio y Rodríguez Arribas, está en la desviación de la decisión de 13 de diciembre de 2004 con respecto al criterio mantenido en ocasión similar por el propio TC en su declaración de 1 de julio de 1992 que fue la declaración relativa a la compatibilidad del Tratado de Maastricht con la CE. En aquella ocasión el TC había

Copyright © IUEE (2005)

sostenido que el artículo 93 de la Constitución prevé un procedimiento, o regula un procedimiento, para la adhesión de España a tratados institutivos de organizaciones supranacionales como es destacadamente la UE, pero sólo un procedimiento, de tal manera que el artículo 93 no es un precepto constitucional idóneo para justificar la adhesión de España a tratados que contengan normas contrarias a otros preceptos de la CE. El artículo 93 de la Constitución, dicho brevemente, según la declaración de 1992 no es una norma material sino una norma puramente procedimental, por lo que, según estos magistrados, la nueva declaración estaría cambiando injustificadamente de criterio. Además, y sobre esto insiste particularmente el magistrado García Calvo, sobre algo que nos debería hacer pensar, algunos magistrados del TC que han firmado la declaración mayoritaria, en sus escritos extrajudiciales, como dirían los ingleses, previos a su condición de magistrados y como académicos, habían sentado el criterio contrario. Sobre esto me limitaré a decir que, más allá de la cortesía debida entre colegas, el punto es un punto importante porque tiene que ver con nuestra responsabilidad como miembros de eso que algunas veces pomposamente llamamos la doctrina.

Bueno, hasta aquí la decisión de 13 de diciembre de 2004. Yo voy a hacer algunas observaciones críticas, y seguiré las grandes afirmaciones hechas por el TC. Primera, el artículo 1-6 que establece expresamente el principio de primacía del Derecho de la UE sobre los derechos de los EM no añade nada nuevo. Creo que esta afirmación es, en el mejor de los casos, engañosa. Es verdad que el principio de primacía al menos desde 1963 es un principio constantemente afirmado por la jurisprudencia, pero es un principio jurisprudencial. ¿No añade nada nuevo el hecho de que ahora sea un principio escrito y establecido en la Constitución? O por decirlo con la hermosa frase de un colega italiano, Cesare Pinelli, ¿no añade nada el momento de la escritura? Si pensamos que no añade nada el momento de la escritura, acabaremos tratando la Constitución Europea como un puro texto refundido. Además, y sobre esto, si le he comprendido bien, alguna indicación ha hecho Jordi García Petit esta mañana, probablemente no es casualidad que se haya puesto por escrito el principio de primacía en estos momentos en que se ha producido la más importante, en términos políticos, ampliación de la UE desde sus orígenes. Quince nuevos Estados, con tradiciones variadas, y no siempre compatibles con el espíritu europeo, han accedido a la UE. Si miramos el artículo 1-6 en el contexto de la ampliación del mes de mayo y de las futuras previsibles ampliaciones de años venideros, habrá que ver el principio de primacía por

Copyright © IUEE (2005)

escrito y con rango constitucional como un aviso para navegantes, una barrera explícita a cualquier tentación jurisprudencial de revisar a la baja el principio de primacía del Derecho Comunitario tal y como lo conocemos hasta la fecha. Y añado el hecho de que el principio de primacía estuviera ya en el *acquis communautaire* y que España lo hubiera venido practicando no significa que no plantee problemas de constitucionalidad. Significa sencillamente que nunca nadie le ha planteado al TC español problemas relativos a la primacía del Derecho de la UE sobre la CE.

Segunda afirmación del Tribunal: el principio de primacía, tal y como se desprende de la letra del artículo 1-6, se predica únicamente respecto del ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas a la UE, no respecto a la universalidad de los posibles terrenos normativos. De nuevo esta es una afirmación ambigua. Y es una afirmación ambigua por varias razones. La primera, sobre la que ha insistido un expresidente del TC, Pedro Cruz Villalón, es que no es del todo cierto que el principio de primacía se predique únicamente de las normas que la UE adopta en el ejercicio de sus competencias; se predica también de la propia Constitución Europea, que es la que establece la distribución de competencias entre la Unión y los EM. Además, el Tribunal olvida que las eventuales extralimitaciones competenciales de la UE sólo pueden ser enjuiciadas legítimamente por el Tribunal de Justicia. Según la Constitución para Europa y según los tratados institutivos en vigor, los tribunales nacionales carecen de jurisdicción para controlar la validez, para anular actos de las instituciones comunitarias. El monopolio del control de validez de los actos de la UE pertenece al Tribunal de Justicia, lo cual supone una relativización de esa idea de que el principio de primacía sólo se predica de las normas dictadas en ejercicio de las competencias atribuidas. Y por último, creo que todo eso supone una defectuosa comprensión de lo que el principio de primacía es según la jurisprudencia de Luxemburgo por parte del TC. El principio de primacía, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es un principio en virtud del cual cualquier norma de la UE debe ser aplicada inmediatamente, sin que ninguna autoridad de ningún Estado miembro pueda oponer ningún tipo de razón de Derecho interno para denegar o retrasar esa aplicación inmediata. En estas condiciones, creo que el argumento del Tribunal es un argumento endeble. Cito la sentencia Simental de 1978, que por cierto se hace referencia a ella en la propia sentencia. Cito: "el Derecho de la UE es parte integrante con rango superior respecto a las normas internas del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de los EM." Con rango superior respecto de las normas internas.

Copyright © IUEE (2005)

Tercera afirmación del TC: hay que distinguir entre primacía y supremacía. Brevemente, y sin entrar en excesivos detalles de teoría del Derecho, para los cuales no me siento excesivamente capacitado, y además porque no deseo aburrir al auditorio con eso que los ingleses llaman *technicalities*. Es verdad que se puede distinguir entre primacía y supremacía (o sea, el Derecho de la Unión tiene primacía sobre el Derecho de los EM) debe ser aplicado prioritariamente, mientras que la CE tendría supremacía, sería la norma última. Esta afirmación puede ser correcta en el siguiente sentido: es verdad, yo estoy convencido de que es verdad, de que en el estado actual del desarrollo de la UE y en las previsiones mismas del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en cuanto a su entrada en vigor, la existencia misma como norma de esa Constitución para Europa deriva de su firma y ratificación por los EM, EM que derivan su poder de firma y ratificación de sus respectivas normas constitucionales. Dicho brevemente, que los Estados derivan de su Constitución, con los límites que ésta les pueda imponer, el poder para ratificar la Constitución para Europa es algo sobre lo que yo no tengo absolutamente ninguna duda. Ahora bien, ¿significa eso que, una vez adoptada la Constitución para Europa, el rango jurídico supremo debe corresponder a las constituciones nacionales, y por lo que a nosotros nos importa, a la CE? Yo creo que no, que para hacer esta afirmación habría que hacer otra afirmación que el Tribunal Constitucional no hace, y por lo tanto, llegar a afirmar que la CE goza de supremacía en todo caso supone un salto lógico. Y supone un salto lógico porque la Constitución para Europa no es el producto únicamente de la voluntad de España, es el producto de la voluntad de España acompañada de veinticuatro voluntades más. Esa famosa y de nuevo engañosa frase que en origen acuñó el TC federal alemán en su sentencia sobre el tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993, y que luego se ha hecho célebre, según la cual los EM son los señores, los dueños, de los tratados institutivos de la UE es una idea engañosa porque si hay algo de verdad en esa idea es que los tratados son propiedad de los EM mancomunadamente, no de cada EM aisladamente y actuando de manera unilateral. Por esto creo que tampoco esa afirmación que establece la distinción entre primacía y supremacía, y que atribuye ésta última únicamente a la CE, es acertada. Porque esta afirmación conduce, y perdón por la autocita, a lo que alguna vez yo he llamado el "monismo invertido". El monismo es aquel principio en virtud del cual el derecho Internacional y el Derecho de los Estados forman parte de un único ordenamiento. El monismo invertido es aquel que afirma que

Copyright © IUEE (2005)

el Derecho Internacional, o con más razón, el Derecho de la UE existe única y exclusivamente en virtud de la voluntad unilateral de un Estado.

Última afirmación del TC: en todo caso no hay que preocuparse, nos dice el Tribunal, puesto que el Tribunal siempre estará ahí para enjuiciar improbables pero posibles vulneraciones de la CE por parte de las autoridades de la UE. Esta afirmación es muy preocupante por varias razones. La primera, porque pone de manifiesto que el TC no ha respondido a lo que se le ha preguntado. Lo que se le había preguntado es qué hay que hacer para que España pueda adherirse a esta nueva Constitución para Europa sin que ello nos suponga en el futuro problemas constitucionales internos, y a ello responde el TC que en todo caso yo estoy ahí para resolver esos improbables pero posibles problemas constitucionales futuros. Creo que no se responde a la pregunta. Pero además, la afirmación de que el TC en todo caso siempre podrá controlar esos conflictos entre la Constitución Europea y la CE no explica cuán grave habrá de ser la vulneración de la CE por parte de la UE como para justificar una intervención del TC. Me explico: el TC federal alemán al final de una larga y tormentosa evolución de su jurisprudencia, llegó a la afirmación de que, salvo en el supuesto de que se produzca una violación de un principio básico del gobierno representativo o de la dignidad humana, el TC federal alemán no intervendrá y que, por lo tanto, se reserva una posibilidad de intervención para situaciones absolutamente extremas. Ésta misma es la solución que nuestros vecinos portugueses han adoptado por vía de reforma constitucional: sólo en el caso de que se produjera una conculcación gravísima de los principios de la democracia o del Estado de Derecho podrá Portugal tomar algún tipo de medida por exigencias de orden constitucional. A una conclusión parecida, aunque no exactamente igual, han llegado los franceses, no en la decisión del mes de noviembre relativa a la Constitución Europea, sino una decisión fundamental de su Consejo Constitucional de 10 de junio del 2004, en virtud de la cual el Consejo Constitucional francés se negó a enjuiciar una ley de transposición de una directiva manifiestamente contraria a la libertad de expresión afirmando que en la medida que existe un precepto constitucional que establece que Francia es Estado miembro de la UE, el control de la compatibilidad de la legislación de la UE con los derechos fundamentales es competencia del Tribunal de Justicia, no es competencia del Consejo Constitucional francés, el cual únicamente intervendrá cuando se produzca una colisión literal y específica entre una norma europea y un precepto de la Constitución Francesa. Ésta no es exactamente la solución alemana o portuguesa, pero es una solución similar. Nuestro

Copyright © IUEE (2005)

TC esto no nos lo dice. No nos dice si tendrá que ser una macro-violación, una violación literal o simplemente, como ocurre con mucha frecuencia, una vulneración de alguna entidad o gravedad menor.

Añado, personalmente creo que tienen razón los disidentes porque esta decisión no establece claramente cuáles son los límites últimos que nuestra Constitución impone a la pertenencia de España a la UE. Y además creo, aunque esto no lo dicen expresamente los disidentes, que esta decisión es una decisión equivocada porque parte de la idea de que los problemas de compatibilidad con la Constitución o, mejor dicho, la exigencia de reforma constitucional para adherirse a la Constitución Europea, es un problema que se plantea sólo en el supuesto de colisión de una norma de la Constitución Europea con alguna norma de la CE, o sea de normas ya existentes. No se plantea el problema de cómo hacer surgir nuevas normas constitucionales: la reforma constitucional por ampliación. Les pongo un ejemplo claro y que se plantearon los franceses y los alemanes en 1992. En ningún sitio de la CE te dice nada con respecto a temas de exigencia de estabilidad monetaria, es más, no se dice nada sobre la moneda. El hecho de que se establezca una norma que vincula al legislador en virtud de la cual: uno, se transfiere la autoridad monetaria a Frankfurt y dos, se establecen límites a la posibilidad de endeudamiento y de inflación de los gobiernos; ¿ese límite constitucional no ha de ser impuesto por una vía de reforma constitucional? Cuando se establecen nuevas normas constitucionales, que no tienen porque ser contrarias a las vigentes, pero son normas de rango constitucional porque vinculan al legislador... Cuando, por citar la bellísima imagen de John Enster, nos atamos aún más al mástil para no oír el canto de las sirenas, ¿eso no hay que hacerlo por la vía de la reforma constitucional? Éste es un problema que la decisión de 13 de diciembre de 2004 simplemente obvia.

Unas breves reflexiones finales. Creo que el TC ha perdido una ocasión importantísima para hacer una reflexión seria sobre las implicaciones constitucionales de la pertenencia de España a la UE. Además, a diferencia de lo que ocurrió en 1992, cuando la pregunta era absolutamente concreta (no le preguntaron nada sobre la moneda y, por lo tanto, no pudo pronunciarse), en este caso sí habría podido. Les recuerdo que la tercera pregunta que le formula el Gobierno es la suficiencia o no del artículo 93 de la CE a los efectos de la prestación del consentimiento. Eso abría la puerta al Tribunal para haber examinado cualquier precepto de la Constitución Europea, y no lo ha hecho. Es cierto, y eso debe decirse en descargo de nuestro Alto Tribunal, que las circunstancias en las cuales ha tenido que pronunciarse ciertamente no han sido las mejores. No es

Copyright © IUEE (2005)

cómodo, por decirlo levemente, tener que enjuiciar un tratado que instituye una Constitución cuando el Gobierno que a uno le consulta ha anunciado ya la convocatoria de un referéndum para que el cuerpo electoral se pronuncie sobre esa nueva Constitución. Creo sinceramente que la posición de nuestro TC no era una posición cómoda. Dicho esto, creo que nuestro TC nunca ha sido especialmente sensible a los temas europeos. La famosa sentencia 58/2004 del mes de abril de este año es un ejemplo más. Es verdad que por fin el TC ha dicho que los jueces, en el caso de autos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no pueden inaplicar leyes nacionales so pretexto de que son contrarias a directivas comunitarias sin plantear la correspondiente cuestión pre-judicial al Tribunal de Justicia. Pero añade el Tribunal, o plantearnos cuestiones de inconstitucionalidad a nosotros mismos, equiparando así una vía con otra, lo cual demuestra una escasa sensibilidad hacia los temas europeos. Muchas gracias.