

**EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO
SOBRE EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE
UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA
(DICTAMEN 2.544/2004, DE 21 DE OCTUBRE)**

ÁUREA ROLDÁN MARTÍN

1. Cuatro semanas antes de la firma por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea en Roma, el 29 de octubre de 2004, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, su texto fue remitido al Consejo de Estado para que evacuara el correspondiente dictamen.

El artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, prescribe la consulta a su Comisión Permanente «en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado». Y apelando a dicha competencia, expresa y únicamente, el Gobierno efectuó la petición de dictamen.

En este caso la consulta se formuló inusualmente antes de la firma del Tratado y no, como suele ser habitual y en todo caso obligado, justo antes de la fase de conclusión definitiva, esto es, una vez adoptado el texto y con carácter previo inmediato a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente. Nada obstaba a una consulta en tal estadio tanto a tenor de la redacción del supuesto legal que establece la competencia del Consejo de Estado —que no fija el momento exacto en que «con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado» haya de pronunciarse— como de su propia doctrina —que exige que el texto que se le someta a estos efectos esté fijado definitivamente—. La razón de tal proceder

fue que se pretendía contar con el dictamen del Consejo de Estado antes de la autorización de la firma al Presidente del Gobierno por el Consejo de Ministros, autorización asimismo no exigida legalmente ni frecuente en cuanto a su otorgamiento para la firma de otros convenios pero considerada conveniente y tramitada en este caso en atención a la trascendencia del nuevo documento.

Aunque la denominación simplificada en el lenguaje común del Tratado de referencia ponga el énfasis en su contenido (la «Constitución europea») y aun existiendo ciertamente no sólo en su vocación sino en su contenido —tanto por lo que se refiere a la parte dogmática como a la orgánica— rasgos de naturaleza constitucional, es indudable que su origen primario y su base son convencionales. Sin entrar en el debate sobre la genuina naturaleza constitucional¹ de la norma objeto del expediente, el dictamen partía de —y se centró en— la premisa cierta e incontestable, fundamento de la consulta al Consejo, que el Instrumento sometido a consulta es un Tratado internacional, para cuya entrada en vigor el artículo IV-447 requiere que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación ante el Gobierno de la República Italiana, estando prevista para el 1 de noviembre de 2006 si se cumple la referida condición o, en otro caso, para el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad (todo ello sin perjuicio de los efectos potenciales de la cláusula que introduce la Declaración anexa n.º 30, relativa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en cuya virtud «la Conferencia hace constar que si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, las cuatro quintas partes de los Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión»). De otro lado y en sentido congruente, su modificación requiere la ratificación por todos los Estados miembros (artículo IV-443, relativo al procedimiento de revisión ordinario).

«Como ha expresado la Memoria del Consejo de Estado de 2003, es, “en cuanto a la forma, un texto escrito único, simplificador de los diferentes tratados anteriores, racionalizador de las doctrinas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con pretensiones de primacía jurisdiccionalmente garanti-

¹ No deja de ser curioso observar —y eventualmente valorar en cuanto a su real significado, alcance y pretensiones— el título final oficial de la norma, decantado tras una evolución en la que se manejaron otras fórmulas, que la definitiva se refiera a «una» (y no «la») Constitución para «Europa» (y no para la «Unión Europea»).

zada y de estabilidad asegurada con una cierta rigidez en cuanto a su reforma se refiere. Y, por lo que hace al fondo, un texto destinado a definir los valores de la Unión, a regular sus instituciones, a precisar las competencias y (...) a garantizar, con mayor o menor grado de eficacia, un catálogo de derechos a los ciudadanos europeos tal como esta categoría fue formulada en el Tratado de Niza". En una palabra, un texto que, cualquiera que sea su nombre, puede calificarse recurriendo a la categoría doctrinal del llamado "tratado de integración supranacional".»

Conviene en este apartado preliminar de precisiones hacer también alguna reflexión sobre el significado y alcance del pronunciamiento del Consejo de Estado en el ejercicio de su función preceptiva respecto de los tratados o convenios internacionales. De conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980 antes citado, la finalidad de la consulta consiste en calificar el tratado o convenio a los efectos de señalar cuál sea el procedimiento a observar en cuanto a su tramitación ante las Cortes Generales. Esto significa determinar en cuál de los supuestos regulados en los artículos 93, 94.1 o 94.2 de la Constitución queda comprendido el tratado y, en consecuencia, si procede la autorización de su celebración mediante ley orgánica o a través de la autorización ordinaria de las Cortes Generales o bien si no es precisa autorización previa a la conclusión sino sólo que Congreso y Senado sean inmediatamente informados de ésta.

Naturalmente, en conexión sistemática y material insoslayable con dichos preceptos se halla lo dispuesto en el artículo 95 de la propia Constitución en cuanto a exigencias (apartado 1) o posibilidades (apartado 2) que conciernen la perfecta conclusión de un tratado por parte del Estado. En tal sentido el ejercicio pleno de la labor consultiva por el Consejo de Estado, orientada a ofrecer un consejo al Gobierno en trance de formar su voluntad respecto de la celebración de un tratado internacional, no puede obviar una cabal consideración de lo dispuesto en tal precepto. El propio artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980 habilita al Consejo de Estado y le prescribe que, en el ejercicio de la función consultiva, «velará por la observancia de la Constitución» y del resto del ordenamiento jurídico. Dicho lo cual, sin embargo, hay que precisar que el análisis de un tratado a la luz del artículo 95 de la Constitución no puede confundirse con una suerte de «control previo de constitucionalidad»² por parte del Con-

² Al modo en que corresponde, por ejemplo, al *Conseil constitutionnel* en Francia. Precisamente, dicho órgano fue requerido por el Presidente de la República el mismo día de la firma del Tratado, el 29 de octubre de 2004, para que se pronunciara sobre

sejo de Estado ni es exigible de éste un juicio cerrado y decisivo sobre tal cuestión³. Por lo demás, la obligación de una revisión constitucional previa a la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución (*ex* artículo 95.1) opera sobre un doble presupuesto, ninguna de cuyas bases cae dentro de las facultades del Consejo de Estado: a) la eventual declaración de la inconstitucionalidad concurrente y b) la iniciativa de reforma por parte de alguno de los órganos legitimados al respecto. De otro lado, la opción de requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción (artículo 95.2) sólo pertenece al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras. La función del Consejo en este punto no es más —ni menos— que la de ofrecer a la autoridad consultante argumentos de derecho que le asistan en la formación de su criterio en cuanto a la adopción de las decisiones que le competen a tenor del artículo 95 de la Constitución.

2. Desde las premisas indicadas, el dictamen 2.544/2004, de 21 de octubre, se plantea en primer lugar la vía idónea para la tramitación parlamentaria del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Tras recordarse que la orientación internacionalista de la Constitución alcanza su máxima intensidad en su artículo 93 y que el legislador constitucional tenía la mente puesta en la eventual adhesión de España a las Comunidades Europeas al redactar dicho artículo, se subraya que éste no se agotó con la adhesión sino que ha conservado su virtualidad para sucesivas aperturas del ordenamiento español al Derecho comunitario (y así, en su virtud, se procedió a la ratificación por España del Acta Única Europea, de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza y de los Tratados de adhesión de otros Estados miembros posteriores al de España). Así se afirma:

«la cuestión de saber si la autorización para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa... debe ser precedido de una revisión de la Constitución».

³ De forma análoga a lo que ocurre en el ejercicio de otra competencia —la prevista en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica 3/1980—, ésta incluso vinculada de forma más inmediata con la realización de juicios de constitucionalidad por cuanto se refiere a las consultas preceptivas en relación con la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, en tales casos el pronunciamiento del Consejo de Estado se ciñe a determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes —examinando críticamente los que esgrime la Autoridad consultante o aportando otros— para interponer o mantener el recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias pero no a determinar de forma concluyente si, a su juicio, concurre propiamente el vicio de inconstitucionalidad.

«Resulta pues claro —como se dijo en el dictamen 5.072/97— que, en principio, el artículo 93 de la Constitución es “la vía específica cualificada e idónea para que España vaya cubriendo las diversas etapas de la construcción europea, de cuya naturaleza evolutiva era, sin duda, consciente el legislador constitucional”. Así se deriva de su naturaleza en cuanto cláusula mediante la que, a través de un mecanismo *ad hoc* previsto por la propia Constitución, se permite verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión o a las Comunidades Europeas. Desde este punto de vista ha de analizarse el significado del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en el proceso de construcción europea.»

Una somera exégesis del precepto destaca en todo caso algunos límites a la posibilidad de que la autorización *ex* artículo 93 CE se pueda otorgar:

«En primer lugar, la atribución lo es del ejercicio de competencias y no de su titularidad como ha destacado el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 (fundamento jurídico 4).»

«En segundo lugar, la atribución está referida a las competencias “derivadas de la Constitución”, lo que comprende el ejercicio de competencias normativas, judiciales o ejecutivas y que supongan la posibilidad de adoptar decisiones, no necesariamente por unanimidad, aplicables a los Estados miembros (...). Como ha dicho el Tribunal Constitucional en la citada Declaración de 1 de julio de 1992, la actuación de esas atribuciones comportará «una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles.»

«En tercer lugar, la atribución lo es “de competencias” y no de “las” competencias, al haber prosperado una enmienda relativa a la supresión del artículo plural femenino en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, aceptada por todos (Diario de Sesiones de 6 de junio de 1978). De dicha expresión, “competencias”, resulta que no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias.»

El Tratado objeto de consulta es contrastado en su dimensión y alcance competencial con los límites indicados a los efectos de argumentar sobre la adecuación y suficiencia del procedimiento previsto en el artículo 93 CE para autorizar su ratificación. Así, que la atribución funcional que implicará lo es del ejercicio de competencias y no de su titularidad se extrae del carácter revocable o recuperable de la cesión a través del procedimiento previsto —como nove-

dad expresa respecto de los anteriores Tratados comunitarios— en el artículo I-60 del Tratado, relativo a la retirada voluntaria de la Unión. Que la atribución que en su virtud tendrá lugar se refiere a competencias “derivadas de la Constitución” y que dicha atribución no es global se deduce del propio Tratado cuando en el apartado 1 del artículo I-5 declara el respeto por la Unión de la «identidad nacional» de los Estados miembros, «inherente» a sus «estructuras fundamentales políticas y constitucionales» (también «en lo referente a la autonomía local y regional») y el respeto de «las funciones esenciales del Estado» con formulación en su apartado 2 del principio de cooperación leal.

No obstante lo anterior, desde luego el dictamen no soslaya el hecho de que «el alcance del grado de determinación de las competencias que se atribuyen a la Unión ha suscitado, empero, algunas dudas». Tales dudas se desprenden de las características mismas del sistema competencial de la Unión, basado en un método finalista de atribución de competencias cuyo alcance se determina en función de los objetivos a realizar (de modo que puede apreciarse una cierta correlación entre las misiones a conseguir, las acciones previstas para lograrlas y los instrumentos de actuación habilitados para ello) y caracterizado en su aplicación dinámica por su progresividad, casuismo y complejidad. Notas éstas que han sido desarrolladas y profundizadas incluso por mecanismos como la cláusula de imprevisión del artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (originario artículo 235) o por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del principio de efectividad o de las doctrinas del paralelismo entre competencias internas y externas de la Comunidad y del reconocimiento del carácter dinámico del ordenamiento comunitario.

Pero, precisamente, frente al germen de potencial transferencia indeterminada de poderes ínsito en los vigentes principios y doctrinas, el Consejo de Estado advierte en el nuevo Tratado reglas de mayor determinación y autorrestricción en las competencias —o en el alcance de éstas, según los casos— que se atribuyen a la Unión Europea. Como exponente de estas novedades se destacan los siguientes puntos:

«El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha procedido a una profunda revisión de la formulación de las competencias de la Unión para dotarla de una mayor coherencia, racionalidad y claridad. Expresa los principios rectores del reparto de poderes, partiendo del principio general de atribución de competencias para alcanzar los objetivos que determina la Constitución (artículos I-

1 y I-13), y declara que toda competencia no atribuida a la Unión corresponde a los Estados. Clasifica las competencias, simplifica los instrumentos jurídicos de actuación y determina los tipos de actos que deben utilizarse en cada caso y los procedimientos que han de aplicarse.»

«Ha de subrayarse también la presencia en el Tratado de normas competenciales negativas, como la contenida en el artículo II-111 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que declara que tal Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de sus competencias ni crea competencia alguna o misión nueva para la Unión ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución (en un sentido similar el artículo I-9...).»

«... Se recibe por parte del artículo I-18 la cláusula de flexibilidad, que ya figuraba en el artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con la necesidad, ahora, de la previa aprobación del Parlamento Europeo (antes era sólo previa consulta a dicho Parlamento) y con el deber de la Comisión de indicar a los Parlamentos nacionales las propuestas basadas en dicha cláusula, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad y con el límite de que las medidas basadas en dicho artículo I-18 no podrán comportar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando la Constitución excluya tal armonización.»

«... Se recogen también los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, para cuya formulación se acude al supuesto de que la acción no pueda ser emprendida ni el objetivo alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros a nivel central, regional o local; a estos principios se dedica uno de los Protocolos en el que se incrementan notablemente los medios de control por los Parlamentos nacionales (mecanismo de alerta rápida), con la posible intervención de los Parlamentos regionales con competencias legislativas, y se reconoce la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre los recurso por violación del principio de subsidiariedad, permitiendo su interposición al Comité de las Regiones. Todo ello permitirá una mayor operatividad y una aplicación más rigurosa de los citados principios.»

Por tales razones se considera que el nuevo sistema recogido en el Tratado clarifica y precisa el marco competencial de la Unión, reduce en consecuencia el amplio margen de interpretación que los Tratados han permitido hasta ahora y, desde luego, no implica una contradicción *ex novo* de los enunciados de las reglas de atribución ya instituidas y ordenadas entre el ordenamiento comunitario y la Constitución española. En definitiva, si bien no es posible afirmar que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa com-

portará una atribución de competencias *a priori* «determinadas», sí cabe apreciar que a través de él se instituyen reglas para una atribución —más, al menos, por contraste con la situación actual— «determinada» de competencias desde los Estados miembros a la Unión Europea.

La conclusión lógica a que conducen tales razonamientos es clara para el dictamen en lo que hace al procedimiento constitucional apropiado para autorizar la prestación del consentimiento del Estado español para obligarse por dicho Tratado:

«Si anteriormente el sistema de atribución de competencias a las instituciones comunitarias por objetivos y misiones no ha sido óbice en la ratificación para considerar suficiente el procedimiento del artículo 93, con menor motivo habría de serlo ahora a la vista de las razones expuestas.»

3. Una vez examinadas las reglas de atribución competencial del Tratado consultado bajo los parámetros del artículo 93 CE, el dictamen 2.544/2004 pasa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el fin de estudiar su compatibilidad material con los derechos y libertades proclamados en el Título I de la Constitución de 1978. No falta una reflexión inicial sobre la trascendencia de su incorporación como Parte II del Tratado tras el proceso iniciado por la jurisprudencia y formalmente lanzado en Niza en orden a promover el sometimiento de las instituciones europeas al cuerpo de derechos y libertades común a las tradiciones constitucionales de la mayor parte de los Estados miembros y en particular a los recogidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

El significado de los preceptos de la Parte II del Tratado —asimismo desde el punto de vista de su eventual incidencia en cuanto al procedimiento parlamentario previo a la ratificación del Tratado por España— se pondera teniendo en consideración las propias disposiciones de la Carta que delimitan su ámbito de aplicación. El Tratado es en este punto pródigo en disposiciones de autolimitación, y en relación con ellas se destacan los siguientes puntos:

- Según el artículo I-111, «las disposiciones de la (presente) Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión —apartado 1— y «la (presente) Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más

allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución» —apartado 2—.

- Reconoce la equivalencia en todo caso y el carácter de mínimo para el Derecho de la Unión de la protección de los derechos garantizados en el Convenio de Roma así como la obligación de interpretación de los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros reconocidos por la Carta en armonía con las citadas tradiciones (artículo I-112, apartados 3 y 4).
- Impide que las disposiciones de la Carta puedan interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros (artículo II-113).

Sobre tales bases se asientan consideraciones del dictamen como las siguientes:

«... todo ello parece garantizar suficientemente que las disposiciones de la Carta no van a producir colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución española hace de esos derechos y libertades, máxime teniendo en cuenta su artículo 10.2, según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre tales tratados destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a que se refiere la Carta.»

«También resulta equiparable a la configuración de los derechos y libertades de nuestra Constitución la regulación contenida en la Carta acerca del alcance de los límites de los derechos y principios en ella reconocidos.»

«Estas disposiciones no parece que vayan a implicar limitaciones de los derechos y libertades que no resulten lícitas y tolerables desde el punto de vista de la Constitución.»

Aun siendo más y de mayor peso los motivos que el dictamen encuentra a favor de la compatibilidad, no se omite toda cautela o reserva en cuanto a la perfecta coincidencia del contenido de los derechos reconocidos en los distintos planos o, en su caso, a la pacífica delimitación de sus ámbitos de aplicación. Además de los términos en que las opiniones se vierten (en calidad de «parecer»), son varias las apelaciones que se realizan a eventuales dificultades o problemas que en la práctica podrían producirse. Cuando se trata de la presencia en el Tratado de normas competenciales negativas, como la prevista en el artículo II-111, se admite que ello «no estará exento de dificultades por el reconocimiento, en algunos casos, de la posibilidad de políticas activas de la Unión». Pero, sobre todo, es debido a la existencia de tres regímenes o parámetros de tutela de los derechos fundamentales en los Estados miembros (Constitución, Convenio Europeo y Carta) que se estima que, «pese a la garantía del nivel de protección otorgado por las Constituciones nacionales (en su respectivo ámbito de aplicación)», la confluencia de tales círculos «determinará eventualmente un proceso de influencias mutuas no exento de problemas» ante la introducción de un «cierto control “difuso” de adecuación al Derecho comunitario que puede incidir en el monopolio de invalidación de normas con rango de ley que corresponde al Tribunal Constitucional». Por ello se señala que «al Tribunal Constitucional corresponderá aclarar el sentido de la vinculación de la autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derecho y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan».

En lo que hace a la ciudadanía de la Unión regulada en el Tratado (dentro de la Parte I, en el artículo I-10 —aparte y después del artículo dedicado a los «derechos fundamentales»— y, más adelante, en la Parte II, artículos II-99 a II-106 —en este lugar ya dentro de los derechos fundamentales enunciados por la Carta y con algún contenido adicional al recogido en el artículo I-10—), se recuerda por el dictamen que a su contenido básico ya verificó su apertura el ordenamiento español⁴. En cuanto a los nuevos derechos que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye en su contenido (derecho a una buena administración por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y derecho de acceso a los documentos de dichas instituciones, órganos y organismos) se entien-

⁴ Mediante la ratificación del Tratado de Maastricht, previa autorización de las Cortes Generales por la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, que, a su vez, fue precedida de la reforma del artículo 13.2 de la Constitución.

de que «están referidos al ámbito de actuación de los poderes de la Unión y se sitúan en plena consonancia con los derechos de los administrados según las tradiciones constitucionales de los Estados miembros». Lo anterior, unido a la Declaración formulada por España relativa a la definición del término «nacionales»⁵ llevan a considerar que, puesto que la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla ni interferirla en la formulación actual de la Constitución española, «no parece que plantee problemas el acoplamiento de dichas previsiones con el ordenamiento nacional».

4. El siguiente punto del dictamen aborda «si el artículo 95 de la Constitución pudiera vedar —bien que de modo inicial y condicional pero inmediato— la prestación del consentimiento del Estado incluso por la vía del artículo 93». A partir de la interpretación que de dicho artículo, en relación con el 93, realizó la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992⁶ se contrasta el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con la Consti-

⁵ Declaración en términos algo crípticos si es que tiene una virtualidad verdaderamente interpretativa: «España constata que, de conformidad con el artículo I-10 de la Constitución, toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión. España toma nota, asimismo, de que en la situación actual de la integración europea contemplada por la Constitución, únicamente los nacionales de los Estados miembros gozan de los derechos específicos de la ciudadanía europea, salvo si el Derecho de la Unión dispone lo contrario de manera expresa. A este respecto, España subraya por último que, según los artículos I-20 y I-46 de la Constitución, el Parlamento Europeo representa actualmente a los ciudadanos de la Unión».

⁶ «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 *quod exercitium*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93. Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma Fundamental (...), los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X)». Así, cabe «autorizar, mediante Ley Orgánica, la ratificación de tratados que, según quedó dicho, transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por lo tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado. Éste es, sin duda, un efecto previsto por la Constitución y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la colisión textual y directa entre la propia Norma Fundamental y una o varias de las estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis —la de tratado *contra Constitutionem*— ha sido, en definitiva, excluida por el art. 95».

tución española a fin de detectar la eventualidad de algún punto de fricción o de potencial contradicción entre ambos. Y el «fundamental extremo» en el que se considera⁷ que pudiera producirse el conflicto radica en la afirmación del principio de primacía del Derecho comunitario (elevado de principio jurisprudencial a norma positiva por el artículo I-6 del Tratado) y la supremacía de la Constitución (derivada del artículo 9.1 respecto de todo el ordenamiento jurídico y del artículo 95.1 respecto del Derecho internacional), presupuestos existenciales de cada ordenamiento respectivamente. Hay que tener en cuenta que una aceptación estricta y cabal de la cláusula de primacía comunitaria implica la preferencia de toda norma del Derecho de la Unión, cualquiera que sea su fuente y rango, sobre todo el ordenamiento interno de los Estados miembros, incluidas sus normas fundamentales.

El Consejo de Estado percibe, desde luego, elementos que modularían el alcance del artículo I-6 del Tratado, particularmente mediante una interpretación del principio de primacía en conexión con la Declaración anexa relativa a que su incorporación al texto de la Constitución para Europa sólo refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, entendiendo que no se produce ninguna alteración de la situación anterior en relación con el principio de primacía, e integrándola en el marco del respeto por la Unión de la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales (artículo I-V del Tratado).

Pero, a la par, mantiene dudas sobre la inexistencia absoluta de colisión entre las normas señaladas por dos razones:

«En todo caso, lo cierto es que su incorporación (la del principio de primacía como artículo I-6 del Tratado) tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación del principio por vía jurisprudencial —susceptible así de ser aplicado con flexibilidad a través del “diálogo entre jueces”—, si no se quiere desvirtuar la propia eficacia del Tratado.»

«Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el alcance incondicional del principio de la primacía del Derecho comunitario (“Derecho de la Unión” en expresión de la rúbrica del artículo I-6) afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no coincide exactamente con el reconocimiento de tal principio realizado por los

⁷ En congruencia con la Memoria del Consejo de Estado de 2003, en la que ya se habían hecho algunas reflexiones al respecto.

Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, ya que han definido ciertos límites constitucionales a la eficacia de las normas del Derecho comunitario en el Derecho interno⁸.»

Con la indicación de ambos tipos de argumentos el Consejo de Estado no venía sino a reflejar las distintas posiciones que, con reconocidas voces en ambos sentidos, se habían expresado en la doctrina. Si bien en el sector de los internacionalistas, de un modo prácticamente unánime, se sostiene la inexistencia de contradicción sobre la base de que las relaciones entre los ordenamientos comunitario y nacional son intersistémicas, debido a que sus ámbitos de aplicación son distintos —por estar derivados de y proyectarse sobre las diferentes competencias atribuidas a la Unión y a los Estados—, en el campo de los constitucionalistas las opiniones han estado mucho más divididas, no siendo desde luego minoritaria la que afirma la existencia de un choque entre los principios de primacía del Derecho comunitario y de supremacía constitucional puesto que, aunque no estén relacionados ambos órdenes por el principio de jerarquía (en puridad no se integran como un único ordenamiento en cada Estado miembro), podrían plantearse en la práctica problemas de preferencia en la aplicación de normas procedentes de cada uno de ellos y aparente o realmente concurrentes en el mismo caso.

Aun sin negar que la consagración del principio de primacía adquiere con su incorporación a un Tratado mayor visibilidad y estabilidad, incluso mayor rigidez, desde las posiciones más pragmáticas se ha venido a decir que el alcance de la cláusula de primacía del nuevo Tratado constitucional es más limitado de lo que pudiera parecer a primera vista. Primero, porque es pacífico que el artículo I-6 no establece sino una primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales en la medida en que haya sido adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de sus competencias (delimitación básica evidente en teoría pero que, sin embargo, no previene absolutamente todo conflicto en la práctica concreta respecto a cuál sea el ámbito de habilitación de cada uno, habida cuenta de posibles áreas «grises» en las que se pueden plantear dudas respecto de la competencia sobre la competencia y también teniendo en cuenta

⁸ En tal sentido se recuerdan las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán Solange I (29 de mayo de 1974), Solange II (22 de octubre de 1986) y la Sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de la Unión Europea, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional italiano 170/1984 (Granital) y 232/1989 (Fragd). También se alude a diversas Sentencias del Tribunal Constitucional español con pronunciamientos sobre la relación entre Derecho comunitario y Derecho nacional (28/1991, 64/1991, 180/1993, 130/1995 y 58/2004).

que los máximos tribunales de cada orden —el TJCE y el TC— a su vez sólo tienen jurisdicción sobre su propio ámbito y frente a eventuales pronunciamientos extralimitados de alguno de ellos no existe una instancia superior de decisión). Segundo, dado que el artículo I-6 no da una respuesta taxativa ni zanja expresamente la polémica sobre la primacía del Derecho comunitario frente a las Constituciones nacionales, esto es, la falta de referencia explícita a las Constituciones nacionales en el precepto no obedecería a un «olvido» sino a la voluntad de los miembros de la Convención de no dar el paso de afirmarla ante los problemas políticos y constitucionales que podría generar (interpretación cuestionable que parte de la idea de que sólo habría que «tomar en serio» la cláusula de primacía si, efectivamente, se hubiese traducido en una disposición del Tratado que afirmara expresamente la primacía del Derecho comunitario sobre las propias Constituciones nacionales ya que la decisión de subordinar éstas a aquél, dada su enorme trascendencia, debería estar rodeada de mayores garantías de transparencia jurídica y democrática).

Por otra parte, no han faltado opiniones en cuanto a que los únicos problemas «reales» de compatibilidad entre la Constitución y un tratado sólo pueden darse respecto de preceptos «materiales», no por relación a principios funcionales (incluso aun cuando estos últimos estén afirmados —sin distinción en cuanto a su eficacia y obligatoriedad— en los mismos preceptos de la norma internacional) como es el de primacía, ya que tales principios no suponen *per se* una contradicción «actual» con sus correlativos en el orden constitucional.

En cualquier caso y a pesar de los argumentos conciliadores ensayados con mayor o menor rigor desde diversas interpretaciones, habría sido ficticio no plantearse el problema («ficticio» en sí el problema era sólo para quienes tenían una interpretación doctrinal previa en sentido contrario al mismo) y cerrar los ojos ante los obstáculos conceptuales y prácticos puestos de manifiesto respecto de la conformidad con la Constitución española del principio de primacía comunitario. El Consejo de Estado con sus consideraciones procedió en todo momento con la aspiración de que España se encuentre entre los Estados miembros de la Unión Europea que «se toman en serio» el Derecho comunitario así como su propia Constitución, en particular las relaciones de ésta con aquél. Por ello el dictamen apuntó la única solución que en nuestro sistema permite con absoluta seguridad despejar toda sombra en cuanto a la perfecta compatibilidad de un Tratado y la Constitución y decirlo con efecto vinculante, recomendando que:

«Si en toda ocasión procede evitar una eventual colisión entre la Constitución y el Derecho internacional o el Derecho comunitario, sin duda en el presente caso se hace aún más evidente la necesidad de que España inicie su andadura bajo el nuevo Tratado con la plena certidumbre, que sólo el Tribunal Constitucional puede ofrecer, de hacerlo en armonía con su propia Constitución y con estabilidad jurídica plena.»

«En atención, pues, a la posible discordancia entre lo establecido en el artículo I-6 del Tratado y la supremacía de la Constitución ha de ponderarse la procedencia de acudir a lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución.»

5. El dictamen 2.544/2004 finaliza con un último apartado, a modo de preconclusión, que incorpora dos consideraciones de distinto orden y alcance.

La primera, consecuencia estricta de los razonamientos antes desarrollados y circunscrita a la consulta formulada, venía a estimar no sólo oportuno sino también «conveniente en el presente caso que se haga uso de la previsión del artículo 95.2 de la Constitución, a fin de que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre las estipulaciones del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la Constitución española»:

«... Ante la relevancia histórica del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la significación de la apertura que el ordenamiento español verificará al respecto, dados los potenciales riesgos y contraindicaciones de un eventual control *ex post* y existiendo la previsión constitucional del artículo 95.2 como mecanismo preventivo de conflictos, resulta particularmente aconsejable, en aras del buen orden jurídico y de la política exterior, requerir al Tribunal Constitucional para que pronuncie con carácter previo a la ratificación de aquél una Declaración que decida sobre las cuestiones previstas en el Tratado que planteen dudas en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Si en toda ocasión procede evitar una eventual colisión entre la Constitución y el Derecho internacional o el Derecho comunitario, sin duda en el presente caso se hace aún más evidente la necesidad de que España inicie su andadura bajo el nuevo Tratado con la plena certidumbre, que sólo el Tribunal Constitucional puede ofrecer, de hacerlo en armonía con su propia Constitución y con estabilidad jurídica plena.»

En segundo lugar, en una recomendación de pura oportunidad y claramente no ceñida al presente caso (cuyo desenlace en cuanto a la declaración o no de conflicto y consiguiente necesidad o no de reforma constitucional previa a la ratificación era incierto a la fecha de emisión del dictamen) sino también y sobre todo «*pro futuro*», el Consejo de Estado apuntó como fórmula posible para salvar con carácter preliminar y general eventuales problemas de compatibilidad

entre la Constitución española y el Derecho comunitario, quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión y siguiendo la pauta de otros modelos constitucionales europeos⁹:

«introducir en la propia Constitución (*a.e.* con una reformulación del artículo 93) una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita —con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios— una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad —la compatibilidad con la Constitución— de dicho ordenamiento».

La propuesta subyacente en la consideración reseñada apuntaba a una modificación del artículo 93 de la Constitución que le permitiera operar una apertura al Derecho comunitario mayor —o, quizás, más comprensiva de su naturaleza y de la de las relaciones entre éste y el Derecho interno—, incluso admitiendo que en virtud de dicho procedimiento de autorización parlamentaria se permita autorizar (con los límites o requisitos que se estimen procedentes) reformas constitucionales implícitas. Dicho en términos que hasta podrían resultar paradójicos, de algún modo se sugería hacer viable con un nuevo texto del artículo 93 de la Constitución la construcción que el Consejo de Estado en su dictamen 850/91 sobre el Tratado de Maastricht ensayó para dicho precepto¹⁰ y que, ulteriormente, el Tribunal

⁹ En referencia indirecta pero clara al artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn (cuyo texto originario había sido derogado íntegro y dejado sin contenido por el Tratado de la Unión de 31 de agosto de 1990), introducido por la Ley de reformas constitucionales de 21 de diciembre de 1992 dentro de la llamada «Maastricht-Nouvelle». Dicho artículo —que no se introdujo por la necesidad de una reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado de Maastricht, ya que el TCF alemán declaró que éste no era inconstitucional— contiene una cláusula que obliga a Alemania a participar en el proyecto de integración europea, establece un mecanismo específico de apertura al Derecho comunitario en caso de que los Tratados sean contrarios a la Ley Fundamental y sienta límites materiales infranqueables para las transferencias de soberanía; asimismo añadió previsiones detalladas relativas a la incidencia de la participación de Alemania en la Unión Europea en la organización de los poderes del Estado y en la organización federal.

¹⁰ Téngase en cuenta que el propio Consejo de Estado en el dictamen referido era consciente de que «las consideraciones que anteceden responden a un esfuerzo interpretativo verificado con la premura que venía impuesta por los términos de la consulta, y dirigido a proporcionar la base constitucional más adecuada para lograr la adaptación de nuestro ordenamiento a las consecuencias que se derivan de la iniciativa gubernamental en materia de ciudadanía europea». Por ello añadía que «la cuestión sobre la que se dictamina admite derivaciones argumentales que podrían justificar algunas reservas cautelares a las tesis que se han desarrollado».

Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992 no aceptó desde su tenor literal actual.

Con esta idea el Consejo de Estado, además de apuntar a un mecanismo útil para un más flexible acoplamiento entre Derecho comunitario y Derecho interno, intentaba asimismo enlazar en un pronunciamiento de mayor alcance con el propósito declarado por el Presidente del Gobierno en el programa de gobierno expuesto para la investidura de hacer presente en la norma fundamental la pertenencia de España a la Unión Europea y sus consecuencias. Por ello el dictamen señalaba que cabría plantearse, además de una eventual reforma (necesaria), la conveniencia de aprovechar la ocasión para dar cauce a otra cuestión cual sería la de «europeizar» en alguna medida la Constitución española, habida cuenta de que en su texto vigente no existe ninguna mención expresa a la Unión Europea «ni en el plano teleológico (como objetivo de la Nación española) ni en el plano estructural (España como Estado miembro) ni en el ámbito normativo-ordinamental (sin perjuicio de la referencia implícita del artículo 93) ni en cuanto a las implicaciones competenciales que la pertenencia a la Unión supone para la organización política (tanto respecto de poderes del Estado y órganos constitucionales como en cuanto a la estructura territorial)».

«Parece que esa situación normativa, ordinamental, en la que la Constitución parece dejar —o quedarse— al margen (de) un fenómeno tan esencial para la comunidad política como la integración europea, merece —al menos en una consideración de oportunidad— ser superado. Así, además, ciertas tensiones constitucionales producidas como consecuencia de tener España la condición de Estado miembro de la Unión podrían recibir un específico tratamiento constitucional.»

A tenor de los argumentos desarrollados, el dictamen 2.544/2004 llegaba a una conclusión doble expresada en los siguientes términos:

«1. Que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse en virtud del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa requiere la previa autorización de las Cortes Generales mediante ley orgánica aprobada al amparo del artículo 93 de la Constitución.

2. Que, con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española.»

Como se ha señalado antes, la conclusión del dictamen, frente a algunas demandas (y críticas posteriores) en cuanto a que debiera haber formulado observación de legalidad expresa relativa a la compatibilidad o incompatibilidad del Tratado sometido a consulta y la Constitución española y eventualmente consideración de oportunidad sobre la conveniencia de una reforma constitucional amplia de sentido europeo, se ajustó congruentemente a los términos de la consulta del Gobierno y estrictamente a las competencias que el Consejo de Estado tiene atribuidas en su Ley reguladora.

6. La decisión del Gobierno subsiguiente a la evacuación del dictamen del Consejo de Estado fue poner en práctica la segunda conclusión —téngase en cuenta el carácter no vinculante del dictamen en este caso— y hacerlo de inmediato aun cuando en el dictamen no se hacía indicación temporal alguna a tales efectos más allá de la genérica al carácter previo que en su caso habría de tener la consulta al Tribunal Constitucional respecto de la ratificación (no se formuló en absoluto ninguna consideración en relación con la fecha del referéndum previsto para el 20 de febrero de 2005).

«Sin perjuicio de que el respeto de lo dispuesto en la Constitución podría en todo caso salvaguardarse —caso de existencia de contradicción con ella del Tratado— incluso *a posteriori*, dada la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez formen parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 de la Constitución) mediante su impugnación ante el Tribunal Constitucional (artículos 27.2.c), 31 y 32 LOTC), o a través de la propia impugnación de la Ley Orgánica de autorización *ex* artículo 93 de la Constitución si se hubieran excedido los límites inherentes de ésta, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría una eventual declaración de inconstitucionalidad.»

El Consejo de Ministros, en su reunión de 5 de noviembre de 2004, acordó requerir al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, así como, a la vista de lo establecido en el artículo 95.2 CE, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 y II-112 del referido Tratado, que forman parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo y en función de la respuesta que recibieran esas cuestiones, el Gobierno requirió al Tribunal para que se pronunciara acerca de la suficiencia del artículo 93 CE para dar cauce a la prestación del consentimiento del Estado al Tratado o, en

su caso, acerca del procedimiento de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución española al repetido Tratado internacional.

Puede decirse que el Gobierno extremó el celo no sólo en el orden temporal sino también en el material al solicitar una declaración del Tribunal Constitucional *ex* artículos 95.2 CE y 78 LOTC, pues no se limitó a consultar la eventual contradicción entre la Constitución española y la europea a propósito del principio de primacía comunitario —único extremo al que en puridad apuntaba el dictamen del Consejo de Estado— sino que también lo hizo respecto de determinados artículos de la Parte II del Tratado, en torno a los que el dictamen 2.544/2004 contenía ciertamente algunas reflexiones sobre potenciales dificultades en su aplicación dinámica que, sin embargo, no culminaban en reservas en cuanto a su colisión actual con la Constitución española (del mismo modo que ocurría —y, sin embargo, no fueron objeto de la consulta— con las cuestiones relativas a las previsiones en materia de atribución competencial del Tratado, habiendo sido ambos puntos, competencias y derechos fundamentales, tratados en un mismo apartado del dictamen y distinto al que hacía referencia al principio de primacía).

El 13 de diciembre de 2004 recayó la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 en respuesta a la consulta efectuada. Dicha Declaración ha establecido: 1.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. 2.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 de dicho Tratado. 3.º Que el artículo 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido. 4.º Que no procede hacer declaración alguna en cuanto a la cuarta de las preguntas del Gobierno. Aparece seguida de tres votos particulares distintos y cada uno con su propia argumentación aunque todos ellos discrepantes respecto del primer pronunciamiento de la Declaración por cuanto aprecian la existencia de una contradicción entre el artículo I-6 del Tratado y la supremacía de la Constitución española.

No es ésta la sede oportuna para reseñar ni valorar los argumentos fundantes y la conclusión de dicha Declaración, ni siquiera por contraste con la previa 1/1992 —en cuya doctrina se apoyó el dictamen del Consejo de Estado 2.544/2004— y que desde el principio el Tribunal Constitucional considera que «opera en un marco bien distinto» (FJ 2). En todo caso y sin perjuicio de su taxativa conclusión,

en la Declaración 1/2004, aun descartada en virtud de su interpretación del artículo 93 CE la contradicción «actual» entre el artículo I-6 del Tratado y el 9.1 CE, no se excluye la posibilidad de potenciales problemas de compatibilidad y asimismo se apuntan los eventuales mecanismos para su resolución: «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar incompatible este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su artículo I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros».

7. En conclusión, puede afirmarse que el Consejo de Estado dio al Gobierno el mejor consejo posible con la calificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en el supuesto previsto en el artículo 93 de la Constitución juntamente con la recomendación de que requiriera al Tribunal Constitucional para que declarase si existía o no contradicción entre dicho Tratado y la Constitución española. Si el Consejo de Estado se hubiera limitado a afirmar la suficiencia de la vía del artículo 93 de la Constitución para proceder a la ratificación del Tratado no habría quedado cerrada la cuestión de su conformidad con la Constitución española, cuestión ésta que ahora lo está precisamente porque se aconsejó la consulta al Tribunal Constitucional y el Gobierno siguió tal pauta. En efecto, la posición del Gobierno es sin duda por tal razón mucho más sólida que si no contara con la Declaración del Tribunal Constitucional y le permite operar con mayor seguridad jurídica pues no será posible ya una impugnación de la ley orgánica *ex* artículo 93 CE por la que se autorizará la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por dicho Tratado ni tampoco una impugnación del Tratado de referencia (sin perjuicio de los mecanismos que se podrían activar frente a eventuales extralimitaciones del Derecho derivado respecto de la propia Constitución europea).