

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS: APUNTES PARA UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA (DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004)

Juan Francisco Sánchez Barrilao*

SUMARIO

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *Reconstrucción del pluralismo ordinamental europeo.*
- 3.- *Aproximación crítica al principio de primacía del Derecho europeo como supremacía constitucional.*
- 4.- *En torno a una acepción constitucionalista de la primacía del Derecho europeo.*
- 5.- *A modo de epílogo: Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004.*

1. INTRODUCCIÓN

«La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». De este modo viene el art. 1.6 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (en ade-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

lante TECE)¹ a dar respuesta a los conflictos normativos que se susciten entre el Derecho de la Unión Europea y el de sus Estados miembros, y ello conforme al ya clásico *principio de primacía*, si bien ahora en cuanto *constitucionalizado*. Y así, que el alcance de dicho precepto pivote sobre sus respectivas dimensiones de pasado y futuro (dado que proyección potencial), lo que nos llevará a revisar la primacía del Derecho europeo para luego afrontar su potencialidad normativa conforme al nuevo art. 1.6 del TECE: a tales efectos, la conformación ordinamental del Derecho europeo frente a los nacionales, de un lado, y la significación de la pluralidad ordinamental, de otro; segundo, y desde una dimensión sincrónica, una preliminar aproximación crítica al principio de primacía del Derecho europeo como supremacía constitucional; y tercero, no obstante, el alcance que pueda alcanzar tal principio desde el *Derecho constitucional europeo*². Ya, por último, y a modo de epílogo, procederemos a una breve presentación de la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004, respecto a la inexistencia de contradicción del art. 1.6 del TECE con relación a la Constitución española de 1978 (art. 95.2 CE)³.

2. RECONSTRUCCIÓN DEL PLURALISMO ORDINAMENTAL EUROPEO

El planteamiento de relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el de los diversos Estados miembros supone, de partida, el reconocimiento de una situación de pluralidad ordinamental; o lo que es igual, la existencia

¹ Texto aprobado en Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en Bruselas, el 13 de octubre de 2004 (OR fr), CIG 87/104; y firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma, el 29 de octubre de 2004 (www.constitucioneuropea.es).

² Se parte, consecuentemente, de la referencia diacrónica del Derecho europeo, la cual, más allá del carácter histórico del Derecho en general, tiene con relación al Derecho de la Unión una particular proyección a tenor de la naturaleza dinámica y abierta del proceso de integración europea (desde esta consideración dogmática, *cf.* Ángel RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 43 y ss.); para luego estar, cómo no, a la discutida condición constitucional del propio TECE, y sus consecuencias y alcance con relación al principio de primacía (ya, magníficamente, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, «Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, *Relaciones entre Ordenamientos en la Unión Europea*, 2004, pp. 75 y ss. Por último, respecto al referido *Derecho constitucional europeo*, *vid.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Presentación», asimismo en *Revista de Derecho Constitucional Europea*, núm. 1, *cit.*, p. 5).

³ Pronunciada esta Declaración por el Tribunal Constitucional tras la elaboración del grueso de estas notas, y coincidiendo con los planteamientos mantenidos en ellas en sus elementos esenciales, se ha estimado preferible una presentación aun sucinta de ésta al final (en vez de su exposición fragmentada, con ocasión de aquéllas).

de dos o más ordenamientos jurídicos, con sus respectivas normas, interactuando. Y de esta forma, y como instrumento de resolución de conflictos normativos que impliquen normas europeas y nacionales, el señalado principio de primacía a favor de las primeras. Ahora bien, ¿cómo se han construido y sistematizado los diversos ordenamientos referidos, dado que protagonistas de dicha interrelación?

2.a. Conformación ordinamental del Derecho europeo y de los Derechos estatales

De acuerdo a las dos doctrinas más representativas en torno a la conformación del ordenamiento jurídico, la normativista de Kelsen y la institucionalista de Santi Romano (y al margen de concepciones más o menos mixtas o confluyentes)⁴, cabe advertir una mayor o menor propensión o representatividad dogmática al respecto según que nos movamos en el Derecho europeo o en el de los Estados miembros. Así, con relación a los Derechos estatales resulta preponderante, que no exclusiva (según se verá), la configuración normativista, a la luz del modelo de Constitución consolidado contemporáneamente en la Europa occidental. Y ello tanto en vía ascendente, conforme al fundamento de validez de toda norma jurídica en otra sobre producción jurídica y lógicamente superior, hasta llegar a la Constitución normativa dado que fuente suprema o vértice del ordenamiento; como de manera descendente ahora, desde la también Constitución normativa en cuanto base o fundamento sustantivo y formal del entero ordenamiento estatal, mediante los principios de jerarquía y competencia (por todos, Crisafulli)⁵. De este modo, la reconstrucción sistemática del ordenamiento se alcanza material y procedimentalmente desde una Constitución que es fundamento y cúspide del entero Derecho estatal, al que dota de unidad y coherencia a través de la producción de la norma, como de su consiguiente aplicación. Ya, en cuanto a la proyección de tal concepción ordinamental al entrar en contacto con otros ordenamientos externos, ésta todavía giraría sobre la Constitución normativa, en tanto que abre procedimental y sustantivamente las puertas a dicha relación; y con ello, la consideración de la Constitución

⁴ En cuanto a SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo (trad.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963; y respecto a Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., Roberto J. Vernengo (trad.), Porrúa-UNAM, México, 1991.

⁵ Vezio CRISAFULLI, «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes», Juan Francisco Sánchez Barrilao (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, *Relaciones entre Ordenamientos en la Unión Europea*, 2004, pp. 323 y ss.

ahora no sólo como fundamento y base ordinamental, sino como centro de imputación y ordenación relacional de ordenamientos⁶.

Distinto ha ocurrido respecto al Derecho de la Unión (desde su acepción más comunitarista, hasta hoy), predominando una dimensión institucionalista, según destacara Bobbio; no en vano, la comprensión de un Derecho diverso al Estado (a la par que concurrente al Derecho estatal), dando lugar a una pluralidad de ordenamientos en un mismo territorio, es heredera del institucionalismo de Santi Romano⁷. Además, la anterior aproximación normativista alcanzaría al Derecho europeo fundamentalmente en su vertiente más estatutaria o interna (los órganos e instituciones de la Unión en cuanto tal), y no, en cambio, a los Estados miembros y a sus ciudadanos, en cuanto que agentes y destinatarios de tal Derecho. De ahí, precisamente, el impulso de los principios de aplicación directa y de primacía por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, como instrumento y garantía de la autonomía, unidad y sistematicidad del inicialmente Derecho comunitario ante la acción normativa de los Estados miembros; y ello, a su vez, no tanto pretendiéndose un control directo sobre los órganos estatales productores de las normas, sino mediante la garantía del monopolio del juicio de validez y de la interpretación del Derecho comunitario en manos del Tribunal de Justicia de las Comunidades, con relación a la intervención de los jueces nacionales en ocasión de la aplicación de dicho Derecho (cuestión prejudicial)⁸.

De tal forma, la reconstrucción sistemática del Derecho europeo ha resultado esencialmente descendente, en su fase aplicativa, a modo de manifestación de un autoproclamado principio de unidad o monopolio jurisdiccional a favor del Tribunal de Justicia, con el que solventar la falta de control político de las Comunidades respecto a los Estados miembros (STJ *Foto-Frost*, de 22 de noviembre de 1987, C-345/85); y así, incluso, que la primacía del Derecho europeo surgiera más desde una lógica política que jurídica, si bien, eso sí, como garantía jurídica de la autonomía y sistematicidad del mismo ante aquéllos. También, con esto, que dicho desarrollo y proceso

⁶ Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «El ordenamiento jurídico», junto a Gregorio CÁMARA VILLAR, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, Juan CANO BUESO, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y Ángel RODRÍGUEZ, *Derecho Constitucional (I)*, Francisco Balaguer Callejón (coord.), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 87.

⁷ Norberto BOBBIO, «Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (trad.), Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pp. 155 y ss.

⁸ Vid. Ricardo ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho comunitario (Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217 y ss.

se haya manifestado al tiempo dialéctico, comunicativo, entre los Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia; y en especial, cuando de los Tribunales Constitucionales se ha tratado, dado que supremos intérpretes y garantes de las Constituciones de sus respectivos Estados, y consiguientes y efectivos competidores con relación al monopolio jurisdiccional y la garantía última de la unidad y sistematicidad del entero Derecho aplicable⁹.

2.b. *Significación de la pluralidad ordinamental*

Pero una cosa es el reconocimiento de una pluralidad ordinamental, como hiciera Santi Romano, y otra deducir automáticamente un valor jurídico o político concreto (según vuelve a señalar Bobbio), pues ello, en cuanto tal, no supone sino una mera realidad compartida o concurrente, en la que, eso sí, el Estado carece del monopolio de producción de las normas jurídicas. Y esto, a su vez, en relación con la distinción entre una mera realidad de pluralidad de ordenamientos, y la previsión de un ordenamiento plural, pues mientras lo primero únicamente es constatación fáctica de la existencia de una serie de centros políticos y productores de normas jurídicas (atiéndase a la *Edad Media*, por ejemplo), lo segundo, en cambio, sí es expresión del reconocimiento y garantía jurídica de una pluralidad de centros detentadores de poder político y de producción de Derecho, según históricamente se ha significado desde el federalismo y se ha desarrollado a la vista de la consolidación del concepto contemporáneo de Constitución normativa (como expresión y garantía de la democracia y del pluralismo político).

Ahora bien, lo anterior también conlleva consecuencias a los efectos de la ordenación de las relaciones entre ordenamientos, como ha puesto de manifiesto Cannizzaro, pues: ante la simple constatación plural de ordenamientos no hay regla única, ni monopolio en la resolución del conflicto normativo interordinamental, de forma que la respuesta será plural y vendrá desde los diversos sistemas afectados, entrando éstos en competencia por el control; mientras que en el caso de un ordenamiento plural, el mismo orden normativo que reconoce y garantiza tal pluralismo, reconoce y garantiza a su vez cierta unidad, de modo que ordena y resuelve las relaciones y conflictos que surgen entre los ordenamientos existentes a su amparo¹⁰. Así ha venido a suceder, de un lado, con relación al Derecho comunitario y los diversos Derechos estatales.

⁹ Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁰ Enzo CANNIZZARO, «Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità», *Quaderni Fiorentini*, núm. 31 (I), 2002, pp. 245 y ss.

En los Estados política y jurídicamente descentralizados, la Constitución estatal es a la par fundamento de tal descentralización ordinamental, al dar lugar o reconocer diversos ordenamientos, como de la garantía misma de la unidad del entero sistema normativo a nivel estatal ahora; y ello, al conservar el control de la regulación de las relaciones entre los diversos ordenamientos a los que aquélla da lugar o reconoce. A estos efectos, la Constitución, directa o indirectamente, determina normativamente tanto las reglas de conformación y ordenación de la propia descentralización jurídica, como las reglas de resolución de conflictos con las que garantizar la unidad y sistematicidad del entero orden normativo¹¹.

Mientras, con relación al Derecho europeo y los Derechos internos, la falta de una auténtica Constitución europea hasta ahora, dado que fundamento y garantía del plural sistema normativo resultante, ha impedido la anterior reconstrucción, de modo que la regulación de las relaciones entre los diversos ordenamientos no ha quedado exclusivamente determinada por ninguno de ellos. Al contrario, tal ordenación ha resultado de la comunicación de principios indicados y orientados desde los diversos ordenamientos, en pugna dialéctica: son la primacía del Derecho europeo y la supremacía constitucional, y sin llegar ninguno a dominar enteramente al otro. Obviamente tal situación se habría de resolver, en dicho sentido, de mano de una verdadera Constitución en Europa, en cuanto fundamento, que no simple consecuencia, del plural entramado ordinamental (Balaguer Callejón)¹².

3. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO COMO SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, ¿en qué consiste y cómo funciona el principio de primacía?; ¿cuál es su alcance? Y esto desde su institucionalización, y su consideración desde la teoría de las fuentes y la *supuesta* dimensión normativa del TECE.

3.a. *Constitucionalización del principio de primacía*

Surgido inicialmente el principio de primacía del Derecho comunitario como construcción jurisprudencial (STJ *Costa y Enel*, de 15 de julio de

¹¹ De interés, Santiago A. ROURA GÓMEZ, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 (El Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

¹² Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 181 y ss.

1964, C-6/64), en el afán del Tribunal de Justicia por garantizar la autonomía y unidad del Derecho comunitario ante los Derechos de los Estados miembros de las, en aquel entonces, Comunidades (y esto, con la consiguiente tacha en su legitimidad democrática)¹³, se ha visto finalmente institucionalizado a nivel normativo con ocasión del art. 1.6 del TECE¹⁴. A ello, además, se le ha acompañado en algunos casos de expresas reformas constitucionales estatales a favor de la primacía del Derecho europeo, como por ejemplo la Constitución de Irlanda (art. 29.4), de forma que, al hilo de la significación normativa que tales cláusulas supongan en las respectivas Constituciones (en tanto que abiertas más allá de su procedimiento de reforma), han venido, ahora sí, a dar lugar a un mecanismo bifronte de garantía de *todo* el Derecho europeo. Tal cosa, en cambio, no se da en relación con aquellas Constituciones que no se han reformado en dicho sentido (como la Española, a finales de 2004), por cuanto que guardan y mantienen su suprema normatividad respecto al Derecho europeo derivado [una vez, eso sí, salva-da su normatividad frente los mismos Tratados, mediante la previa reforma constitucional (arts. 93 y 95 CE)]. O al menos, como han indicado los Tribunales constitucionales nacionales, respecto a los elementos claves de sus respectivas Constituciones [así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán en sus Sentencias de 29 de mayo de 1974 (*Solange I*), 22 de octubre de 1986 (*Solange II*), y 12 de octubre de 1993 (sobre el Tratado de la Unión Europea); también, Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional español, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht]. De esta forma, dichos Tribunales han aceptado a la postre la primacía del Derecho comunitario derivado frente a las propias Constituciones, incluso, siempre y cuando éste sea respetuoso, en general, con los estándares mínimos constitucionales que se han visto consolidados en Europa tras la Segunda Guerra Mundial: democracia, derechos fundamentales y descentralización territorial¹⁵.

¹³ En tal sentido, ya, Joseph H. H. WEILER. «Viaje a lo desconocido: pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política», José M. De Areilza y Cristina Martínez del Peral (trad.), en *Europa fin de Siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 127 y ss. Y sobre la inicial legitimidad funcional de Europa, Cesare PINELLI, «Scelte costituzionali e scelte comunitarie. La formazione dei paradigmi», en *Il momento della scrittura*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 51 y ss.

¹⁴ Así, al tiempo, en un proceso *mixto* con relación a los avances ofrecidos por el Tribunal de Justicia a través de su jurisprudencia, mas con su déficit de legitimidad democrática y política, y el impulso de los Estados, ahora, en su mayor integración jurídica y política en Europa.

¹⁵ Vid. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Unión Europea)*, CEURA, Madrid, 1994, pp. 275 y ss.

En este sentido, se ha reconocido la paulatina aparición jurisprudencial de un *Derecho constitucional común europeo* (Häberle)¹⁶, más tarde institucionalizado como *patrimonio constitucional común europeo* a modo de parámetro de validez del propio Derecho de la Unión (art. 6.2 TUE)¹⁷, dando lugar, al tiempo, a una suerte de un *multilevel constitutionalism* (en expresión de Pernice)¹⁸. Y así que, sin perjuicio de las limitaciones de tal construcción, en la actualidad pueda hablarse, en el contexto de la Unión Europea, de un constitucionalismo latente (como *pluralismo constitucionalizado*)¹⁹, del que ya es expresión cualificada la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, y con ello, luego, que el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* venga, además de impulsar el proceso de integración jurídica y política en Europa, a consolidar *normativamente* dicho constitucionalismo europeo²⁰. Otra cosa es, evidentemente (según se viene a mostrar), cuál sea el alcance de dicha *normatividad*, e incluso su misma *supremacía* constitucional.

3.b. *Primacía del Derecho europeo, ¿cómo prevalencia o supremacía?*

Desde una perspectiva doctrinal constitucional de las fuentes del Derecho, ahora²¹, el principio de primacía se equipara con el más clásico *principio de prevalencia*, según el cual, y a medio camino entre la jerarquía y la competencia, determinadas normas desplazan a otras en su aplicación. De esta forma que, de un lado, tal principio se dirija inicial y eminentemente a los aplicadores del Derecho (más que a los órganos productores del mismo), y, de otro (y consecuentemente), no sea un principio ordenador y conformador de las relaciones entre normas y ordenamientos, sino, y simplemente, un principio resolutor de conflictos normativos.

¹⁶ Peter HÄBERLE, «Derecho constitucional común europeo», Emilio Mikunda (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 1993, pp. 7 a 46.

¹⁷ Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁸ Ingolf PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703 a 750.

¹⁹ Cfr. Mario P. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Luis Ortega (trad.), Civitas, Madrid, 2002, p. 46

²⁰ Luigi FERRAJOLI, «Pasado y futuro del Derecho», Pilar Allegue (trad.), en AAVV *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2003, p. 24.

²¹ Francisco BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho (I. Principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991; y *Fuentes del Derecho (II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Tecnos, Madrid, 1992. Asimismo, de interés, *vid.* Mario RUIZ SANZ, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, DYKINSON, Madrid, 2002.

Sin más, esto supone, primero, distinguir tal principio drásticamente de los de jerarquía y competencia, pues éstos sí que actúan tanto en relación con la producción de la norma, disciplinándola, como en su posterior aplicación y control, de forma que no se limitan a ordenar el desplazamiento de una norma por otra, afectando a la vigencia y validez de éstas. Y segundo, a su vez, que desde una aproximación normativo-constitucional clásica a las relaciones entre ordenamientos la actuación del principio de competencia, fundamentalmente, desplace al de prevalencia; y es que en sistemas ordinamentales plurales donde la distribución competencial se encuentra determinada normativamente, la conformidad de una norma con la distribución competencial-normativa determina su validez, mientras que la otra, en conflicto, resulta ilegítima (siendo jurisdiccionalmente declarada su falta de validez, mas sin que impida cierta compatibilidad provisional con la prevalencia a modo de criterio cautelar en tanto se produzca dicha declaración sobre la competencia). Ello responde a la cualificada posición de la norma parámetro de la competencia, en cuanto superior-común a las otras dos en conflicto, y, consecuentemente, respecto a los ordenamientos en conflicto; o lo que es igual, a cómo la pluralidad ordinamental es expresión y fruto de una auténtica Constitución normativa garante y ordenadora de tal pluralismo, de forma que las consiguientes relaciones ordinamentales no resultan determinadas plurilateralmente desde los diversos ordenamientos, sino por la Constitución²².

Lo anterior, en cambio, no sucede con ocasión de la primacía del Derecho europeo, en su acepción más clásica, dado que mera prevalencia (o desplazamiento de normas)²³, y al ser el Derecho europeo más fruto del pluralismo que causa del mismo; y tampoco respecto a su nueva formulación constitucional, pues, aun condicionando el art. 1.6 del TECE la primacía del Derecho europeo a su competencia, iguala la primacía de la Constitución misma con el Derecho europeo derivado, con lo que, finalmente, pare-

²² Y esto también con relación a la aparición de *normas interpuestas* (en la terminología italiana), dado que mero *complemento* de la Constitución en la configuración del sistema de producción jurídica de la norma, en tanto que expresamente previstas por la propia Constitución a tal fin.

²³ Así, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 176 a 178. Con todo, se ha de hacer referencia a la Sentencia *Simmenthal*, según la cual: «[...] en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tiene por efecto no solamente [...] hacer inaplicable cualesquiera disposición de la legislación nacional [...] sino también impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias» (STJ de 9 de marzo de 1978, C-106/77, 629).

cería moverse todavía en los clásicos paradigmas de la prevalencia del Derecho europeo, cualquiera que sea su fuente (según se ha apuntado). Además, está por ver la proyección normativa del propio TECE, en relación con el deber de los Estados de «asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos institucionales de la Unión» (art. I.5.2 TECE)²⁴; y es que, entonces sí, lo que cabría postularse, al margen de la primacía, es la supremacía del TECE en cuanto que Constitución de la Unión Europea. A fin de cuentas, el dilema de la constitucionalización de la primacía del Derecho europeo pasa por la naturaleza del TECE, al determinar ello el régimen jurídico de dicha primacía. A tales efectos, por tanto, se ha de estar a la consideración misma del TECE como fuente del Derecho, y esto con relación a su supuesta superioridad *ab initio*, como *a posteriori*.

En cuanto a lo primero, y en conexión con la supremacía de toda Constitución²⁵, no se puede decir que el TECE sea expresión de un poder constituyente originario; y es que, más allá de la relativización de tal noción²⁶, como de su hipotética configuración a nivel europeo (dado que compartida entre los Estado y el pueblo o los pueblos de Europa)²⁷, el TECE nace formalmente como Tratado, previéndose por el mismo su ratificación por los Estados como tal (art. IV.447.1 TECE)²⁸. Otra cosa es, sin duda, lo que

²⁴ Sobre el *principio de responsabilidad interna de los Estados*, asimismo de origen jurisprudencial [aunque posteriormente positivizado en el Tratado de Maastricht (art. 171.2)], nuevamente Ricardo ALONSO GARCÍA, pero ahora *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997.

²⁵ Manuel ARAGÓN REYES, «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional», en *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 85 a 107.

²⁶ Por ejemplo, *vid.* Gianluigi PALOMBELLA, *Constitución y soberanía (El sentido de la democracia constitucional)*, José Calvo González (trad.), Comares, Granada, 2000.

²⁷ En tal sentido, Maurizio FIORAVANTI, «Il processo costituente europeo», *Quaderni Fiorentini*, núm. 31 (I), 2002, p. 278.

²⁸ *Vid.* Luis María Díez-PICAZO, «Tratados y Constitución», en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 81 y ss. No obstante, en buena medida, cabe pensar que ello sea consecuencia de la misma dificultad del proceso constituyente abierto en la Unión Europea en resolver las paradojas propias de cualquier reforma constitucional drástica, en tanto que ampliamente superadora de una situación originaria de *ignorancia relativa* en las respectivas posiciones de los sujetos miembros; y es que no es lo mismo constituir *stricto sensu* hoy la Unión, como reconducirla cuando ya está conformada en sus elementos más básicos. Con relación al velo de la ignorancia (John RAWLS), y las paradojas de la reforma constitucional (Gustavo ZAGREBELSKY), *vid.*, si bien respecto al particularísimo caso italiano, Roberto BIN, *Capire la Costituzione*, 2ª ed., Editori Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 18 a 20, y 125 y ss.

pueda resultar del apoyo democrático que cabe suponer de referéndums nacionales sobre tal ratificación [limitado, entiendo, en tanto que no exigidos constitucionalmente a nivel europeo, ni estatal (en su caso)]²⁹, como en el futuro del sentimiento normativo que del TECE se pueda llegar a alcanzar (según se verá en el siguiente epígrafe)³⁰; o, incluso, a la vista de hipotéticas reformas constitucionales a nivel estatal asumiendo la primacía del Derecho europeo³¹, ya, sin más (conforme se ha señalado con relación a Irlanda), o limitadamente según apuntara el Consejo de Estado para el supuesto de España, en Dictamen de 21 de noviembre de 2004 (desechada, no obstante, por el Tribunal Constitucional en Declaración de 13 de diciembre de 2004, conforme se verá)³².

²⁹ Distinto es que, a nivel nacional, tal referéndum sea exigido con relación a una reforma constitucional, dado que actuación, si no del poder constituyente nacional, sí al menos del poder de reforma; al respecto de éste, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente», en AAVV *La Democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente (I)*, Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo y Juan J. Solozábal Echavarría (presentación), Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 110 y ss. Con todo, además, estaría siempre el que sobre dichos referéndums nacionales y parciales no se podría construir una legitimidad homogénea del TECE a nivel europeo, lo que irremediablemente vendría a afectar y limitar su naturaleza constitucional en cuanto fuente del Derecho.

³⁰ Sin embargo se mantendrá la dificultad normativa de su reforma, otra vez exigiéndose la ratificación estatal (art. IV.443.3, in fine, TECE), como la posibilidad expresamente reconocida a los Estados (art. I.60 TECE) de dejar de formar parte de la Unión, obviándose así la supuesta supremacía del TECE; y es que ello supone que cualquiera de los Estados pueda romper el supuesto o hipotético pacto constitucional al que al pudiera haberse llegado. No obstante, sobre el carácter normativo del TECE, *vid.* Luigi GIANNITI, «La revisione del futuro Trattato costituzionale ed il diritto di recesso: sull'ambiguo processo di costituzionalizzazione dell'Unione», en www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convenzione/interventi (10/05/2003).

³¹ En tal sentido, *cfr.* Carlos DE CABO MARTÍN, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 89 y ss.

³² Sin perjuicio de que la cuestión se haya diferido al Tribunal Constitucional, al amparo del art. 95.2 CE (como sugiere el propio Consejo, y aquél la haya rechazado en la referida Declaración): «Cabe apuntar [dice el Consejo] que una fórmula para salvar en este caso y *pro futuro* eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario, quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión, sería, siguiendo la pauta de otros modelos constitucionales europeos, 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 necesario– 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» (IV). Ya, para una aproximación

4. EN TORNO A UNA ACEPCIÓN CONSTITUCIONALISTA DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO

Son varias y complementarias, las perspectivas desde las que ahora aproximarnos a una *acepción* más *constitucionalista* del Derecho europeo y el TECE: la primera, el institucionalismo todavía; la segunda, en cambio, el normativismo; y la tercera, y sin embargo, desde cierta crisis del mismo normativismo. Y desde ellas, al propio principio de primacía del Derecho europeo, según ha sido positivizado en el TECE.

4.a. *Sobre la normativización del TECE*

De un lado, la concepción normativa no ha dominado exclusivamente la conformación de los sistemas constitucionales, viniendo éstos al tiempo a desarrollarse de manera mixta (si bien, eso sí, en diverso grado); no en vano, la validez misma de la Constitución normativa, y de todo ordenamiento originario, depende de su propia efectividad³³. Pero es más; la afirmación de la supremacía política y jurídica de algunas Constituciones, hoy prototípicas, no ha sido sólo el fruto compacto y homogéneo de un supuesto proceso constituyente, sino también el resultado de un proceso histórico y dialéctico. Este es el caso, por ejemplo, del desarrollo de la supremacía de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica frente a las Constituciones de sus Estados miembros³⁴, la cual se ha mostrado como un proceso histórico (al igual que el Derecho europeo), además de especialmente conflictivo (en particular, con relación a los derechos fundamentales). Así, por tanto, no cabe negar la posibilidad de que el TECE sea reconocido, desde la comunicación dialéctica de las instituciones europeas y estatales (además de la ciudadanía), como una auténtica Constitución superior jurídica y políticamente frente a las de los Estados miembros. De esta forma ya

crítica a dicho Dictamen (y antes aún de la Decisión del Tribunal Constitucional al respecto), *vid.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*», *La Ley*, núm. 6138, 30 de noviembre de 2004, pp. 1 a 3.

³³ *Cfr.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (I)*... *cit.*, pp. 93 a 97, y 121 y 123.

³⁴ Art. VI Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: [2] «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in Every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding».

sucede, en algún grado, desde el momento en que los propios Tribunales Constitucionales reconocen en general la primacía del Derecho europeo ante sus respectivos Derechos constitucionales, siempre y cuando aquél se muestre generalmente conforme a un cuadro o marco principal-constitucional estandarizado. Sin embargo con ello también, y a medio camino entre el institucionalismo y el normativismo, desde la consideración misma de dicho Derecho a modo de *Constitución material* de la Unión Europea³⁵: es decir, la postulación del presente nivel alcanzado por el Derecho europeo y la integración europea como un estadio y un límite para los actuales Derechos constitucionales de los Estados miembros, al respecto del cual no caben retrocesos³⁶; y la consideración del TECE, por tanto, como expresión o resultado de tal proceso, a la par que específico instrumento de normativización constitucional de tal momento, abrazándose así el institucionalismo con el normativismo.

Además, y no menos importante, está cómo el Derecho europeo viene acogiendo, paulatinamente, conceptos e institutos propios del Derecho constitucional de los Estados. De este modo por ejemplo, y más allá del referido *Derecho constitucional común europeo*, el mismo TECE, en cuanto que referido a la constitución de Europa, e integrando figuras clásicas del Derecho constitucional comparado europeo como es la ley o los derechos fundamentales, o ya antes, incluso, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en tal sentido³⁷. Así, que el juego combinado del len-

³⁵ En la aproximación dogmática-general que ofreciera MORTATI (obviamente, más allá de la particular consideración de la misma con relación al fascismo), antes y después de la Constitución de la República italiana; al respecto, *vid.* Gustavo ZAGREBELSKY, «Epílogo», en Costantino MORTATI, *La Constitución en sentido material*, Almudena Bergareche Gros (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 229 y ss. Pero también, incluso, con relación a la consideración de la vigente Constitución de Europa como «un conjunto de constituciones parciales y no escritas»; Peter HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», Francisco Balaguer Callejón (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, *Relaciones entre ordenamientos en la Unión Europea*, 2004, pp. 12 y ss,

³⁶ Por ejemplo, Benito ALÁEZ CORRAL, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 342 y ss.; Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente... *cit.*; y Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 322 a 324.

³⁷ Sobre la Carta, como paulatina incorporación de la dogmática constitucional al Derecho europeo, *vid.* Baldomero OLIVER LEÓN, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 221 y ss.; mas, para una aproximación crítica al respecto, Paolo RIDOLA, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo

guaje y de institutos específicamente constitucionales a nivel europeo permita ya aproximaciones más constitucionales al Derecho europeo, ahondando poco a poco en su condición constitucional³⁸; es decir, la posibilidad de considerar el TECE como Constitución normativa, en tanto que apreciado por los operadores políticos, jurídicos y científicos como auténtica Constitución desde el Derecho constitucional, extendiendo a éste sus técnicas, instituciones y dogmática³⁹. No en vano, de lo que se trata (desde el Derecho Constitucional), es de procurar respuestas que no desintegren o reduzcan la normatividad constitucional, dado que conquista histórica de Occidente y expresión de un estadio cultural⁴⁰.

Sin embargo, la concepción normativa de Constitución no vive hoy sus mejores días a la vista de cómo una serie de fenómenos, como la globalización y la tecnología, vienen progresivamente socavándola; la soberanía y el Estado están en crisis, y con ello la propia Constitución y el Derecho constitucional, buscándose respuestas globales y regionales con las que solventar dicha situación. Al respecto, precisamente, y desde Europa, se presenta el Derecho europeo, y el hasta ahora *Derecho constitucional común europeo*, como una de tales respuestas⁴¹. En tal sentido, el Derecho europeo ha demostrado una suficiente flexibilidad formal con la que resistir los envites de la

europeo», Juan Francisco Sánchez Barrilao (trad.), en AAVV *Derecho constitucional y cultura (Estudios en homenaje a Peter Häberle)*, Francisco Balaguer Callejón (coord.), Tecnos, Madrid, pp. 463 y ss. Y de manera paralela, la consideración incluso del Derecho constitucional como nuevo Derecho común en Europa, según Antonio LÓPEZ PINA e Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en *Elementos de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 38 y ss. [y ya, desde el Derecho administrativo, vid. Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo, (Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo)*, Civitas, Madrid, 2004, especialmente pp. 84 y ss., y la bibliografía allí citada].

³⁸ Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, *Relaciones entre Ordenamientos en la Unión Europea*, 2004, pp. 307 y ss.

³⁹ Desde esta perspectiva doctrinal, vid. Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, especialmente «Presentación» y Cap. 1.

⁴⁰ Respectivamente, cfr.: Pedro CRUZ VILLALÓN, «Posibilidad y cometido de un Derecho constitucional "constitucionalmente adecuado"», en AAVV *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal (I)*, Universidad de Murcia, 1997, especialmente pp. 181 y 182; y, cómo no, Peter HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (trad.), Trotta, Madrid, 1998, pp. 87 y 88.

⁴¹ Para una primera aproximación al respecto, nuestro trabajo «Globalizzazione, tecnologia e costituzione: verso una democrazia planetaria e un diritto costituzionale comune?», Andrea Buratti (trad.), *Nomos*, 3/2002, pp. 169 y ss., y la bibliografía allí citada.

globalización, si bien ha desarrollado, a la par, un sustrato material o sustantivo a modo de neo-constitucionalismo⁴²; pero además, y no menos importante, ha sido capaz de potenciar principios nuevos para problemas asimismo nuevos que desde el Derecho constitucional clásico y estatal no tenían respuestas (en tanto que limitados por la soberanía), y que al tiempo se han extendido a éstos (pensemos así en el desarrollo del principio de *precaución*, con relación a los riesgos medioambientales, primero, y sanitarios, después)⁴³. Por tanto, y aún aceptándose dicha respuesta como limitada, en cuanto a su maleabilidad o *ductibilidad* constitucional⁴⁴, quepa asumirse como punto de partida, que no de llegada, para la ordenación de Europa ante el contexto histórico actual.

4.b. *Consideraciones a fortiori sobre el alcance del art. 1.6 del TECE*

Si se arriba finalmente al TECE como Constitución normativa en un futuro, aun con sus limitaciones, tal normatividad habrá de extenderse respecto a la primacía del Derecho Europeo y del mismo TECE con relación a los Derechos estatales y a las propias Constituciones internas. Y con ello, entendiendo la primacía entonces como instrumento pleno de reordenación de conflictos normativos-interordinamentales en cuanto que el TECE sea considerado, si no como base o fundamento de un ordenamiento plural, sí que como cúpula y crucero de un entramado pluriordinamental al que corona y encauza dándole unidad y sistematicidad última⁴⁵. No en vano, dicho entramado resultará aún abierto al juego y fuerzas de los diversos ordenamientos implicados (en particular, de los constitucionales), a la vista de la pluralidad de poderes constituyentes concurrentes (a nivel europeo, como de los Estados); y consecuentemente, que la primacía y la supremacía del TECE difícilmente pueda entenderse como total superioridad de éste

⁴² De manera más detenida, en otro trabajo nuestro, «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 256 y ss.

⁴³ Eberhard, SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema (Objeto y fundamentos de la construcción sistemática)*, Javier Barnés *et alii* (trad.), Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 133 y ss.

⁴⁴ En atención a la concepción *dúctil* que del Derecho constitucional nos ofrece Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Marina Gascón (trad.), Trotta, Madrid, 1995; ya, para una crítica al respecto, *vid.* Gonzalo MAESTRO BUELGA, «Globalización y Constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 137 y ss.

⁴⁵ Aunque sólo sea a *golpe* de resolución jurisdiccional de dichos conflictos normativos, y sus ulteriores consecuencias o proyecciones normativas a nivel estatal.

respecto a las Constituciones de los Estados miembros de la Unión, dado que todavía expresión de poderes constituyentes originarios, aunque limitados (art. I.5.1 TECE). Con todo, dicha normatividad habría de alcanzar la referida obligación de los Estados de «asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión» (art. I.5.2 TECE), siendo jurisdiccionalmente garantizado por ésta frente a los Estados (arts. III.360 y ss. TECE).

De esta forma, en cuanto al Derecho estatal infraconstitucional, éste podría encontrar una sujeción o subordinación doble, que no monopolizada (ni jerarquizada), con relación al TECE y a su respectiva Constitución estatal; e incluso, al tiempo, llegar a condicionar su validez al TECE no ya como mera norma interpuesta, sino como auténtico Derecho constitucional, en cuanto que parte de un hipotético «bloque europeo de la constitucionalidad»⁴⁶. Por tanto, y entonces sí, cabría hacer valer el principio de competencia con relación al Derecho estatal infraconstitucional frente al TECE, pudiendo ser declarado jurisdiccionalmente ilegítimo por contrariar el reparto competencial (arts. I.11 y ss. TECE), si bien, claro está, dicho enjuiciamiento continuaría residiendo en órganos jurisdiccionales estatales (en particular en los Tribunales Constitucionales respecto a la ley allí donde existan, como es el caso de España); y es que tal reparto competencial actuaría sobre la producción jurídica, alcanzando a los órganos normativos estatales (art. I.12 TECE)⁴⁷. No obstante (y según apuntamos antes), prevaleciendo el principio de competencia sobre el de primacía a la hora de un conflicto normativo de segundo grado, cabría su compatibilidad en cuanto que la primacía actuase provisoria y temporalmente hasta tanto sea jurisdiccional y definitivamente definida la competencia; y esto, además, con las ventajas del cuasi-automatismo con que la primacía ha venido funcionando a nivel judicial, frente a la mayor complejidad de la competencia⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, «El papel de los Tribunales Constitucionales en el futuro constitucional de la Unión», en *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 71 y ss.

⁴⁷ Por otra parte, con relación al Derecho europeo derivado, su legitimidad competencial seguiría exclusivamente en manos del Tribunal de Justicia (art. III.365 TECE), y en especial a través de la cuestión prejudicial (arts. III.369 TECE).

⁴⁸ Complejidad aún mayor respecto al Derecho europeo, a la vista del sistema de reparto competencial establecido en los arts. I.11 y ss. del TECE; y ello, además, con las dificultades añadidas del principio de subsidiariedad (art. I.11.3 TECE), en cuanto que parámetro jurídico. Para una aproximación preliminar al nuevo régimen de distribución competencial en la Unión, *vid.* Javier Díez-Hochleitner, «El sistema competencial de la Unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención europea», en AAVV *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Enoch Albertí Rovira (dir.) y Eduard Roig Molés (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 203 y ss.

Respecto al Derecho constitucional de los Estados miembros de la Unión (y conforme a lo indicado más arriba), la normatividad del TECE no alcanzará una total superioridad sobre aquéllos (consideramos), si bien sí podrá primar o prevalecer a nivel europeo en caso de conflicto. Ahora bien, ¿cabe dicho conflicto?. Y es que, de un lado (y en teoría), la ratificación del TECE por los Estados exige su constitucionalidad previa, reformándose entonces las Constituciones en caso contrario; y ello, incluso, respecto a ulteriores reformas del propio TECE (art. IV.443.4). Es de esta forma que, de algún modo, la actuación constituyente en Europa suponga siempre una acción paralela con relación a los Estados⁴⁹, y que, *a priori*, resulte difícil pensar en tales conflictos. No obstante (y en la praxis), tanto una contradicción inicial no apreciada, como una hipotética y posterior reforma constitucional a tal ratificación, pueden poner a la luz un conflicto de tal tipo. Un conflicto que, entendemos, habría de ser resuelto provisionalmente a favor de la primacía del TECE, sin perjuicio de que, o se resolviera mediante la salida del Estado de la Unión (art. I.60 TECE), o mediante una nueva reforma constitucional estatal (art. I.5.2 TECE)⁵⁰. Para terminar, nos quedaría el supuesto de normas de Derecho europeo derivado aún en el seno de su competencia (y sustantivamente legítimas), pero contrarias, no obstante, a las Constituciones estatales⁵¹; en tal caso, el conflicto vendría a reconducirse al supuesto anterior, si bien ha de advertirse, todavía, el mantenimiento de cierta sujeción del Derecho europeo derivado a los Derechos constitucionales estatales especialmente en materia de derechos fundamentales, en tanto que parte del Derecho de la Unión (arts. I.9.3, II.112.4 y III.257.1 TECE).

A la vista de lo anterior, parecería alcanzarse una posición similar a la ya sostenida por el Tribunal de Justicia y buena parte de la doctrina comunitarista; es decir, la primacía o prevalencia del Derecho europeo, sin más, respecto al Derecho estatal cualquiera que sea su fuente⁵². Sin embar-

⁴⁹ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución... cit.*, pp. 324 y 325.

⁵⁰ Pero desde luego, insistimos, sin llegar a actuar una total supremacía normativa del TECE con relación a las Constituciones estatales, dado que una contradicción de éstas respecto a la primera no cabría ser resuelta jurisdiccionalmente en términos de validez, sino, lo más, como prevalencia del mismo: es decir, como primacía del TECE en cuanto que desplazamiento judicial de las normas constitucionales estatales contrarias a él.

⁵¹ Y esto, además, dada la proyección que pueda alcanzarse, por ejemplo, con ocasión de la construcción del *espacio de libertad, seguridad y justicia* en Europa, y en particular mediante leyes europeas y leyes marco europeas (arts. I.3.2, I.42 y III.257 TECE), frente las clásicas garantías jurisdiccionales a nivel constitucional de los Estados miembros.

⁵² No obstante, de alguna, forma, es lo que ha venido a decirse en la declaración relativa al art. I.6 del TECE: «La Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Ins-

go, aunque la meta o llegada parece la misma, su fundamentación dogmática abrazaría ahora al Derecho constitucional, lo que a buen seguro permitirá resolver de manera más fluida y pacífica el mayor número de conflictos de índole constitucional que en el futuro se dará en las relaciones entre el Derecho europeo y el estatal a tenor de la mayor integración europea y la globalización, y la consiguiente asunción por la Unión Europea de aspectos específicamente constitucionales⁵³. Y esto, además, desde la consideración de las relaciones entre los ordenamientos que concurren aquí menos competitivas, sino más cooperativas en la efectiva conformación de la integración europea⁵⁴.

5. A MODO DE EPÍLOGO: DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004

Con la Declaración de 13 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional viene a resolver un requerimiento del Gobierno (asunto núm. 6603-2004)⁵⁵ acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los arts. I.6, II.111 y II.112 del TECE (declarándose la falta de tal contradicción). Al respecto, y una vez señalada por el Tribunal la finalidad del procedimiento instado en la ocasión conforme al art. 95.2 de la Constitución (FJ núm. 1), y explicitadas algunas consideraciones previas sobre el alcance y contenido del art. 93 de la misma a modo de «soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro»⁵⁶, mas no de manera ilimitada (FJ núm.

tancia»; «Declaraciones anexas al Acta final de la Conferencia intergubernamental y Acta final», Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, Bruselas, 13 de octubre de 2004, Adenda 2 al Documento CIG 87/04 REV 1 (OR. fr., ADD 2 REV 1). También, *vid.* Decisión 505/2004 del Consejo Constitucional francés, de 19 de noviembre.

⁵³ Como por ejemplo, nuevamente, con relación al *espacio de libertad, seguridad y justicia* en Europa y las garantías procesales recogidas en las Constituciones de los Estados miembros (y otra vez, art. III.257.1 TECE).

⁵⁴ Ya, desde tal perspectiva (si bien con ocasión del estudio del pluralismo ordinamental en Italia), *vid.* nuestro trabajo «Acerca de la nueva naturaleza de los Estatutos de las Regiones ordinarias en Italia, a la luz de la Sentencia de la Corte Constitucional 304/2002», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, p. 306.

⁵⁵ Conforme fuera recomendado por el referido Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 2004.

⁵⁶ «[...] ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos en su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de compe-

2)⁵⁷, el Constitucional parte de cómo el nuevo *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, con todo, mantiene una actitud clásica de la primacía (como también hemos mantenido)⁵⁸ y de respeto a la posición de los Estados⁵⁹, a la par que se limita y sujeta inequívocamente, ahora sí, a las exigencias básicas de la Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁰; y con ello, cómo dicha primacía, que se proclama formalmente con el Tratado, «opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales» (FJ núm. 3).

Además, y profundizando ya en la cuestión elevada ante él, el Tribunal Constitucional niega que exista contradicción entre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y la supremacía constitucional que se

tencias [...] Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos».

⁵⁷ «[...] la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la Soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia [...]».

⁵⁸ «Esta estipulación del Tratado [art. I.6], tal y como ha hecho constar formalmente la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (Declaración anexa al art. I-6), “refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia” [...]. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una “exigencia existencial” de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados».

⁵⁹ «[...] el Tratado [...] parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y de funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados».

⁶⁰ «Dichos preceptos [arts. I.2, I.5.1 y II.113 TECE], entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal [...]. En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros».

proclama en el art. 9 de la Constitución (FJ núm. 4). Y es que, en la línea mantenida por nosotros más arriba, «primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados»: la supremacía constitucional en el ámbito de los procedimientos de normación, y consecuentemente actuando como fuente de validez de las fuentes que le están infraordenadas; mientras que la primacía actúa «en el de la aplicación de normas válidas», de forma que sólo supone el desplazamiento de normas válidas con respecto a ámbitos de aplicación diferentes. Ahora bien, y en una serie de saltos lógicos no del todo claros en la argumentación del Tribunal, éste pasa a conectar supremacía con primacía, al suponerla, mas advirtiendo la posibilidad de su excepción, en cambio, de modo que la propia Constitución prevea su desplazamiento o inaplicación a favor de normas de otros ordenamientos⁶¹. Esto último es, precisamente, lo que sucede con ocasión del art. 93 de la Constitución española, y el I.6 del TECE; pero también, según el Tribunal, lo que ya venía aconteciendo desde la misma incorporación del Estado español a las en aquel entonces Comunidades Europeas, como atestigua la jurisprudencia constitucional que él señala. Y de ahí, y de cómo el Derecho europeo haya de moverse ahora en un ámbito más ajustado y respetuoso materialmente con relación al Derecho constitucional de los Estados miembros de la Unión, el que el Tribunal Constitucional no aprecie contradicción entre el referido art. I.6 del TECE y el 9.1 de la Constitución. No obstante, y al hilo de los anteriores límites y cautelas constitucionales, el Tribunal Constitucional conjetura con el «caso difícilmente concebible» de cómo, en el futuro desarrollo del Derecho de la Unión, se llegue a una situación «inconciliable» de éste con la Constitución española y sin que tales supuestos excesos resulten resueltos por la garantías ordinarias a nivel europeo; y con ello, y al amparo de «la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución», la posibilidad de que el propio Tribunal Constitucional afrontase dichos retos (inexistentes «desde la perspectiva actual»), sin perjuicio, incluso, de la salida del Estado español de la Unión Europea conforme al art. I.60 TECE (FJ núm. 4, *in fine*)⁶².

⁶¹ «La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya dispuesto [...]», como sucede con ocasión del art. 93 CE (siempre según el Tribunal Constitucional en FJ núm. 4).

⁶² «[...] verdadero contrapunto de su art. 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».

Ya, en cuanto a la constitucionalidad de los arts. II.111 y II.112 del TECE (sobre los derechos y libertades de la Carta de la Unión), el Tribunal Constitucional resuelve su no contradicción, en particular a la luz del papel interpretativo del Convenio de Roma de 1950 con relación tanto al mismo Derecho europeo, como respecto al Derecho español [arts. II.113 TECE y 10.2 CE (FFJJ núms. 5 y 6)].

Por último, se ha de hacer referencia a tres votos particulares que acompañan la Declaración constitucional, a cargo de los Magistrados D. Javier Delgado Rubio, D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Ramón Rodríguez Arribas, y en los que, con mayor o menor contundencia, se afirma la contradicción entre los arts. I.6 del TECE y el 9.1 de la Constitución española, exigiéndose así su reforma constitucional conforme al art. 168 de la misma. Y esto, en general, afirmando cómo el pronunciamiento de la mayoría permitiría la primacía incondicionada del Derecho Europeo frente a la Constitución española, y su consiguiente desplazamiento por aquél; además, no resulta para éstos del todo diáfana la distinción entre supremacía y primacía, la más de la veces como un mero recurso dialéctico. Sin embargo la búsqueda de seguridad jurídica que postulan, como la propia garantía abstracta de la Constitución española ante el Derecho de la Unión, no queda salvaguardada con una reforma constitucional agravada asumiendo la primacía abierta del Derecho europeo, por cuanto que, a la postre, se dejaría en manos de la Unión Europea⁶³.

⁶³ Y ello, incluso, aun referida a una reforma garante de ciertos límites a favor de la Constitución española (como apunta el Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas), dado que las mismas razones que abogarían ya hoy por la primacía del Derecho europeo frente a la Constitución, burlarían dichos límites en el futuro.