

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa (comentario a la declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre)

### 1. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una declaración sobre la conformidad entre la Constitución española (CE) y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE). Esta declaración, que es la segunda emitida en esta vía por el 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 Cons-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

titucional 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 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 20 de febrero de 2005<sup>1</sup> (referéndum formalmente convocado por real decreto 5/2005, de 14 de 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 Unión—,<sup>2</sup> si bien los trámites de este proceso de reforma dilata-

---

<sup>1</sup> Posteriormente, como es sabido, el referéndum consultivo se celebró efectivamente el 20 de febrero con un resultado favorable a la ratificación, y esta fue autorizada por ley orgánica 1/2005, de 20 de mayo. En síntesis, los resultados del referéndum fueron: 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%).

<sup>2</sup> Incluso quizá con la mención expresa de la Constitución europea, según se desprende del discurso de investidura del actual presidente del Gobierno,

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

rían 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 bien, 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 la 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 solo consultivo y ni siquiera necesario jurídicamente para esa ratificación posterior—, sino 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 referéndum,<sup>3</sup> este 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<sup>4</sup>

---

*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 2, 15 de abril de 2004, pp. 18-19.

<sup>3</sup> 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 aún no estaba formalmente convocado.

<sup>4</sup> 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 principal-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

—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 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 1/2004. 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 el último tema, y aun este es lo suficientemente amplio y complejo como para que el 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 el 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, procedemos a continuación a desarrollar.

---

mente se incardina el principio de supremacía de esta, el procedimiento de reforma de esta habría de ser el agravado.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

### 2. JERARQUÍA Y COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: EL CASO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La Constitución española de 1978 supuso un importante cambio en el sistema de fuentes, no solo 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. Este no aparece expresamente mencionado en la norma fundamental, pero parece pacífica la idea de que puede deducirse de la misma (entre otros, arts. 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 supuestos.<sup>5</sup> 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 autonómicas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> En este último supuesto podrían establecerse matices, en particular en los casos en que el reparto competencial se base en el esquema bases-desarro-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

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 artículos 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental<sup>7</sup> —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 del “rango de ley” pueden distinguirse, al menos, los ámbitos competenciales propios de las leyes orgánicas, leyes ordinarias,<sup>8</sup> leyes

---

llo, 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

autónomas, y reglamentos parlamentarios, debiendo señalarse también, entre las primeras, el ámbito y las peculiaridades propias de los estatutos de autonomía.

Sin embargo, como antes apuntábamos, existen también no pocas incertidumbres o dudas derivadas de la ordenación constitucional del sistema de fuentes. Ahora solo nos interesa destacar, entre ellas, la relativa a los tratados internacionales y a su posición en el sistema de fuentes. Al respecto, la Constitución señala (art. 96.1) que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, añadiendo que “sus disposiciones solo 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 artículo 95 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 internacionales.<sup>9</sup> 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 este sobre los derechos internos y su prevalencia en caso de conflicto.<sup>10</sup> Pero incluso desde la perspectiva constitucional española que ahora nos ocupa, la doctrina no es pacífica a la hora

---

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 1.

<sup>10</sup> 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 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.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

de ubicar el derecho internacional dentro del 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 esta la que ha de reformarse, en caso de conflicto, para adaptarse al tratado internacional. Pero la mayoría de la doctrina y, como se ha 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 que 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 solo cuando esa regulación se produce, y solo 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 el sistema de fuentes:

1. Parece fuera de toda duda que la CE prevalece sobre los tratados internacionales y tiene superior rango jerárquico a estos. 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, esta es obra del poder constituyente, que es el pueblo español, único soberano, de manera que todos los demás poderes son derivados de este 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 esta, que correctamente interpreta-



## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

do 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 la norma fundamental, los tratados tienen un rango inferior a ella misma.

2. Sin embargo, es preciso reconocer las peculiaridades jurídicas de los tratados internacionales. Estos no solo 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 de la CE: ya que la Constitución prevalece indudablemente sobre los tratados internacionales, pero estos 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 te-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

niendo 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 el 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 de la CE reconoce que las disposiciones de los tratados “solo 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 esta. 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.<sup>11</sup> 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 esta, pero no a la inversa. Por tanto, creo que puede afirmarse que los tratados internacionales prevalecen sobre cualquier otra norma interna.

---

<sup>11</sup> 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.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

### 3. 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 tanto, son aplicables a los mismos las consideraciones realizadas hasta ahora.

Dichos tratados serán sustituidos por la nueva Constitución europea cuando esta entre en vigor —en caso de que efectivamente llegue a hacerlo—. Sobre la naturaleza de esta 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 Estados miembros, que han de ratificarlo.<sup>12</sup> Desde la perspec-

---

<sup>12</sup> No procede en el contexto de este trabajo entrar a analizar exhaustivamente esta compleja cuestión. Solo 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 la 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 esta, 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 estos intervengan los respectivos “pueblos”, directamente a través de referéndum, o mediante sus representantes parlamentarios. Desde esta perspectiva, la Constitución aparece

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

tiva del sistema constitucional español, se trataría de un tratado encuadrable en el artículo 93 de la 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 esta.

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. Estas, 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 1964.<sup>13</sup> Este principio de primacía es el que ahora viene

---

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 estos, respectivamente. Sin embargo, una vez que entre en vigor esa norma “constitucional” basada en el derecho internacional, prevalece sobre las normas de los Estados, incluidas sus constituciones. De ahí las dificultades 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 este —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.

<sup>13</sup> Posteriormente, dicho principio se ha reiterado en las ya “clásicas” sentencias *Simmenthal*, 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.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

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 esta 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 prevalece, por tanto, en todo caso, frente a cualesquiera otras, incluyendo las normas del derecho de la Unión. Entre estas, 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 este 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, 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 esta. 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 estas 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 aquel, 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

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

dar una respuesta armónica a la cuestión de qué Constitución prevalecerá en caso de conflicto.

### 4. 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 la CE, y es compatible con esta, y
2. el artículo 93 de la CE fundamenta el reconocimiento en el sistema español de dicha primacía en el ámbito de las competencias de la Unión, que son en definitiva las “competencias derivadas de la Constitución” que dicho artículo 93 permita atribuir a una organización internacional.

En mi muy humilde opinión, ambos “pilares” de la fundamentación son endeble 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.

#### 4.1. La distinción entre “primacía” y “supremacía”

Al analizar el posible conflicto entre el artículo I-6 del TCE y el principio de supremacía de la CE (derivado este, 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. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. 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...” (las cursivas son mías)

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 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 al derecho español una vez que España se adhirió a los tratados de la Comunidad en virtud del procedimiento del artículo 93 de la CE, eso no implicaría, en sí mismo, que dicho principio no pudiera colisionar con dicha 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 defi-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

nición 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 esta 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 este sobre la CE, y más bien, buena parte de las decisiones anteriores que expresamente cita el Tribunal vienen a apuntar precisamente la supremacía de la CE 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.<sup>14</sup> La única vez en que el Tri-

---

<sup>14</sup> 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 “[n]o significa que por mor del artículo 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 “[L]a 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 “[e]n 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 este tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución. [...]”; 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,



## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

bunal 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 esta 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 se comenta 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 la CE. Y el Tribunal, como se ha indicado, trata de resolver la cuestión armonizando el principio de primacía con la supremacía de la norma fundamental española, ubicando esta 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

---

que se limita a reiterar la primacía del derecho comunitario y a extraer como consecuencia que “[u]na 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 esta 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 “[e]l Tratado de la Comunidad Europea —y concretamente, en este caso, su art. 234— forma parte del Ordenamiento interno”, añade que “[e]n 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 “[L]o 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 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.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

jerárquica sobre cualquier otra norma, mientras que la primacía del derecho europeo solo supone capacidad de desplazar la aplicación de cualquier norma, dentro del ámbito competencial propio de la Unión, y esta no es incompatible con la supremacía constitucional, ya que viene a estar indirectamente admitida por la norma fundamental española en su artículo 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 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 aquella 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

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

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 aquellos 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 este 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 artículo 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 respecto a 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 artículo I-6 del 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 esta”. 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 compe-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

tenciales 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”.<sup>15</sup> Además, esa extensión del ámbito competencial de la Constitución europea es un hecho, por cuanto esta ha recogido en la práctica la 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 TCE.<sup>16</sup> En suma, en lo que se refiere a la Constitución europea, es prácticamente imposible la aplicación de la limitación del principio de primacía al ámbito competencial de la Unión.

Por ello, podría decirse que en caso de conflicto entre la Constitución europea y la española, desde la perspectiva de la primera es ella la que prevalece, mientras que desde la perspectiva de la Constitución española, la misma aparece como superior a la europea, cuyo rango es el de un tratado internacional.

3. En fin, sí parece cierto que la única manera de “exceptuar” el principio de supremacía de la Constitución espa-

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 estarán vinculadas, en materia de derechos fundamentales, tanto por la CE como por el TCE.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

ñaola es la previsión de esa limitación en la propia norma suprema del Estado español. En este sentido, coincidiría con la argumentación del Tribunal Constitucional, pero a mi juicio esa previsión debería ser expresa y cierta, y no parece claro que el artículo 93 de la CE cumpla esos requisitos ni sea precepto apto para permitir exceptuar ese principio de supremacía de la Constitución. Lo que me conduce al punto siguiente, que es, a mi juicio, el otro gran “pilar débil” de la argumentación del supremo intérprete de la CE.

### 4.2. El alcance y significado del artículo 93 de la Constitución española

Con independencia del sentido que se dé al principio de primacía del derecho de la Unión, lo cierto es que este supone una excepción al principio de supremacía de la Constitución española. En efecto, la supremacía de la Constitución implica una superioridad jerárquica que no admite en modo alguno ni la nulidad, ni la inaplicación ni el desplazamiento de sus artículos por otra norma, ya sea porque esta se considerase jerárquicamente superior, ya porque se entienda que esa otra norma es de aplicación prevalente dentro de un ámbito material. Cualquier posible excepción a este principio solo podría admitirse si es la propia Constitución la que la prevé. Como ya hemos visto, el propio Tribunal Constitucional reconoce que la supremacía implica en principio también primacía, salvo que la misma norma suprema prevea su propio desplazamiento o inaplicación, que es lo que hace a su juicio el artículo 93 de la CE.

Este precepto y su interpretación se convierten así en el otro aspecto nuclear de la cuestión, y sobre el mismo centra buena parte de su argumentación el Tribunal, así como los votos particulares. Al respecto, el Tribunal señala que “el artículo 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las comunidades europeas” y, recordando lo ya afirmado en la declaración 1/1992, añade que “dicho precepto no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el título X de la Constitución Espa-

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

ñola. Pero sí es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, modulándose así, por tanto, como reconocimos en aquella declaración, el ámbito de aplicación y ordenación del ejercicio de las competencias cedidas”. A continuación, el Tribunal apunta que el artículo 93 es el soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el español, de manera que la cesión del ejercicio de competencias y la consiguiente integración del derecho comunitario imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado. Pero lo más llamativo son las líneas dedicadas a señalar cuáles son, a su vez, los límites de esa cesión:

Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis.<sup>17</sup>

En síntesis, el Tribunal considera que el artículo 93 de la Constitución es cauce adecuado para establecer límites a la soberanía y al propio principio de supremacía constitucional a través de la integración de otros ordenamientos, pero señala que esos límites tienen a su vez el límite del respeto a la propia soberanía del Estado y a los principios y valores fundamentales de la Constitución. A continuación, el Tribunal comprueba que el derecho de la Unión se fundamenta en similares valores y principios que nuestro sistema constitucional, ya que aquel se construye sobre los valores comunes de las constituciones de los Estados miembros y sus tradiciones constitucionales, y que la Constitución europea es además respetuosa con la soberanía de los Estados, pues siempre está abierto el procedimiento de “retirada voluntaria” del ar-

---

<sup>17</sup> Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

título I-60 del Tratado, de tal manera que “las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”.<sup>18</sup>

Pero este razonamiento es, en mi modesto criterio, susceptible de algunas críticas:

1. En primer lugar, lo afirmado en esta sentencia constituye un flagrante abandono de la jurisprudencia establecida en la anterior declaración 1/1992, que fue la primera emitida por esta vía y aparentemente había sentado las bases constitucionales para interpretar el artículo 93 de la norma suprema española. Este abandono se produce sin que el Tribunal lo reconozca o justifique expresamente, limitándose a apuntar que la declaración 1/1992 “se situaba en unas coordenadas precisas [...], siendo en esas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual...”. Conviene recordar, en todo caso, las ideas fundamentales contenidas en aquella declaración:

El art. 93 permite atribuciones o cesiones para “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” y su actualización comportará —ha comportado ya— una determinada limitación o restricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de “derechos soberanos”, en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso *Costa vs. ENEL*, sentencia de 15 de julio de 1964).

[...]

Por lo demás, tampoco el art. 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales.

[...]

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, FJ 3.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

Que lo primero es como queda dicho no requiere ahora argumentación muy prolija, pues el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas *quoad exercitium*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93.

[...]

En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X.<sup>19</sup>

En suma, el Tribunal Constitucional dijo en 1992 que el artículo 93 constitucional permite atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución española, lo que desde luego supone un límite a la soberanía del Estado, pero las normas derivadas de esa atribución tienen a su vez, como límite, el propio texto constitucional español. En diciembre de 2004, en cambio, el Tribunal incide en que el artículo 93 permite integrar otros ordenamientos en el nacional, y señala como único límite de esos ordenamientos el respeto a la soberanía y a los valores y principios fundamentales de la Constitución española. Hay un enorme salto cualitativo entre una y otra decisión: si para la primera, el límite constitucional del derecho comunitario es todo el texto de la norma fundamental —salvo en lo que se refiere al ejercicio de competencias, que se pueden atribuir a la Unión—, para la segunda, dicho límite está constituido solo por la soberanía del Estado —que puede verse limitada, pero no desaparecer— y los valores y principios fundamentales de la Constitución, es decir, no todo el texto de esta.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.

<sup>20</sup> Conviene apuntar que existe otra contradicción entre las dos declaraciones comentadas, que si bien se refiere al orden de análisis de las cuestiones, no está exenta de relevancia. En efecto, la declaración de 1992, alterando el



## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

2. Por otro lado, parece difícil conciliar la justificación ofrecida por el Tribunal Constitucional con el hecho de que el artículo 93 se refiere solo a la posibilidad de que, mediante ciertos tratados, se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. De esta dicción parece difícil extraer la consecuencia de que las normas emanadas de dicha organización no tengan más límite constitucional que el de la soberanía del Estado y los principios y valores fundamentales. Lo único que expresamente permite el mencionado precepto es la atribución del ejercicio de competencias constitucionales a organismos internacionales y, por tanto, solo cabe admitir por esta vía una cierta modificación de las atribuciones competenciales realizadas en nuestra norma suprema. Como señala uno de los votos particulares, la habilitación contenida en el artículo 93 permitiría exclusivamente una modificación estrictamente subjetiva del ejercicio de competencias, pero no cualquier contradicción con el texto constitucional: “las atribuciones de competencias hechas en la Constitución quedan desplazadas por las hechas en el Tratado, de suerte que serán ejercidas por otros sujetos, pero no hay más desplazamiento de la Constitución que el que acaba de indicarse”.<sup>21</sup> Otro entendimiento supondría una interpretación extensiva contraria a la literalidad del artículo, y que difícilmente podría tener cabida cuando la misma conduce

---

orden de las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado, entra a pronunciarse sobre la adecuación del art. 93 para la ratificación del Tratado, después de analizar la constitucionalidad del precepto del mismo que puede entrar en contradicción con la CE, y ello porque considera que la posible existencia de contradicción entre el artículo del tratado y la Constitución es “la primera cuestión, decisiva y nuclear”, ya que solo en el supuesto de que existiera contradicción cabe plantearse si el art. 93 permite ratificar el tratado eludiendo la reforma constitucional (FJ 2). En cambio, en la declaración de 2004, aunque la primera cuestión planteada por el Abogado del Estado era la posible contradicción entre ambos textos, el Tribunal prefiere comenzar de hecho refiriéndose al sentido del art. 93 de la Constitución, analizando después esas posibles contradicciones, de tal manera que, cuando llega al fundamento en el que debe responder a la cuestión de la adecuación del art. 93 para ratificar el Tratado, se limita a señalar que la suficiencia del art. 93 para la ratificación “prácticamente ha quedado afirmada en los fundamentos jurídicos que preceden”.

<sup>21</sup> Voto particular de Javier Delgado Barrio a la declaración 1/2004, 2.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

a una excepción del principio de supremacía constitucional, no aceptada siquiera de forma implícita por la norma suprema.<sup>22</sup>

3. Una consideración del artículo 93 desde el punto de vista procedimental refuerza la idea de que el mismo no permite en modo alguno que las normas resultantes de la atribución del ejercicio de competencias constitucionales puedan modificar la Constitución misma. Hay que tener en cuenta que el artículo 93 exige previa autorización por ley orgánica para la ratificación de este tipo de tratados, y si se admitiera que los mismos o las normas resultantes de las instituciones en ellos reguladas pueden contradecir la Constitución, se estaría permitiendo una especie de reforma implícita de la norma suprema que, saltándose los trámites previstos en los artículos 167 y 168, tendría como única habilitación una ley que solo requiere la aprobación por mayoría absoluta del Congreso.<sup>23</sup>

Ciertamente, otros sistemas constitucionales se han reformado para permitir la ratificación de las sucesivas reformas de los tratados de la Unión, incorporando estos al ordenamiento interno aunque pudieran contradecir el texto constitucional, pero debiendo seguirse para esa ratificación un procedimiento equiparable al de la reforma constitucional. Tal es, a grandes rasgos, el caso alemán, tras la modificación en 1992 del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn. Aparentemente, el Tribunal Constitucional ha querido implantar en el sistema español una solución que recuerda a la alemana, pero con una diferencia que no es precisamente de matiz: la CE no permite en modo alguno esa vía de “reforma implícita” ni se ha procedido a su modificación para incorporar una solución de ese tipo. Por tanto, no parece aceptable que el artículo 93 se utilice para justificar esa modificación implícita de la Constitución.

---

<sup>22</sup> Un poco más adelante, el voto particular mencionado se pregunta: “¿realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del derecho comunitario no solo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma? Y, ya en otro sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?, respondiendo de forma negativa a ambas cuestiones.

<sup>23</sup> En esta línea, por ejemplo, el voto particular de Ramón Rodríguez Arribas, punto 4.

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

### 5. CONCLUSIONES

La cuestión de la articulación entre el derecho de la Unión Europea y la Constitución española, que había sido desde hace tiempo objeto de un cierto debate doctrinal, no se había planteado anteriormente ante el Tribunal Constitucional. Este se había limitado, en su jurisprudencia anterior, a reconocer los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario, pero a diferencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad, el supremo intérprete de la Constitución parecía entender que esa primacía no se producía sobre las normas constitucionales. Y en la única ocasión en que tuvo que enfrentarse a una posible contradicción entre el Tratado de la Unión y la Constitución española, resolvió afirmando la superioridad de esta.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de la Unión, el principio de primacía supone en la práctica el desplazamiento de cualquier norma estatal, incluida la Constitución, cuando esta entre en conflicto con el derecho europeo. Existe, por tanto, una contradicción en cuanto al sistema de fuentes entre el derecho europeo y la Constitución española. Se trata de una contradicción de difícil solución y prácticamente insoluble en caso de producirse entre la Constitución europea y la española, ya que ambas están indudablemente basadas en un principio, según el cual prevalecerán sobre la otra. De esta forma, solo la reforma de la Constitución española permitiría armonizar ambos principios, por la vía de exceptuar la supremacía constitucional en ciertos supuestos y con el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones. En esta línea se había manifestado una parte significativa de la doctrina, incluso desde antes de la adopción de la Constitución europea.

En este contexto, y poco antes de celebrarse en España el referéndum sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al Tribunal Constitucional le llega directamente esta cuestión por iniciativa del Gobierno, que siguiendo en este aspecto la sugerencia del Consejo de Estado, planteó requerimiento sobre la constitucionalidad del TCE. Creo que jurídicamente esta ocasión debiera haber conllevado la exigencia de reforma de la Constitución para ratificar el Tratado.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

Sin embargo, el Tribunal ha salvado la constitucionalidad del tratado constitucional, basándose fundamentalmente en dos ideas: 1. el artículo 93 permite la incorporación al ordenamiento español de las normas europeas, siempre que las mismas no hagan desaparecer la soberanía del Estado ni contradigan los valores y principios fundamentales de la Constitución —lo que implica que sí pueden ser contrarias a los preceptos de esta si no chocan con esos valores esenciales—, y 2. el principio de primacía es compatible con la supremacía de la Constitución española, pues aquel solo implica el desplazamiento e inaplicación de las normas de derecho interno dentro del ámbito de competencias de la Unión.

A mi juicio, ambos fundamentos resultan poco sólidos. El primero, porque contradice la literalidad del artículo 93, que solo permite atribuir el ejercicio de competencias pero no alterar la propia Constitución obviando el proceso de reforma; el segundo, porque la distinción entre primacía y supremacía basada en la diferencia entre inaplicación-invalidez de las normas contradictorias, aparte de demasiado sutil y artificiosa, no aporta fundamentos para entender que la primacía no supone en realidad una prevalencia o superioridad jerárquica incompatible con la supremacía de la otra norma.

Como resultado, nos encontramos con que una norma suprema (CE) que no prevé expresamente excepciones a esa supremacía, puede ceder en su aplicación y verse desplazada por otra norma (TCE) que, desde la perspectiva de la CE, es jerárquicamente inferior dado su carácter de tratado internacional. Y, por el otro lado, encontramos que el TCE autoproclama su primacía, reconocida por todos, pero desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español es de rango inferior a una de las normas sobre la cual prima (CE). Por lo demás, si hemos de seguir la interpretación del Tribunal Constitucional, en la práctica la CE permite su reforma implícita por una norma de rango inferior (el TCE).

¿Qué deben hacer en el futuro los jueces y tribunales que encuentren una contradicción entre la CE y el derecho de la Unión? En particular, y aunque es evidente que CE y TCE comparten sus valores fundamentales, no cabe descartar nuevas contradicciones concretas entre sus artículos. Es verdad que el TC ha di-

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

cho que la primacía se circunscribe al ámbito competencial de la Unión, pero también es cierto que ese criterio, válido aunque no exento de dificultades para el derecho derivado, es inaplicable al TCE. Ninguna de las dos constituciones está sometida a ningún límite material en su contenido. ¿Qué hará, por tanto, en tal hipótesis el órgano jurisdiccional? Según lo dispuesto en la CE, deberían someter al TC la cuestión de inconstitucionalidad sobre el TCE, que es un tratado internacional. Pero de acuerdo con el TCE, deberían inaplicar la CE —planteando, en los casos en que sea necesaria, la cuestión prejudicial al TJCE—. Claro que, si se extraen plenamente las consecuencias de esta declaración, en realidad el TCE puede modificar implícitamente la CE, con lo que acaso la balanza se incline por inaplicar directamente la CE en cualquier caso. Pero ¿realmente hay fundamento jurídico suficiente para que un juez deje de aplicar la norma suprema del ordenamiento?

Se ha perdido una oportunidad para reconocer que la reforma de la Constitución española era jurídicamente necesaria si se quería ratificar el Tratado de la Constitución europea. Solo cabe esperar que esa reforma se produzca en todo caso y sea acertada, si ya no por razones de necesidad, sí al menos por motivos de muy elevada conveniencia.

### 6. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía existente en las diversas doctrinas europeas sobre las relaciones entre el derecho de la Unión y los ordenamientos de los Estados miembros, y sobre los principios de primacía y efecto directo de aquel, es muy amplia y no sería posible ni tendría sentido citarla aquí. Me limitaré, por tanto, a dar una breve orientación de los trabajos más destacados que han abordado específicamente la relación entre los tratados de la Unión y la CE, y en particular la reciente bibliografía sobre las relaciones entre Constitución europea y Constitución española.

AA.VV., *Teoría y realidad constitucional*, núm 15, 2005, monográfico sobre “El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”.

## DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD: VIOLACIONES POR ACCIÓN...

---

- Alegre Martínez, M. A., “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1993.
- Alguacil González-Aurioles, J., “Las fuentes del derecho en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005.
- Álvarez Conde, E., y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- Astola Madariaga, J., “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del derecho comunitario”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002.
- Cascajo Castro, J. L., “Constitución y derecho constitucional en la Unión Europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005.
- Cruz Villalón, P., “Constitución europea y constituciones nacionales”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- Díez-Picazo, L. M., “¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- , “Constitución española e integración europea”, en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- Donaire Villa, J., “El tratado de Ámsterdam y la Constitución”, en Espín, E. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- López Basaguren, A., “Constitución y Unión Europea: aporías en la integración”, en García Herrera, M. A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.
- López Castillo, A., *Constitución e integración*, Madrid, CEC, 1996.
- Llopis Carrasco, R. M., “Las limitaciones del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de los tratados

## Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa...

---

- internacionales: una mirada a la construcción europea”, en Espín, E. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Ortiz Vaamonde, S., “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.
- Pérez Tremps, P., “Constitución española y Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.
- , “La Constitución española ante la Constitución europea”, en Albertí Rovira, E. (dir.), *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- , *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1998.
- Rubio Llorente, F., “La Constitución española y el Tratado de Maastricht”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.
- Tajadura Tejada, J., “La crisis de la Constitución en el proceso de integración europea”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002.