

RELACIONES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS SEGÚN EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO. PRINCIPIOS QUE LAS RIGEN

POR

ANTONIO TORRES DEL MORAL

Catedrático de Derecho Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de unificación europea se han desarrollado diversas posiciones políticas según se considerara que esa evolución va por buen camino o no, o bien según se quisiera que fuera mejor o que fracasara. Son los *eurófilos*, los *euroentusiastas* o incluso *európatas*, los *euroescépticos* y los *eurófobos*. Entre quienes creen que estamos a un paso de constituir los Estados Unidos de Europa, de los que hablaba Ortega hace ochenta años en *La rebelión de las masas*, y aun los que quisieran que así fuese a muy corto plazo, y los que creen o quieren lo contrario, caben muchos matices, muchos grises. Yo creo que es más realista estimar que la Unión Europea no está tan atrás como algunos dicen, si bien seguramente sólo ha dado un paso más, importante pero no definitivo, en la construcción del club europeo, que tiene la pretensión de seguir andando hasta no se sabe dónde.

La redacción del *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* ha sido una operación de gran calado jurídico y político porque, a fin de cuentas, van a integrarse -ya lo están, pero van a ha-

cerlo aún más- ordenamientos que responden a distintos centros de creación jurídica, como son las instituciones europeas, de un lado, y los Estados miembros, de otro. Pero además se va a producir, como efecto nada colateral, sino central, un acercamiento de los ordenamientos jurídicos de los 25 Estados que actualmente conforman la Unión Europea. Todo lo cual representa ciertamente un desafío considerable.

En cuanto al presente trabajo, son muchos los principios -unos, los más, explícitos; otros, los menos, implícitos- en los que se asienta y con los que se edifica el macroente supranacional europeo. Sin embargo, me quiero referir tan sólo a los que rigen las relaciones entre la Unión y los Estados que se integran en ella, enumerando y comentando escuetamente, en primer lugar, los relativos a la inserción de éstos en aquélla, para después dedicarle mayor atención al principio de competencia y sus derivados.

2. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA INSERCIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. *Principio de apertura de la Unión*

Es éste un principio bien asentado en la historia de la Unión Europea y claramente identificable en el texto del Tratado constitucional. Lo primero se pone de relieve con tan sólo recordar que la Unión Europea es efectivamente un ente supranacional *in fieri*, en proceso, que comenzó con seis Estados, ya son veinticinco y quizás a no mucho tardar sean treinta, momento en el que estará a un paso del ideal orteguiano de una Europa unida que llegara desde Gibraltar hasta los Urales.

En cuanto a lo segundo, aunque no conste literalmente en el texto del Tratado la declaración de este principio, está regulado el ingreso de nuevos Estados en la Unión, y este rasgo de apertura se acentúa considerablemente con la doble previsión (y regulación) de una *posible suspensión parcial de Estados* y de la *retirada voluntaria de éstos*. Dicen así los artículos correspondientes del Tratado constitucional:

Art. I-59: «3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada, una decisión europea que suspenda determinados derechos derivados de la aplicación de la Constitución al Estado miembro de que se trate, incluido el derecho a voto del miembro del Consejo que represente a dicho Estado...»

Art. I-60: «1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión».

Esta faceta es ciertamente remarcable porque la Teoría General del Derecho Constitucional nos viene diciendo, con razón, que la federación, o el Estado federal, es una determinada forma de unión territorial *definitiva* de Estados, los cuales, por eso mismo, dejan de ser soberanos, porque la soberanía reside en la Unión (o, por mejor decir, en el pueblo de la Unión, que la ejerce por sí mismo o a través de las instituciones de ésta). No tienen, por tanto, los Estados potestad de separación¹. Así, por ejemplo, no la hay en Alemania, ni en Estados Unidos. Sí estaba reconocida en diversas constituciones de la Unión Soviética (1924, 1936, 1977), con la particularidad de que ni aquéllas eran verdaderas constituciones, sino meros simulacros, ni la URSS era realmente una federación; por consiguiente, no nos puede servir de contraejemplo. Pero, de otro lado, como la federación es una unión territorial definitiva, el ente superior, la Unión, si bien puede obligar a los Estados integrados a determinadas actuaciones constitucionales, incluso sancionarlos, no puede suspenderlos (o suspender sus potestades), ni, menos aún, segregarlos.

Pues bien, el Tratado constitucional admite, como hemos ilustrado con sus propios preceptos, las dos operaciones referidas, tanto la suspensión de ciertas potestades de un Estado miembro por parte de la Unión Europea (aunque no la segregación), como la retirada voluntaria de la Unión por parte de éste. Además, el hecho de que el Tratado no considere definitivas estas medidas o situaciones, puesto que caben el retorno y el levantamiento de la suspensión, acentúa el carácter abierto de este ente supranacional.

De manera que, si queremos calificar de algún modo la Unión Europea como ente territorial complejo, o bien habremos de acogernos al tipo *confederal* (como hacen La Pergola y, entre nosotros, J. Tajadura, que concipían la Unión Europea como una forma moderna de Confederación), o bien tendremos que decir de ella lo que se suele afirmar de un sistema cuando no encaja en ninguno de los modelos alumbrados por la teoría: que es una formación política (político-territorial en este caso) *sui generis*.

2.2. Principio de igualdad de los Estados miembros

Es un principio general de las organizaciones territoriales complejas el de la igualdad entre los entes miembros. Así lo dice escuetamente el artículo I-5.1 del Tratado constitucional:

¹ El texto del Tratado habla del derecho de los Estados a su retirada. Pero los Estados no tienen derechos en el sentido técnico-jurídico del término, sino soberanía y potestades concretas derivadas de ella.

Art. I-5: «1. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución...»

Hay que interpretar que esta igualdad básica permite diferencias puntuales en algunos aspectos de la vida de la Unión, como, por ejemplo, en la representación de aquéllos en los órganos de ésta. No siempre ocurre así (recordemos la paridad de representación de los Estados en el Senado de Estados Unidos), pero tampoco es infrecuente, pues, por poner otro ejemplo concreto, la representación de los *Länder* en el *Bundesrat* alemán es relativamente proporcional. En las Comunidades Europeas, han coexistido históricamente las dos versiones aludidas en orden a la representación o presencia de los Estados miembros en las instituciones del ente supranacional, opción que ahora es adoptada y matizada por el Tratado constitucional.

2.3. Principio de respeto a las identidades nacionales

El Tratado no habla de identidad europea, ni de pueblo europeo, pero sí de identidades nacionales. Acaso con el tiempo sea hacedero definir una identidad europea, que será el resultado de veinticinco o treinta identidades nacionales o el precipitado de todos esos ingredientes. Pero ni siquiera entonces quedará obsoleto el principio del que hablamos. Ahora bien, el respeto a las identidades nacionales incluye el respeto a las *estructuras internas de los Estados miembros*. Lo dice así el anteriormente citado artículo I-5.1 del Tratado constitucional:

Art. I-5: «1. La Unión respetará... así como su identidad nacional [de los Estados miembros], inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional...»

El Tratado no cifra exclusivamente las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros en su organización territorial, puesto que hay que estimar incluidos en su dicción literal, y más aún en su espíritu, la forma de la jefatura del Estado y su sistema de gobierno², pero es importante que haga referencia explícita a aquélla. La Unión Europea respetará la estructura territorial compuesta de algunos de sus Estados miembros, como las de Alemania, Italia, España

² Cfr. CRUZ VILLALÓN, P.: *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Edit. Trotta, Madrid, 2004, p. 63, donde critica la apuesta que, en una redacción anterior, hacía el Tratado por el sistema parlamentario de gobierno, posición rectificada en su versión actual.

y Austria, lo mismo que la unitaria de otros, como es el caso francés. Pero en el bien entendido de que los miembros de la Unión son los Estados, no los entes regionales o *Länder* de un Estado compuesto. El socio es el Estado y, por tanto, él es el único responsable ante la Unión³. Cosa distinta es que ésta también esté abierta a la colaboración o participación de los entes infraestatales en la toma de decisiones, pero, eso sí, en la forma en que lo disponga el Ordenamiento de cada Estado miembro.

En un segundo momento del análisis, podemos preguntarnos si esa expresión *-identidad nacional-* incluye no sólo la estructura política de cada Estado, sino también su cultura, su tradición, su lengua y sus instituciones jurídicas y sociales, por decirlo con los términos que emplea el Preámbulo constitucional español. Dicho de otro modo, que nos resulta igualmente familiar, si incluye también las *culturas identitarias* de los países miembros (en esta hipótesis parece mejor hablar de países que de Estados). No se aprecia obstáculo alguno para interpretar extensivamente la locución del precepto transcrito del Tratado, puesto que lo contrario conduciría al absurdo de legitimar la injerencia de la Unión en algo que le es perfectamente ajeno para la consecución de los fines que persigue y que no obstaculiza su funcionamiento.

2.4. Principio de cooperación leal

El artículo I-5.2 del Tratado constitucional establece lo siguiente:

Art. I-5: «2. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Una de las condiciones ineludibles del federalismo moderno es la cooperación. Es moneda corriente en Alemania calificar su federalismo como cooperativo; y, de igual modo, podría hablarse en España de la

³ SSTJUE de 2-II-1982 y 11-XII-1984, casos Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica y contra República Italiana, respectivamente.

necesidad de un *autonomismo cooperativo*. Porque sin cooperación no pueden funcionar los entes territorialmente complejos; más aún, dicha cooperación debe ser leal. En Alemania se ha acuñado el principio de *lealtad federal* y en España se ha esgrimido últimamente la necesidad de *patriotismo constitucional*, expresión también de origen alemán. En nuestro caso, habríamos de hablar, primero, de lealtad mutua entre Unión y los Estados miembros; en segundo lugar, de lealtad recíproca entre todos los Estados miembros; y, en tercero, de una triple lealtad de los ciudadanos: al Estado cuya nacionalidad ostentamos, al ente supranacional que estamos construyendo (que en cierto modo ya existe, aunque no «constituido») y a los demás Estados consocios. Pero el Tratado únicamente se ocupa de la primera vertiente.

2.5. *Principio de solidaridad por causa de terrorismo o de catástrofe*

Bien sea el de ETA, el de raíz islámico-fundamentalista o cualquier otro, el terrorismo se ha convertido en uno de los principales problemas del mundo; también, por tanto, de Europa. El terrorismo se ha globalizado y requiere un tratamiento igualmente global. Por lo que a la Unión Europea se refiere, este tratamiento debe de ser conjunto, no sólo de los países más afectados, como es el caso de España.

El Tratado constitucional dispone, en su artículo I-43, la necesaria actuación conjunta de los Estados «con espíritu de solidaridad» si uno de ellos es objeto de un ataque terrorista o es víctima de una catástrofe natural o de origen humano. En estos casos, la actuación solidaria y conjunta resulta aún más necesaria que en situaciones de normalidad. Por eso, el precepto citado habilita a la Unión a movilizar todos los instrumentos disponibles, incluidos los militares; y el artículo III-329, que desarrolla el antes citado, precisa que en esos momentos los demás Estados deben *prestar asistencia* al que está sufriendo tal vicisitud. Lo cual puede ser visto también como una de las manifestaciones del principio de lealtad federal, o de lealtad europea, como podríamos decir ahora, que no sólo lo es para con la Unión, sino también, como hemos dicho anteriormente, en relación con los Estados consocios.

3. PRINCIPIO DE COMPETENCIA Y SUS DERIVACIONES Y COMPLEMENTOS

3.1. *Principios de atribución y competencia*

3.1.1. Planteamiento

El Consejo de Estado, en dictamen solicitado por el Gobierno acerca de la compatibilidad del Tratado constitucional con la Constitución española⁴, y casi todos los constitucionalistas ven en el artículo 9.1 de nuestra Constitución una declaración de su supremacía sobre toda otra norma. Dice así:

Art. 9 C.E.: «1.Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico».

Confieso que no veo en ninguna de las palabras de dicho precepto tal declaración de supremacía. Contiene, eso sí, una enunciación esquemática del Estado de Derecho, por cuanto nos somete a todos (ciudadanos y poderes públicos) al Ordenamiento. Pero el hecho de citar en primer lugar, y por su nombre, a la Constitución y tratar las demás normas como «*resto del Ordenamiento jurídico*» puede tomarse quizá, con una interpretación más literaria que jurídica, como una deferencia de la Constitución consigo misma, pero no, desde luego, como una autodeclaración de superioridad.

A esta idea de supremacía constitucional se suele llegar también con apoyo en el título IX, que garantiza en mayor medida la estabilidad del texto fundamental. Como también se suele deducir del artículo 95.1 de la Constitución su supremacía sobre los tratados. Así lo hace el Consejo de Estado, que reitera en su mencionado dictamen el conocido argumento de que este precepto no permite ratificar ningún tratado si contiene previsiones contrarias a la Constitución, salvo que se proceda a la revisión de ésta para establecer la concordancia. Y, en esta misma línea argumentativa, podemos concluir que, si es superior a los tratados, será superior a las demás normas de emanación interna, puesto que ninguna de éstas tiene rango superior a aquéllos. De manera que, aunque sea por otras vías, se suele llegar al mismo resultado, que no es otro que la supremacía de la Constitución sobre el resto del Ordenamiento jurídico, en el que se incluyen los tratados.

⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004.

(A mi juicio, por lo demás y como vengo sosteniendo desde hace tiempo, la Constitución es una norma jerárquicamente superior a todas las demás por el solo hecho de ser Constitución⁵.)

Pues bien, como la mal llamada «Constitución europea» se aprueba por tratado, tiene la naturaleza jurídica y el rango de éste, siendo, por tanto, indiscutible la jerarquía de nuestra Constitución sobre él.

No obstante, algunos intérpretes dictaminan que la «Constitución» europea contradice todo lo anterior cuando prescribe en su artículo I-6 la primacía del Derecho producido por la Unión sobre el de los Estados miembros y, por tanto, sobre sus respectivas constituciones. Lo vemos a continuación.

3.1.2. *La poco acertada doctrina del Tribunal de Justicia Europeo*

El Tratado constitucional eleva este principio de «primacía europea» a Derecho escrito, lo que no es poco. Pero hemos de hacer algunas pertinentes precisiones.

Apenas haría falta subrayar lo que es claro: que *primacía* no equivale exactamente a *supremacía*. Bien es verdad que, aunque el Tribunal de Justicia europeo ha utilizado preferentemente el primer término, en determinadas ocasiones ha empleado el segundo (como también el primero en el sentido del segundo) e incluso la expresión «*cesión de soberanía*», que, según él, hacen los Estados a la Comunidad Europea (hoy Unión) al ingresar en ella.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha apoyado en un argumento que podríamos denominar *ad absurdum*, consistente en aseverar que, de no ser así, la Comunidad/Unión Europea no podría cumplir los fines para los que fue creada y dejaría de existir⁶; lo cual, añadido yo llevando el silogismo hasta su final lógico, resultaría contradictorio con el hecho mismo de que los Estados hayan querido construirla e ingresar en ella.

Esta doctrina, no por reiterada mejor fundada, ha dado lugar a diversas tomas de posición de los tribunales constitucionales alemán, italiano y español, a la última de las cuales me refiero más adelante.

⁵ Cfr. TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1.ª edic., 1991, 2.ª edic, 2004, pp. 176-177.

⁶ SSTJUE de 15-VII-1964, caso Costa-ENEL; de 9-III-1978, caso Simmenthal; y de 23-IX-1982, caso Centrale Raad van Beroep, entre otras.

Por mi parte, siempre he objetado a dicha construcción su simpleza e insostenibilidad *jurídicas*⁷ a pesar de la importancia del órgano del que emana y pese igualmente a que su activismo haya sido *políticamente* muy eficaz en la construcción, desarrollo y profundización de la Comunidad/Unión Europea. La soberanía de los Estados ha estado siempre intacta. De otro modo no se necesitaría ahora su aprobación de la «Constitución» europea.

El problema no es ni de cesión de soberanía ni de supremacía de un Ordenamiento jurídico sobre otro (salvo la inobjetable superior jerarquía de la Constitución española), sino de *aplicación preferente* del que corresponda según la distribución de competencias que hace el Tratado y los Estados miembros aceptan/aprueban. En eso consiste la primacía de la que habla el artículo I-6 del texto que examinamos. A mayor abundamiento, ésta es la conclusión que se obtiene de la mera lectura de los preceptos que algunos quieren enfrentar.

El artículo 93.1 de nuestra Constitución autoriza

«la celebración de tratados por los que *se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias* derivadas de la Constitución» (cursiva mía).

Es decir, no se cede soberanía, ni siquiera competencias en sentido propio, es decir, su titularidad, lo que es extraordinariamente relevante, sino sólo el ejercicio de las mismas. Por eso, el proceso de incorporación a y permanencia en la Unión es reversible y todo Estado disconforme puede salirse de ésta y recuperar el ejercicio de sus competencias (lo que es prueba suficiente de que nunca perdió su titularidad; menos aún su soberanía o algún trozo de ella, si es que este mismo concepto no es contradictorio en sí mismo).

Este principio de atribución, pórtico del principio de competencia, ha sido asumido como propio por el Tratado constitucional europeo, que abre su articulado diciendo:

⁷ Así lo expresé en la 3.ª edición de mis *Principios de Derecho Constitucional Español*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, vol I, pp. 326-328. Posición que he mantenido en ediciones posteriores; cfr. 5.ª ed., Madrid, 2004, vol. I, pp. 275-278. Anteriormente ya había sostenido igual discrepancia con similar tesis, mantenida por muchos juristas, acerca de la superioridad jerárquica de los tratados en relación con el Derecho de producción interna; cfr. las dos primeras ediciones de la misma obra, de 1985-1986 y 1988, vol. I, pp. 182-185, y vol. I, pp. 185-188, respectivamente; id. 5.ª edic. cit., vol. I, pp. 264-269.

Art. I-1: Creación de la Unión. «1. La presente Constitución... crea la Unión Europea, a la que *los Estados miembros atribuyen competencias* para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión... ejercerá... las competencias que éstos le atribuyan» (cursivas segunda y tercera mías).

Lo cual es confirmado seguidamente:

Art. I-6: Derecho de la Unión. «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión *en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas* primarán sobre el Derecho de los Estados» (segunda cursiva mía).

Como puede apreciarse, la coincidencia de este segundo precepto con nuestro artículo 93 constitucional es total, incluso casi literal. Parece bastante evidente que la redacción de aquél ha tenido muy en cuenta la de éste.

Más aún: el artículo I-11 del Tratado recoge el *principio de atribución* como uno de los que rigen la delimitación de las competencias de la Unión (apartado primero) y añade:

«2. En virtud del principio de atribución la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le *atribuyen* los Estados... Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros» (cursivas mías).

Por tanto, parece procedente anotar:

- a) Que los Estados no ceden soberanía, sino que atribuyen competencias.
- b) Que esas competencias le son atribuidas a la Unión por los Estados no en régimen de titularidad, sino de mero ejercicio.
- c) Que, en todo caso, las relaciones entre el Derecho producido por la Unión Europea y el producido por los Estados miembros no son de jerarquía o supremacía, sino sólo de primacía, es decir, de aplicación preferente, precisamente como efecto del principio de competencia.

Por eso, el proceso es reversible, y esto es crucial en el problema que abordamos. La aplicación del principio de *retirada voluntaria* de los Estados liquida efectivamente la cuestión, pues, aun aceptando, a los meros efectos dialécticos, que dichas relaciones se rigen por el principio de jerarquía o supremacía, todo Estado disconforme puede salirse del club europeo y recuperar el ejercicio de sus competencias (no su titularidad por innecesario). Lo que equivale a decir que, de seguir en la

Unión, no es porque haya quedado indefectible e irremediablemente sometido a ella, sino porque *consiente* en permanecer en su seno. Ahora bien, como resulta meridiano, *una supremacía consentida no es una supremacía*.

Las relaciones entre ambos ordenamientos se rigen, pues, por el *principio de atribución* y, una vez realizada ésta, por el de *competencia*, lo mismo que ocurre en el ámbito interno español con la relación entre el Derecho producido por los órganos centrales y el creado por los autonómicos.

3.1.3. La discutible doctrina del Tribunal Constitucional español⁸

Sin embargo, tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional español acerca de las relaciones entre los ordenamientos europeo y de producción española interna es muy depurada⁹. Nuestro Alto Tribunal no ha dejado de manifestar, en diversas ocasiones en que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el Derecho comunitario, que los problemas entre éste y el Derecho español de producción interna lo son entre normas infraconstitucionales y deben ser resueltos por los tribunales de justicia, no por él. En algún voto particular se ha denunciado, como inapropiada, la expresión «normas infraconstitucionales» y se muestra preferencia por «normas no constitucionales»; y el Tribunal ha sido sensible a este matiz, calificando posteriormente como *no constitucionales* los problemas que se plantean entre una norma emanada por la Unión y otra de producción interna.¹⁰

Pero tampoco esta locución es idónea, siendo más preciso diferenciar, como hace F. Balaguer¹¹, de un lado, las relaciones entre ambos ordenamientos en un nivel infraconstitucional (cuando la colisión se produce con una norma dictada por órganos españoles y subordinada a la Constitución), y, de otro, las que se plantean en el nivel constitucional

⁸ Ya en pruebas este trabajo, he tenido la oportunidad de leer el libro-conferencia de M. Herrero de Miñón *Riesgos colaterales de la Constitución Europea*, Universidad de Oviedo, 2005, en el que el autor se muestra también crítico, pero de otro modo, con la posición de nuestro Tribunal Constitucional.

⁹ Cfr. VIDAL PRADO, C.: *Derecho Comunitario y Tribunales Constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2003.

¹⁰ SSTC 28 y 64/1991, de 14 de febrero y 22 de marzo; 180/1993, de 31 de mayo; 45/1996 de 25 de marzo.

¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El Derecho europeo. Relaciones con el Ordenamiento interno», epígrafe 4 del capítulo IX de la obra colectiva, coordinada por este mismo autor, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005, vol. I, pp. 192 ss.

(cuando la colisión tiene lugar con un precepto de nuestra Constitución aplicable al caso litigioso). Pero en ambos supuestos está en juego la Constitución, bien su artículo 93, a través del cual se produce la integración del Ordenamiento europeo en el español, bien uno de sus preceptos materiales pertinente en el caso concreto que se juzga y que eventualmente podría ser desplazado por uno «europeo».

En esta segunda hipótesis, si de la aplicación de un precepto «europeo» se deriva perjuicio para un derecho fundamental garantizado por la Constitución, es obvio que el Tribunal Constitucional es competente para dirimir el caso, y así lo admite él mismo¹². Por el contrario, de su no aplicación en un asunto de competencia de la Unión puede resultar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) por cuanto ésta significa, entre otras cosas, la obtención de una resolución fundada en Derecho y no lo es la que se fundamenta no en un precepto aplicable, sino en uno inaplicable, aunque esas aplicabilidad e inaplicabilidad lo sean por criterios de competencia. En ninguno de los anteriores casos puede desentenderse el Tribunal Constitucional del recurso de amparo que interponga el justiciable que se sienta perjudicado¹³ so argumento de la infraconstitucionalidad o naturaleza no constitucional de la colisión normativa.

Ahora bien, igualmente, en ninguno de los supuestos esgrimidos más arriba se aprecia la supremacía del Ordenamiento europeo sobre el de producción interna, sino sencillamente su aplicación preferente, en su caso, por ser el materialmente competente en la litis en cuestión. Como dice el Tribunal Constitucional, el problema es de selección de la norma aplicable al caso concreto. Pero, frente a lo sostenido por el alto Tribunal, dicho problema puede no quedar ahí, dado que, si no se selecciona bien esa norma, podría derivarse una violación de un derecho fundamental, y siempre, desde luego, si dicha aplicación ha sido hecha por un órgano jurisdiccional, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Siendo esto así, resulta muy impreciso calificar el problema como no constitucional, puesto que está en juego la propia Constitución como cabeza de un Ordenamiento en el que ya, mediante una interpretación combinada de los artículos 93 y 96.1 de nuestro texto fundamental, están integrados los tratados fundacionales de la Unión Europea (también, por ende, el Tratado constitucional que comentamos) y,

¹² Cfr. STC 64/1991, cit.

¹³ Cfr. mis *Principios de Derecho Constitucional español*, ob. cit., 5.ª edic., vol. I, pp. 277-278.

habilitado por ellos, todo el Derecho producido por las instituciones europeas, el conocido hasta ahora como Derecho comunitario y que ya debería ser llamado Derecho europeo o Derecho de la Unión.

3.1.4. Conclusión

En el mismo orden de consideraciones que venimos manteniendo, el Consejo de Estado entiende que «el nuevo sistema recogido en el Tratado clarifica y precisa el marco competencial de la Unión, reduciendo, en consecuencia, el amplio margen de interpretación que los tratados han permitido hasta ahora»¹⁴. Y esto puede predicarse tanto de la primera parte del Tratado como de la segunda, en la que incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, según el supremo órgano consultivo del Estado en España, limita su fuerza vinculante para los Estados miembros únicamente a los supuestos en que se aplique el Derecho de la Unión, sin que comporte una ampliación de competencias de ésta¹⁵.

En resumen, la Unión ejerce las competencias que le hayan atribuido los Estados miembros, no otras. Bien es verdad que dichas competencias se definen más bien por sus fines u objetivos a cumplir, y éstos son difusivos; de ahí su progresivo ensanchamiento en el pasado. Pero, por mor del principio de competencia, es posible objetarle a la Unión, si llega el caso, una extralimitación competencial en su funcionamiento, conflicto que habrá de ser resuelto por el Tribunal de Justicia.

En línea de futuro, parece plausible por todo ello hacer más explícita la apertura del Ordenamiento jurídico español al Derecho europeo haciendo una referencia expresa a la integración de España en la Unión Europea. Es lo que propicia el Gobierno con el anuncio de una reforma constitucional al respecto¹⁶. Pero, por lo que se desprende de lo publicado hasta ahora, dicha reforma no modificará el planteamiento jurídico arriba expuesto de las relaciones entre ambos ordenamientos.

¹⁴ Dictamen cit.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ No debo detenerme aquí y ahora en dilucidar si tal reforma debe sustanciarse modificando el artículo 2.º de la Constitución o el 93.1. Por lo que se va conociendo, esta última es la posición doctrinal dominante y la del propio Gobierno, y tiene a su favor la facilidad de la operación, aunque acaso no una mayor justeza jurídica.

3.2. Principio o cláusula de flexibilidad

Este principio está regulado en el artículo I-18 del Tratado, que en su apartado primero reza así:

Art. I-18: «1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en la Parte III para alcanzar uno de los objetivos fijados por la Constitución, sin que ésta haya previsto los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo de Ministros adoptará las medidas adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión Europea y previa la aprobación del Parlamento Europeo».

Se entiende por este principio, como se infiere del precepto transcrito, la habilitación a la Unión para que pueda llegar hasta donde sea necesario para el cumplimiento de sus objetivos. Formulado así, parece que es razonable, porque, en caso contrario, no los podría cumplir. El Tribunal de Justicia de la Unión lo tiene muy repetido en relación con la precedente Comunidad Europea; tanto más habrá que decirlo de este nuevo ente mucho más integrado que es la Unión.

Lo que sucede es que evoca otro parecido, el de los *poderes implícitos*, desenvuelto en los Estados Unidos de América casi desde su origen, en el cual se ha basado la Unión para ensanchar sus competencias e ir achicando las de los Estados miembros, de tal manera que sobre el mismo y sobre una interpretación muy flexible, por parte del Tribunal Supremo, de la denominada *cláusula de comercio*, los poderes de la Unión han aumentado exponencialmente en los dos siglos de vigencia de la Constitución de 1787.

Si este principio de flexibilidad fuera entendido así en Europa, habría que discutir en los foros académicos y políticos hasta dónde puede llegar; incluso los órganos judiciales nacionales deberían, en ese supuesto, plantear al propio Tribunal de Justicia Europeo, mediante el *reenvío pre-judicial*, el problema de si una determinada disposición «europea» ha traspasado los límites de este principio, no sea que las instituciones de la Unión lo utilicen como interminablemente expansivo en claro perjuicio de los Estados. Porque estos límites existen ya, bien que genéricos, elásticos e inicialmente indeterminados, pero no totalmente indeterminables en los casos concretos que se planteen. Están contenidos en el precepto anteriormente citado; son, a saber:

- a) que la cláusula de flexibilidad sea utilizada para alcanzar objetivos comunitarios, no cualesquiera otros;
- b) que estos objetivos no se puedan alcanzar mediante las facultades expresamente atribuidas a la Unión;

- c) que su empleo sea estrictamente necesario; y
- d) en el orden procedimental, que intervengan los tres órganos ordinarios (no judiciales) de la Unión: propuesta de la Comisión, aprobación del Parlamento y asunción unánime de la propuesta por el Consejo de Ministros.

Dichos límites, sobre todo el último, diferencian este principio del estadounidense, siendo mucho más respetuoso el europeo con la seguridad jurídica. Más todavía: conforme al Tratado constitucional, el principio de flexibilidad debe ser puesto en relación con el de *subsidiariedad*, de manera que éste limita a aquél, debiendo obtenerse de esta relación dialéctica un resultado plausible en cada caso. A fin de cuentas, el principio de subsidiariedad no es sino una nueva formulación, perfeccionada, de los tres primeros límites anteriormente mencionados. Nos referimos a él en el apartado siguiente.

3.3. Principios de subsidiariedad y proporcionalidad

El principio de subsidiariedad tuvo su origen en la doctrina social católica y fue enarbolado con dos significados complementarios: como garantía de las competencias de los entes menores y como ayuda a los mismos. Según el primero, lo que pueda hacer un ente menor no debe hacerlo el mayor. Según el segundo, que es el que responde precisamente a su etimología (de *subsidium*, ayuda), cuando el ente menor no pueda ejercer con suficiente solvencia alguna o algunas de sus competencias, el ente mayor debe ayudarle a ello (mediante financiación, subvención, cooperación, etc.).

En línea con lo anterior, el Tratado constitucional entiende por subsidiariedad, de un lado, el respeto de las competencias de los Estados por parte de la Unión, o, lo que es igual, la no intervención de ésta en tanto los Estados puedan cumplir satisfactoriamente una determinada competencia; y, de otro, la habilitación a la Unión para intervenir si considera que los Estados no están en condiciones de desempeñar dicha competencia para alcanzar los objetivos a los que está encaminada.

En efecto, el artículo I-11, tras aseverar en su apartado primero que la delimitación competencial se rige por el principio de atribución, y su ejercicio, por los de subsidiariedad y proporcionalidad, añade en el apartado tercero:

Art. I-11: «3. En virtud del principio de *subsidiariedad*, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá *sólo en el*

ANTONIO TORRES DEL MORAL

caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros... sino que puedan alcanzarse mejor... a escala de la Unión» (cursivas mías).

Próximo a este principio se halla el de *proporcionalidad*, conforme al cual, según el apartado cuarto del citado artículo,

«el contenido y la forma de la acción de la Unión *no excederán de lo necesario* para alcanzar los objetivos de la Constitución» (cursiva mía).

Cercano, digo, al principio de subsidiariedad ya que ambos pretenden, a un tiempo, habilitar y limitar la acción de la Unión. La diferencia reside en que el principio de subsidiariedad lo hace en los ámbitos que no son de la exclusiva competencia de la Unión y el de proporcionalidad amplía el radio a toda la acción de la Unión. Por eso, aunque la aplicación de ambos principios ha de ajustarse, según dispone el artículo I-11.3.2.º y 3.º, al Protocolo acordado al efecto, sólo en el caso del de subsidiariedad, por incidir más en las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, se reconoce a los Parlamentos nacionales la facultad de velar por el respeto al procedimiento establecido en el referido Protocolo.

Y ésa es la misma razón por la que, para mejor control de las relaciones Unión-Estados, el artículo I-18.2 obliga a la Comisión Europea a indicar a dichos Parlamentos las propuestas que se basen en el principio de flexibilidad. Es decir, como ya hemos indicado al final del apartado anterior de este trabajo, el principio-cláusula de flexibilidad se encuentra limitado por el de subsidiariedad.

De otro lado, este principio aparece también en los artículos I-12.5.1.º y I-17, pues, sin ser nombrado como tal, informa el espíritu de dichas normas según el concepto de subsidiariedad que hemos expuesto más arriba. El primero de estos preceptos dispone que, en determinados ámbitos y en condiciones «constitucionales»,

«la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de *apoyar, coordinar y complementar* la acción de los Estados miembros, *sin por ello sustituir* la competencia de éstos en dichos ámbitos» (cursivas mías);

y el segundo ilustra cuáles son esos ámbitos: salud; industria; cultura; turismo; educación, juventud, deporte y formación profesional; protección civil, y cooperación administrativa.

Por lo demás, la utilización del principio-cláusula de flexibilidad habilita la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales por parte de la Unión, salvo cuando el Tratado la excluya. Lo vemos en el apartado siguiente.

3.4. Principio de armonización

La Constitución española, en su artículo 150.3, prevé un tipo de ley posteriormente inédito: la *ley de armonización*. Una vez se hizo el intento, fracasado en sede constitucional, y es muy difícil conjeturar si en el futuro será utilizado; de momento, todo hace prever que no será así. Por su parte, el Tratado constitucional europeo se refiere a la armonización, por parte de la Unión, de disposiciones nacionales en sus artículos I-12.5.2.º, I-18.3 y, ya en la Parte III, en varios preceptos más.

Ninguno de los preceptos mencionados de la Parte I aborda el problema con alcance general, sino en relación con otros asuntos, bien con la política unionista en algunos ámbitos, bien con el principio-cláusula de flexibilidad. Dice así el primero:

Art. I-12.5: «2.º En determinados ámbitos... la Unión dispondrá de competencia... sin por ello sustituir la competencia de éstos [los Estados miembros] en dichos ámbitos.

Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de la Parte III relativas a esos ámbitos *no podrán conllevar armonización alguna* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (cursivas mías).

Y el segundo:

«Artículo I-18.3.- Las medidas basadas en el presente artículo [regulador de la cláusula de flexibilidad] *no podrán conllevar armonización alguna* de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros *cuando la Constitución excluya dicha armonización*» (cursivas mías).

Es bien evidente que los redactores del Tratado han querido abordar este problema por su vertiente negativa o de excepción, esto es, disponiendo dónde y cuándo no es admisible la armonización. Pero este envés tiene un haz: el que la armonización no sea lícita en determinados ámbitos o circunstancias, significa que sí lo es en los demás. Por eso titulamos este apartado como principio de armonización en vez de como principio de no armonización. A la postre, es igual. Lo que importa es desentrañar la posición del Tratado al respecto.

Para lo cual hay que contar también con una variada gama de preceptos de la Parte III del Tratado. Puestos todos ellos en relación con los citados y más genéricos de la Parte I, podemos sistematizar el tratamiento del principio que nos ocupa del modo que sigue:

- a) Principio general: la armonización está *admitida*.
- b) La armonización es *posible* cuando la Unión haga uso de la cláusula de flexibilidad (lo que, por otra parte, se corresponde con la excepcionalidad de esta cláusula); y ello porque es necesaria una exclusión «constitucional» explícita de dicha armonización para que ésta devenga ilícita.
- c) La armonización está concretamente *prevista* en las materias de mercado interior (art. III-172), empleo (art. III-207), medio ambiente (art. III-233.2), protección de los consumidores (III-235.2.a, por remisión al art. III-172) y redes europeas (art. III-247.1.b: armonización de las normas técnicas).
- d) La armonización está expresamente *excluida* y es, por tanto, ilícita en ámbitos en los que la política unionista deba circunscribirse al apoyo, coordinación o complemento de la acción de los Estados miembros. Estos ámbitos están explicitados en el artículo I-17 y desarrollados en la Parte III, artículos III-278 a III-285. Son los citados anteriormente en el comentario al principio de subsidiariedad: salud, industria, cultura, etc. La exclusión de toda armonización es reiterada una y otra vez en los preceptos indicados de la Parte III. También está excluida en materia de empleo (art. III-207.2.º).
- e) El Tratado admite unas *políticas cercanas* a la armonizadora, como son las que propician la *aproximación*¹⁷ de las disposi-

¹⁷ Los artículos III-269 y 270 utilizan esta fórmula como vía de cooperación en materia civil y penal. Y es tan próxima a la armonización que el artículo siguiente (III-271.2) prevé que tal aproximación pueda ser imprescindible en un ámbito, el penal, que ya haya sido armonizado. Esta previsión refuerza la mencionada cercanía, en la mente de los redactores del Tratado, entre aproximación y armonización de regulaciones nacionales, sin perjuicio de que, a mi entender, resulte disparatada la previsión de que una materia armonizada siga albergando disposiciones tan alejadas entre sí que necesite de una adicional labor de aproximación. Ciertamente, ya antes, en el artículo III-209.3.º vemos próximos ambos términos, pero el indisimulable estilo preambular del párrafo, y aun de todo el artículo, sumado a la estricta ininteligibilidad de alguno de sus pasajes y a la utilización del concepto de armonización para referirla no a regulaciones jurídicas, sino a sistemas sociales determinan la gran dificultad de extraer de este precepto consecuencias conceptuales pacíficas; máxime cuando el artículo siguiente, en el punto a) de su apartado 2, excluye toda

RELACIONES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS...

ciones nacionales (p. ej., en los artículos I-172.1 y 173; así como en III-269 a 271), o la *eliminación de las distorsiones* existentes entre ellas (v. gr., el artículo I-174 e, implícitamente, el I-175). Asimismo cabría señalar, dependiendo de la interpretación que se haga de sus términos, otras formulas igualmente próximas a la armonización, o que, por su amplitud, podría entenderse que dan cobertura jurídica a ésta, cuales son, por ejemplo, «la ley o la ley marco europea establecerá las acciones correspondientes a los objetivos...», o bien «dispondrá cualesquiera otras medidas oportunas...» (art. III-236.2.d), o la legible en el artículo III-250.2: «cualquier iniciativa adecuada para promover la coordinación...»

- f) En fin, la armonización puede ser dispuesta en una *amplia gama de instrumentos*. Si los preferidos son la ley europea y la ley marco europea, también se admite el reglamento europeo, pese a la naturaleza meramente ejecutiva de éste, al menos en materia de mercado interior (art. III-172.4 y 5). El Tratado habla incluso de *medidas* de armonización (p. ej., en el artículo III-233.2) sin precisar si su soporte será legislativo o ejecutivo, ni cuál de ellos en concreto.

Se impone, consiguientemente, una paciente labor de escudriñamiento de la voluminosa Parte III del Tratado para dirimir cuándo estamos ante una exclusión explícita de toda armonización, cuándo ante una implícita, cuándo ante una armonización expresamente prevista y cuándo, en fin, ante otra también posible por no estar expresamente excluida. Si las admisiones y exclusiones explícitas no parecen presentar dificultad alguna de intelección, las implícitas, por ser alcanzadas por vía interpretativa, son susceptibles de infinitas polémicas. Trabajo para juristas.

Pero no quiero finalizar sin llamar la atención sobre el indeseable estado vagoroso del actual tratamiento de este extremo en el Tratado, que, de mantenerse en su literalidad, puede ser fuente de conflictos. No tengo la menor duda de que sería mucho más correcto el tratamiento contrario, esto es, cambiar el principio general para excluir toda armonización no prevista expresamente en el Tratado. Espero que así se

armonización en la materia de que trata (política social). Unido lo anterior a la errabunda incursión del Tratado por las lindes de los valores, principios, objetivos, fines, misiones, caracteres, etc., de la Unión, asunto del que me ocupó en otro trabajo, es lógico que quede en el lector la impresión de cierto desaliño en la redacción de tan importante cuerpo normativo.

ANTONIO TORRES DEL MORAL

haga en una próxima redacción de éste, que, aprovechando su paralización actual, debería acometerse en cuanto la Unión Europea se recupere de su deseablemente efímero marasmo.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Ninguno de los principios examinados en este trabajo nos resulta extraño. Más o menos, todos ellos, salvo los de flexibilidad y retirada voluntaria de los Estados, se encuentran recogidos en la Constitución española, acaso con algunas diferencias de matiz, pero perfectamente acoplables al espíritu de nuestra norma suprema. Y seguramente se puede decir lo mismo en relación con otras constituciones de Estados miembros de la Unión, aunque lógicamente hay más coincidencias con las de los Estados territorialmente complejos.

Independientemente del comentario negativo inserto en la nota 17 y al final de epígrafe anterior, el trabajo de los redactores ha sido bastante considerado con los Estados integrantes de la Unión Europea. El Tratado no ningunea a los Estados; incluso podríamos decir que, en vez de exigir que éstos se le adapten, parece que él se ha acomodado a la tradición jurídica y política de ellos. Probablemente no habría podido ser de otro modo, pero no por eso es menos digno de reconocimiento, porque es señal de prudencia.