

# ¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA? COMENTARIO A LA DTC 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE

Ángel Rodríguez\*

## SUMARIO

- 1.- Introducción.
- 2.- La primacía sigue siendo lo que era.
- 3.- ¿Diversos en la unidad?.
- 4.- Derechos a la Carta.
- 5.- ¿Quién debe ser el defensor del «espacio constitucional» europeo?.
- 6.- Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional (TC) español emitió su Declaración negando la existencia de las tres posibles contradicciones sobre las que le había preguntado el gobierno, apenas un mes y medio antes, entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (citado aquí indistintamente como Tratado Constitucional Europeo, Constitución Europea o con las siglas CEu) y la Constitución Española (CE)<sup>1</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> El requerimiento del gobierno se hizo al amparo de lo establecido por el art. 95 CE, según el cual «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción».

La CEu había sido, a su vez, firmada por el gobierno español (al igual que por los gobiernos del resto de los Estados miembros de la Unión) en Roma, el 29 de octubre, sólo seis días antes del requerimiento formulado al TC. Inmediatamente después de que la Declaración estableciera que no existía contradicción alguna entre las tres disposiciones de la CEu que habían sido cuestionadas y la CE y que, por lo tanto, podía procederse a ratificar aquél sin reformar esta última, el gobierno solicitó al Congreso de los Diputados la preceptiva autorización para convocar un referéndum consultivo sobre la Constitución Europea, cuya celebración tuvo lugar el 20 de febrero de 2005. Tras el referéndum, está previsto que la ratificación de la CEu se lleve finalmente a cabo por las Cortes en la primavera de este mismo año.

La DTC 1/2004 responde, en efecto, al requerimiento efectuado por el gobierno al Tribunal sobre tres posibles contradicciones entre la CE y la CEu: una disposición de su Primera Parte, el art. I-6 CEu (primacía del Derecho de la Unión) y dos de la Parte Segunda o Carta de Derechos Fundamentales (en adelante CDFUE o «La Carta»), los arts. II-111 CEu (ámbito de aplicación) y II-112 CEu (alcance e interpretación de los derechos y principios)<sup>2</sup>. En la Declaración, que contó con tres votos particulares

---

<sup>2</sup> Los artículos de la CEu cuestionados son del siguiente tenor literal: Art. I-6: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión e el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Art. II-111: «1.Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución. 2.La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución». Art. II-112: «1.Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sea necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. 4.En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpreta-

disidentes, todos ellos centrados en la cuestión de la primacía del derecho de la Unión, el Tribunal estableció también que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española», el propio TC estaría dispuesto a «abordar los problemas que en tal caso se suscitaran (...) a través de los procedimientos constitucionales pertinentes».

Además de sobre la eventual contradicción con la CE de los arts. I-6 CEu y II-111 y II-112 CEu (estos últimos, puntualizaba el requerimiento gubernamental, «a la vista de lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española»)<sup>3</sup>, el gobierno formuló otras dos preguntas al TC. La primera de ellas, sobre la suficiencia del art. 93 CE para prestar el consentimiento del Estado a la Constitución Europea<sup>4</sup>; a este respecto, el TC declaró que «el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado [Constitucional Europeo]». Y la segunda, sobre el procedimiento de reforma constitucional que, caso de darse alguna contradicción, habría que poner en marcha antes de la ratificación. Aunque el TC no consideró necesario responder a esta última cuestión, toda vez que, como se ha dicho, estimó que la contradicción no existía en los términos ya citados, puede aventurarse que, si la misma se hubiera declarado, habría afectado al art. 9.1 CE, lo que habría llevado a postular para la necesaria reforma constitucional el procedimiento agravado, al aplicarse

---

rán en armonía con las citadas tradiciones.<sup>5</sup> Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse a te un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta. 7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

<sup>3</sup> El art. 10.2 CE establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España».

<sup>4</sup> Según el art. 93 CE, «Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

éste, como se sabe, al Título Preliminar de la Constitución, donde el mencionado art. 9.1 CE se encuentra<sup>5</sup>.

Con todas las significativas complicaciones en clave de política interna que ello hubiera implicado (un nuevo gobierno al año de formarse el que emergió de las Cortes elegidas el 14 de marzo de 2004 y la alteración de los planes del actual sobre las reformas constitucionales a introducir al final de la legislatura), la eventual declaración de contradicción entre la Constitución Europea y la Española habría pues exigido la aprobación parlamentaria de la propuesta de reforma constitucional, disolver las Cortes, celebrar elecciones generales y un nuevo procedimiento de investidura, que las nuevas Cortes estudiaran el nuevo texto constitucional y aprobaran la reforma, someter ésta a referéndum, eventualmente celebrar otro sobre la Constitución Europea y finalmente ratificarla. Todo ello habría hecho muy difícil la ratificación por España de la CEu antes de la fecha inicialmente prevista en la misma para su entrada en vigor, el 1 de noviembre de 2006 (art. IV-447.2 CEu)<sup>6</sup>, y frustrado el proyecto del gobierno de, en acusado contraste con la actitud del anterior, facilitar al máximo el consenso en torno a la CEu entre los Estados miembros y ser de los primeros en culminar el proceso de ratificación.

Hasta aquí el contexto político en el que se produjo la DTC 1/2004. El análisis jurídico de la misma que se desarrolla en los epígrafes siguientes se detiene en los siguientes aspectos: en primer lugar, en el modo en el cual el TC, para resolver la hipotética contradicción entre el art. I-6 CEu y el art. 9.1 CE, ha reflejado en su Declaración el concepto de primacía del derecho de la Unión, confirmando, a nuestro juicio, que éste no sufre, por incorporarse ahora a la CEu, una transformación que exija diferenciarlo del postulado de origen jurisprudencial que hasta ahora ha estado vigente, pero dejando traslucir, de paso, que, para el TC, la CEu no sería – no, al menos, por ahora – una «auténtica» Constitución. A partir de ahí, este comentario se vuelca en el entendimiento que la Declaración tiene de la CDFUE (por cierto, la parte menos tratada hasta ahora, y también la única que sienta doctrina unánime, en la medida en que los votos particulares, como se ha dicho, no se centraron en esta cuestión). Así, se estudia, en el epígrafe

---

<sup>5</sup> Según el art. 9.1 CE, «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

<sup>6</sup> El texto completo del art. IV-447.2 CEu establece que: «El presente Tratado entrará en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad».

segundo, la tesis de que las disposiciones de la Carta entran en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, una afirmación que debe inmediatamente precisarse si no se quiere extraer de ella conclusiones inadecuadas para nuestro sistema de derechos fundamentales. En el tercero, la cuestión de la posible diversidad de estándares en la protección de los mismos derechos fundamentales, según se ejerzan en el ámbito comunitario o fuera de éste. Y, por último, se detiene en una reflexión sobre la afirmación del Tribunal de que él mismo ejercería, en última instancia, la defensa de nuestra Constitución frente a una hipotética contradicción futura entre ésta y el derecho de la Unión, en la que se apuntarán los riesgos de criticar la doctrina del Tribunal no por lo que dice, sino por lo que los votos particulares dicen que dice.

## 2. LA PRIMACÍA SIGUE SIENDO LO QUE ERA

El Tribunal fundamenta la inexistencia de contradicción entre el art. I-6 CEu y la CE en dos afirmaciones: primera, que la primacía establecida en esa disposición de la Constitución Europea es idéntica a la que ya operaba, prácticamente desde su fundación, en el seno de las comunidades, pacíficamente admitida por los operadores jurídicos españoles, incluido el propio TC, desde la adhesión de nuestro país; y segunda, que la primacía, así entendida, no debe confundirse con la «supremacía» como característica propia de la CE. Como veremos, ambas afirmaciones resuelven el hipotético conflicto entre ambas normas, pero al precio de negar la naturaleza constitucional del Tratado.

La primera afirmación tiene una apoyatura directa en la declaración sobre el art. I-6 CEu incluida como anexo, junto con las declaraciones sobre otras disposiciones del Tratado, en al Acta Final de la Conferencia Gubernamental que aprobó el Tratado Constitucional. Esta declaración afirma expresamente que «la Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia». Para la DTC ello significa que estamos ante el mismo concepto que formaba parte del acervo comunitario desde Costa/ENEL y que se incorporó a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley de adhesión, tramitada al amparo de lo establecido por el art. 93 CE. Es, pues, la Constitución misma, a través de su art. 93, la que desde el primer momento aceptó la primacía del Derecho Comunitario, reconocida «ahora expresamente» en el Tratado Constitucional. La situación tras la entrada en vigor del mismo es a este respecto idéntica a la anterior, pues «así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986».

No obstante sus veinte años de aplicación incontrovertida en nuestro país, el TC se ve en la obligación de abordar ahora la naturaleza de la primacía del Derecho de la Unión, para diferenciarla de la «supremacía» propia de la CE. Se trata de dos categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados: «aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación». La supremacía «se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas», mientras que la primacía «no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente».

Toda supremacía implica, en principio, primacía, «salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación». Y esto es precisamente lo que ha previsto la CE (ex art. 93), su propio «desplazamiento o inaplicación» por el derecho comunitario, de modo que la supremacía constitucional es ahora «compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional». En suma, concluye el TC, «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio (...)». Y gracias a que el desplazamiento del derecho interno y la aplicación prevalente del derecho comunitario son resultado de una primacía de éste que ha sido constitucionalmente dispuesta, la propia supremacía de la Constitución no se ve violentada.

Hasta aquí los razonamientos del Tribunal. Ahora bien, una consecuencia implícita de esta formulación – además de la principal y explícita: no es necesario reformar la Constitución Española para ratificar la Europea – es que si el Tratado Constitucional no encuentra la razón de su prevalencia en su condición de norma suprema, no tendría en realidad, a pesar de su nombre, esa naturaleza jurídica – la de Constitución –, pues, para el TC, la supremacía de una Constitución es «consustancial a su condición de norma fundamental». Parece, pues, que, para el Tribunal, si la CEu hubiera sido una «auténtica» Constitución, entonces sí habría que haber reformado la nuestra para poder ratificarlo. Esta concepción (consecuencia de una distinción, la que se lleva a cabo entre supremacía y primacía, que ha recibido acertadas críticas doctrinales) olvida, sin embargo, que la naturaleza constitucional de la CEu no tiene por qué ir necesariamente unida al modelo de Constitución normativa conforme al paradigma kelseniano: de hecho, si fuera así, un buen número de las constituciones democráticas europeas no podrían calificarse de «auténticas» constituciones.

Por otra parte, si el desplazamiento del derecho interno se produce porque la CE así lo dispone, debe entenderse que el mismo sólo puede tener lugar dentro de los límites que la propia Constitución establece. Es cierto que son numerosas en la Declaración las referencias a las disposiciones del propio Tratado que tienden a asegurar que la Unión no regulará materias que se sitúen fuera de su ámbito competencial y que, dentro de éste, no aprobará normas cuyo contenido implique un ejercicio inconstitucional de las «competencias derivadas de la Constitución» que el art. 93 CE permite atribuirles. Hay que estar también de acuerdo con el Tribunal en que la CEu supone, en este sentido, una mejora sustancial con respecto a los Tratados aún vigentes, pues se sistematizan las competencias de la Unión y se refuerza el respeto de sus normas por los valores constitucionales de los Estados miembros. Todas estas disposiciones no tienen sino un efecto «tranquilizador» sobre el Tribunal, hasta el punto de permitirle calificar, como ya se ha dicho, la hipotética contradicción futura entre la CE y el derecho de la Unión de «difícilmente concebible». Pero dado que el Tratado supone habilitar a las instituciones de la Unión para regular, mediante diversos tipos de actos jurídicos, materias muy diversas, ni el TC ni nadie puede asegurar que (al igual que puede ocurrir con el legislador interno) estas instituciones no puedan en el futuro aprobar una norma de derecho derivado que suponga un ejercicio inconstitucional, con respecto a la CE, de las competencias cedidas a través de su art. 93. Como el ejercicio inconstitucional (con respecto de las Constituciones de los Estados Miembros) de las competencias de la Unión se ha introducido como parámetro de constitucionalidad en el propio Tratado, tal hipotética norma sería igualmente nula con respecto a éste, razón por la cual el TC, correctamente a nuestro juicio, anuncia su disposición para remediarla, a través de los procedimientos correspondientes, sólo en última instancia, es decir, en el caso de que la nulidad de la norma no fuera declarada en Luxemburgo.

Si todo ello es así, cabe apreciar una notable continuidad entre la doctrina de la DTC 1/2004 y la de la DTC 1/1992, emitida con carácter previo a la ratificación del Tratado de la Unión Europea (TUE). En aquélla, el TC afirmó que, aun siendo cierto que la ratificación a través del art. 93 CE de los Tratados comunitarios comportaba «una determinada limitación o restricción a ciertos efectos de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles», la atribución competencial que esa disposición constitucional posibilita no autorizaba a los Tratados a contradecir los «imperativos constitucionales». De modo que el art 93 CE, al permitir atribuir a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, se decía entonces, modula «el ámbito de aplicación, no el enuncia-

do, de las reglas que la propia Constitución enuncia», ya que «los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones».

Que el propio TC no sólo no haya estado muy preocupado por resaltar la coherencia doctrinal, en lo esencial, entre aquella Declaración y ésta, sino que, además, haya visto oportuno poner de manifiesto las diferencias (menores, a nuestro juicio) entre ellas, ha podido quizá favorecer la idea de que hay entre ambas discontinuidad, cuando no una clara ruptura. Es cierto que, en su parte dispositiva, la primera Declaración obligó a reformar la CE antes de ratificar el TUE, mientras que la segunda establece que no es necesaria la reforma. Pero, en ambos casos, el fundamento es el mismo: el Derecho de la Unión no puede contradecir la Constitución. La segunda Declaración ha declarado innecesaria la reforma constitucional, no porque el razonamiento haya cambiado, sino porque la contradicción no se ha encontrado en las disposiciones del Tratado que se han sometido a su examen.

### 3. ¿DIVERSOS EN LA UNIDAD?

Establece el art. I-8 CEu que la divisa de la UE es «Unida en la diversidad». Pues bien, una de las consecuencias que la Declaración del TC puede llegar a tener es que la Parte Segunda del Tratado Constitucional, la Carta de Derechos Fundamentales, vincule a España de un modo completamente diferente de lo que lo hará al resto de los Estados miembros, propiciando así en el seno de la Unión un entendimiento diverso de las bases jurídicas de la unidad con preocupantes consecuencias, ahora para nuestro país, en cuanto a los estándares internos de protección de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Como se ha dicho, el gobierno, además de la cláusula de primacía del art. I-6 CEu, sometió a la consideración del Tribunal otros dos de sus artículos, el II-111 CEu y el II-112 CEu. Es claro el contraste entre el art. I-6 CEu y estos otros dos de su Parte Segunda, hasta el punto de que no deja de ser un enigma la razón por la cual pudieron suscitar en el gobierno dudas sobre si los mismos contradecían la Constitución. La primacía del derecho de la Unión establecida en el art. I-6 CEu podía razonablemente generar recelos acerca de su compatibilidad constitucional; los arts. II-111 CEu y II-112 CEu se encuentran, por el contrario, entre aquellos más claramente respetuosos con las competencias de los Estados miembros y, de hecho, las críticas que han suscitado han sido precisamente, al tratarse de disposiciones sobre la aplicación de los derechos de la Carta, por esta causa.

El art. I-111 establece, en la parte que ahora interesa, que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas (..) a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Y el art. II-112, además de establecer la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de los derechos de la Carta, asegura, entre otras cosas que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». De modo que ambas disposiciones garantizan, por una parte, que, en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, los Estados no están vinculados a la Constitución Europea cuando actúen en el ejercicio de sus propias competencias y, por otra, que aun existiendo esta vinculación, es decir, en los casos en los que los Estados apliquen el Derecho de la Unión, la interpretación que se haga de los derechos de la Carta será armónica con respecto a lo establecido en la Constitución estatal. Es cierto que en el art. II-112 se encuentran otros apartados que sí podrían ser susceptibles de una interpretación que llegara a plantear algunas dudas de constitucionalidad, como, por ejemplo, que a los derechos de la Carta puedan aplicarse limitaciones que respondan «a objetivos de interés general reconocidos por la Unión» (aunque con ellos no se persiga el interés general de España; sobre ello volvemos inmediatamente) o que los derechos que se recogen en otras Partes de la Constitución se ejerzan «en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas», lo que, sumado al reenvío que en las mismas suele hacerse a lo que disponga el legislador comunitario, podría significar que estos derechos carecen, en realidad, del contenido esencial garantizado expresamente para los derechos que se encuentran sólo en la Carta. Sin embargo, el TC no se detiene en estos aspectos de la cuestión. Lo hace sólo, y en extenso, en los apartados ya mencionados y en otros que, en la misma línea, más que originar dudas acerca de su compatibilidad con la Constitución, apuntan a que esa incompatibilidad no existe.

En cualquier caso, la DTC no se detiene ahí. Avanza un paso más y formula expresamente –la primera vez parece casi un obiter, tal como los que habían aparecido, en el mismo sentido, en ocasiones anteriores (en las SSTC Ley de Elecciones al Parlamento Europeo y APESCO) pero luego lo repite nada menos que en seis ocasiones distintas a lo largo de su argumentación– una afirmación de la que, cuando menos, puede decirse que era irrelevante para resolver la duda gubernamental y por lo tanto innecesaria para su resolución en vía jurisdiccional: que las disposiciones de la CDFUE, tras su integración en nuestro ordenamiento, y sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, se erigirán, «por obra de lo dispuesto en el art.

10.2 CE», en «pauta para «la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce»». Como es obvio, y como el propio TC admite, ello supone extender el ámbito de aplicación de la Carta, como canon hermenéutico de todas las normas internas sobre los derechos allí establecidos, no sólo en el ámbito propiamente comunitario, sino también en los casos en los que nuestros poderes públicos no se encuentren aplicando el Derecho de la Unión, yendo por lo tanto mucho más allá de lo que el propio art. II-111 CEu recoge, disposición ésta que, según el TC, no puede impedir al art. 10.2 CE desplegar sus particulares efectos.

Esta formulación plantea una serie de interrogantes, que giran fundamentalmente en torno a la previsible similitud entre el mecanismo que la DTC preconiza para la Carta y el que el Tribunal ha venido aplicando desde el comienzo de su jurisprudencia a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). De hecho, el requerimiento gubernamental introdujo en el debate el art. 10.2 CE (al solicitar al Tribunal que resolviera la duda de constitucionalidad «a la vista de lo establecido» en esta disposición constitucional) precisamente en relación con la Convención: para el gobierno, la «común remisión del Tratado [Constitucional] y del art. 10.2 de la Constitución» a la CEDH supondría «la conformidad sustancial de la parte II del Tratado con el orden de valores, derechos y principios garantizados por la Constitución Española», desvaneciéndose así, en su opinión, la duda por él mismo formulada sobre la supuesta colisión de las estipulaciones de la Carta con la configuración constitucional de los derechos y libertades.

A pesar de que éste era el sentido de la invocación del art. 10.2 CE en el requerimiento gubernamental, el TC lo aplica directamente a las relaciones entre el Tratado y la CE, por lo que es legítimo plantearse la cuestión de si las consecuencias de ello serán o no similares a los que resultan de aplicarlo a la CEDH. A nuestro juicio, hay al menos tres poderosas razones para defender que los efectos no deben ser los mismos en ambos casos: en primer lugar, la propia naturaleza de la Unión, particularmente el hecho de que ésta, en relación con la Carta, pueda tener, a diferencia del Consejo de Europa en relación con la Convención, intereses legítimos cuya observancia exija limitar los derechos fundamentales allí reconocidos. En segundo lugar, y como consecuencia de ello, la posible existencia de leyes o leyes marco europeas en las que se restrinjan esos derechos. En tercer lugar, y corolario de todo lo anterior, el distinto papel que esta situación depara para la jurisprudencia del TJUE en relación con la del TEDH.

La diversa posición que con respecto a la Carta tiene la Unión y la que con respecto a la CEDH tiene el Consejo de Europa es obvia: los derechos

de la CEDH sólo pueden verse restringidos por la acción de los Estados, ya que el Consejo de Europa no tiene «intereses generales» cuya observancia pueda exigir su limitación. La Unión, por el contrario, sí los tiene, y la propia CEU, como se ha visto, contempla la posibilidad de que a los derechos de la Carta puedan aplicarse limitaciones que «respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión» (art. II-112.1 CEU). Esta posibilidad debería bastar para matizar la consideración de la CEU como «tratado internacional sobre Derechos Humanos» a los efectos del art. 10.2 CE. No se trata de que la CEU regule también los límites de los derechos que consagra en su Parte Segunda, al igual que hace la CEDH; la diferencia estriba en que en el sistema de la CEDH son los Estados los que restringen esos derechos aplicando aquellos límites, mientras que la CEU establece las condiciones para que la misma organización supranacional que se instituye en el Tratado, en aras a la preservación de sus propios intereses, efectúe una restricción de los mismos. Podría, pues, decirse que la CEU es, al menos en la misma medida que un «tratado sobre Derechos Humanos», un tratado sobre «restricciones de los Derechos Humanos».

En consecuencia, es de prever que los órganos de la Unión aprueben actos, de naturaleza legislativa (cuando sea de aplicación la reserva de ley establecida en el art. II-112.1 CEU) o ejecutiva (cuando así se permita para el desarrollo de principios de la Carta, art. II-112.5 CEU) en los que, respetando el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos que lo tengan, se restrinjan estos derechos para preservar aquellos objetivos. Como dijo el Tribunal de Justicia en la polémica sentencia Bananas, refiriéndose en ese caso a los derechos de propiedad y al libre ejercicio de una actividad profesional, pueden imponerse restricciones a los derechos fundamentales «siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad» y siempre que «no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados». Es cierto que estas normas no podrán basarse en una competencia genérica para desarrollar los derechos de la Carta (puesto que tal competencia no existe, art. II-111.2 CEU), pero sí en las competencias específicas que se detallan en otros apartados del Tratado Constitucional (por ejemplo, en el art. III-124.1 CEU en relación con la no discriminación). Cuando estas normas sean sometidas al TJUE, éste, siempre que se respeten las garantías que acaban de señalarse, declarará la legitimidad constitucional de la restricción operada, con respecto al Tratado, en aras de la observancia del interés general de la Unión.

Esa restricción debería desenvolverse sólo en el ámbito de las competencias de la Unión, único del que el TJUE puede entrar a conocer y único en el que encuentra justificación. Ahora bien, si la jurisprudencia del TJUE, como intérprete supremo de la Carta, se introduce en nuestro ordenamiento con los mismos efectos que los que el art. 10.2 CE ha deparado para la del TEDH, la restricción de un derecho fundamental justificada en el ámbito comunitario pasaría a erigirse en canon hermenéutico de las normas que en el ámbito interno regulan este mismo derecho. Un ámbito en el que, por no jugar el interés general comunitario, la restricción (operada por el legislador de la Unión y a la que sus órganos jurisdiccionales no pusieron objeciones) podría no encontrar justificación.

Un ejemplo clásico que puede ser también apropiado para ilustrar esta cuestión es el de la inviolabilidad de domicilio de las personas jurídicas. La inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental se reconoce tanto en el art. 18.2 CE como en el art. II-67 CEu. Pues bien, gracias que la CEu considera entre los objetivos de la Unión ofrecer a sus ciudadanos «(..) un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada» (art. I-3.2 CEu) y a que «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior» sea una de las competencias exclusivas de la Unión (art. I-13.b CEu), la UE puede adoptar, para alcanzar este objetivo, y en el ejercicio de esa competencia exclusiva, toda una serie de medidas (tal como se detallan en los arts. III-161 y siguientes CEu), entre las que puede encontrarse la inspección de los locales de las empresas a las que se ha abierto un procedimiento sancionador. El reglamento comunitario actualmente vigente, aprobado con anterioridad a la CEu pero que vale igualmente para el ejemplo que ahora se trae a colación, prevé que los agentes de la Comisión puedan, en estos casos, «acceder a todos los locales (..) de las empresas (..)», exigiéndose para ello la «previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado», que podrá verificar si las medidas que se contemplan «no son arbitrarias ni desproporcionadas», pero que no podrá «poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite información que conste en el expediente de la Comisión».

Es claro entonces que, en la actualidad, las normas de la UE impiden al juez nacional que libra un mandamiento de entrada en los locales de una empresa inspeccionada por violación de las normas de la competencia poner en cuestión la necesidad de esa medida. Lo que interesa destacar ahora es que la corrección constitucional de esa limitación a la capacidad de control del juez nacional cuando aplica el derecho comunitario (supongamos que así ha sido declarada; más adelante usaremos este mismo ejemplo para

ilustrar otro aspecto del problema, la existencia de diversos estándares de protección de los mismos derechos y el mínimo que todos ellos deben cumplir), que se justifica en aras de la preservación de un interés general de la Unión, no debería usarse como guía para interpretar las normas españolas que regulan el control judicial de actuaciones que no suponen (al menos por ahora) aplicación del derecho de la Unión, como el ejercido por el juez de instrucción en las diligencias penales de entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 y ss LECr) o por los juzgados de lo Contencioso administrativo cuando tal medida sea necesaria para ejecutar actos de la Administración Pública (art. 8.6 LJCA).

Que el TC no haya puesto de relieve estas importantes diferencias entre el efecto interno de la jurisprudencia del TEDH sobre la Convención y la que, es de esperar, tendrá en el futuro la del TJUE sobre la Carta, puede deberse al hecho de que tanto el Gobierno como, antes, el Consejo de Estado, hicieran alusión en exclusiva a la integración entre el Derecho de la Unión y el interno solo en el nivel constitucional y en el jurisdiccional, pero no en el legislativo, planteando así los problemas de convivencia en nuestro ordenamiento de dos normas materialmente constitucionales sobre derechos (tres, si sumamos la CEDH) y de otros tantos órdenes jurisdiccionales, pero olvidando que, tras la norma constitucional que prefigura los derechos y antes de su aplicación por los tribunales, un tercer actor, el legislador, desarrolla una igualmente relevante función de configuración de los mismos. Quizá por ello la DTC se extiende en las relaciones entre la CEu, la CE y la CEDH y alude al problema de la articulación de la jurisprudencia del TC, el TEDH y el TJUE, pero no dedica una sola línea a la irrupción en el ámbito competencial interno que su planteamiento puede deparar para el «configurador» de los derechos de la Carta, el legislador comunitario.

#### 4. DERECHOS A LA CARTA

Aun dejando temporalmente al margen las dudas que suscita la tesis de que el derecho comunitario de los derechos fundamentales pueda aplicarse en nuestro país, como canon hermenéutico de interpretación, fuera del ámbito comunitario, saltando así los límites establecidos por la propia Carta, subsistiría el problema de la posible diversidad de estándares de protección del mismo derecho fundamental en cada uno de estos ámbitos, el comunitario y el estatal.

Este problema es, en efecto, independiente de lo anterior, pues aunque una norma comunitaria no pudiera dar el salto para ser también de aplicación en nuestro país a supuestos fuera del ámbito del derecho de la Unión,

permanecería abierta la cuestión de hasta qué punto es lícito mantener un estándar diferente de protección del mismo derecho según éste se ejercite en el ámbito de las competencias estatales o de la UE. Además, las disposiciones de la Constitución Europea sobre la CEDH suponen la introducción de un tercer elemento normativo cuya articulación con los otros dos (el interno y el comunitario) es preciso esclarecer.

El tratamiento que de esta cuestión se hará en los párrafos que siguen parte de la negación (o al menos matización) de dos afirmaciones a nuestro juicio erróneas que, sin embargo, se han repetido con cierta asiduidad y que, en cierto modo, se encuentran también latentes en la DTC: la primera, que la diversidad de estándares es, de por sí, odiosa, ya que atentaría contra una deseable homogeneidad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales; la segunda, que son sólo tres los tipos de normas cuya articulación hay que precisar, la CEDH, la CEu y la CE.

Empezando por esto último, y como ya se ha apuntado, reducir las normas aplicables en un supuesto de protección de derechos a las que acaban de mencionarse (aun reconociendo que sólo con ellas ya se introduce un considerable nivel de complejidad en el sistema) supondría considerar el problema exclusivamente en su nivel constitucional, ignorando la labor de los legisladores, tanto el comunitario como el estatal, en la configuración del régimen de los derechos fundamentales. Esto quiere decir que, aunque pertenecientes sólo a tres ordenamientos distintos (el comunitario, el interno y el de la CEDH), las clases de normas que definen los estándares de protección de derechos cuya relación hay que articular son en realidad cinco. Esta precisión es muy útil para abordar la segunda cuestión apuntada, la pretendida odiosidad de la diversidad de estándares, pues el juicio que pueda merecer ésta debe ser radicalmente distinto según esta diferente protección afecte sólo a los estándares dispuestos por el legislador o incumba también a lo establecido en los niveles constitucionales.

La preocupación por encontrar una respuesta satisfactoria al problema de la diversidad de estándares o niveles de protección de los derechos se encuentra presente en la CEu, como ya lo estuvo, antes, en la CEDH. El art. 53 CEDH contiene, en efecto, una cláusula de «mínimo estándar», en virtud de la cual sus disposiciones no podrán «interpretarse en el sentido de limitar o perjudicar» derechos reconocidos por otras normas de los Estados miembros. Y, de modo similar, el art. II-113 CEu viene a establecer que ninguna disposición de la Carta podrá dispensar una protección menor que la establecida por las Constituciones de los Estados o por la propia CEDH. Además, el art. II-112.3 CEu especifica que el «sentido y alcance» de los derechos de la Carta que lo estén también en la CEDH serán iguales a los que

le confiere esta última, sin que ello pueda impedir al Derecho de la Unión conceder una protección más extensa, mientras que, como ya se ha dicho, el art. II-112.4 exige que los derechos de la Carta que sea «resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» se interpreten «en armonía» con las mismas. Todo este conjunto normativo da como resultado un número considerablemente variado de combinaciones, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito interno.

Así, una disposición de la Unión que, basándose en el oportuno título competencial, regule el ejercicio, en un ámbito de competencia de la Unión, de alguno de los derechos de la Carta, no podrá establecer un estándar de protección menor que el establecido por el propio Tratado Constitucional, pues vulneraría de ese modo su contenido esencial (art. II-112 CEu). Ese mismo contenido esencial exige, además, que el nivel de protección establecido por la disposición comunitaria no sea inferior ni al de la CEDH ni al de la CE (art. II-113 CEu), pero puede ser mayor (más extensa, dice el art. II-112.3, con respecto a la CEDH; lo mismo puede afirmarse con respecto a la CE), sin que su aplicabilidad en nuestro país deba resarcirse por ello.

Puede ser también que la protección que establezca la norma comunitaria, sin situarse por debajo del contenido esencial que para ese derecho establezca la CE, sea más reducida que la establecida por el legislador español. En ese caso, la norma comunitaria no sería inconstitucional, ni con respecto al Tratado, que sólo exige una interpretación «en armonía» con la tradición constitucional estatal (no con lo que disponga su legislador), ni con respecto a la CE, pues el «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» supone otorgar al legislador comunitario una libertad de configuración para desarrollar el ejercicio en su ámbito de un determinado derecho fundamental que no debe ser más reducida que la que tiene el legislador interno en el suyo.

Por último, podría también darse la circunstancia de que el nivel de protección comunitario fuera mayor que el del legislador interno, sin que esa diferencia de estándares debiera tener por ello tacha de inconstitucionalidad. Sin embargo, en el ámbito estatal, una norma interna que afecte, fuera del ámbito comunitario, al ejercicio de un derecho fundamental consagrado por nuestra Constitución debería poder disponer, en principio, (siempre que respete el contenido esencial establecido en la CE, claro es) un estándar de protección menor que el establecido por el legislador comunitario e incluso menor al del propio Tratado constitucional, al que no debería sentirse jurídicamente vinculado en los casos en los que no sea de aplicación el Derecho de la Unión.

Todo ello conduce, como decíamos, a matizar la afirmación de que la diversidad de estándares en la protección de derechos fundamentales, en un contexto supranacional o protofederal como puede ser el de la UE, es siempre odiosa. A nivel legislativo, por el contrario, los respectivos legisladores deberían poder decidir disponer en su ámbito de un estándar de protección mayor o menor para un determinado derecho, situando el estándar del otro, en consecuencia, en una posición de menor o mayor protección. Con respecto a los niveles constitucionales, por otra parte, es preciso diferenciar entre el legislador comunitario y el estatal: aquél no podría nunca disponer un estándar de protección menor que el establecido por ninguno de los tres textos materialmente constitucionales (pues la CEu incorpora a los otros dos como parámetro de constitucionalidad), mientras que, por el contrario, la vinculación a la CEu debería limitar al legislador español sólo cuando desarrolle el derecho de la Unión, estando vinculado en exclusiva sólo a la CE y la CEDH en los demás casos.

Ésta (la que es resultado de distinguir entre la protección de los derechos fundamentales otorgada por la propia Constitución y la que se le dispensa a nivel legislativo) es la única «flexibilización» en la relación entre ambos ordenamientos que cabe admitir.

Como se recordará, al calor del debate sobre la primera Declaración, y coincidiendo con el hecho de que la reforma constitucional que finalmente hubo que llevar a cabo pudo hacerse mediante el procedimiento simplificado del art. 167 CE, surgieron diversos posicionamientos doctrinales para los que el «núcleo duro» del que el TUE (entonces) no podría disponer se identificaba con los preceptos constitucionales cuya reforma exigía aplicar el procedimiento agravado del art. 168 CE. Ahora que los posibles conflictos se plantean con respecto a disposiciones constitucionales que sí se encuentran afectadas por el procedimiento agravado de reforma (art. 9.1, Título I), este criterio ha desaparecido de las nuevas propuestas que postulan que la CE no se aplique «exactamente del mismo modo» cuando se trata del control de constitucionalidad de las normas internas o de las normas de la Unión.

Pues bien, habría que precisar, a este respecto, que una cosa es afirmar que, en el plano sustantivo, el derecho de la Unión no debe contradecir los «valores y principios básicos», es decir, los que están en la Constitución, y otra bien distinta decir que esa imposibilidad de contradicción se limita a los «valores y principios básicos» que puedan encontrarse en la CE, entendiendo que no todas sus disposiciones se incluyen en esta categoría. La primera postura remite la decisión de cuáles son esos principios y valores básicos del Estado a su propio poder constituyente, si bien haciendo con-

vivir esta afirmación con el hecho de que, precisamente por tener este carácter, la CE permite diversos desarrollos de sus postulados; desde este punto de vista, toda la Constitución se erige como parámetro de constitucionalidad del derecho de la Unión, sin desconocer por ello que (como es obvio) la norma constitucional podrá ser entendida por el legislador comunitario con una amplitud idéntica a la libertad de configuración de la que goza el legislador interno para desarrollarla. No se trata así, en materia de derechos, de que la CE vincule menos que al interno («sólo en lo esencial») al legislador de la Unión: ocurre simplemente que, en ambos casos, la CE opone al desarrollo legislativo sólo lo «esencial» de cada derecho fundamental.

Tomemos de nuevo el ejemplo de las garantías de los domicilios de personas físicas o jurídicas frente a las inspecciones para la defensa de la competencia. Como ya se vio, el derecho comunitario actualmente vigente impide al juez nacional que libra el oportuno mandamiento judicial proyectar un control completo sobre la orden de inspección, que no puede extenderse sobre su necesidad ni requerir, antes de decidir, información adicional que obre en el expediente de la Comisión. La cuestión que esta norma, aún declarada conforme al estándar de la CEu, podría suscitar en derecho interno depende de si se encuentra o no por debajo de las garantías establecidas por la propia Constitución, pero no de que el domicilio se encuentre más o menos protegido por el legislador nacional.

Otro ejemplo puede servir para ilustrar esta cuestión: con la finalidad de prever la inmigración ilegal, la ley o ley marco europea podrá establecer medidas en una serie de ámbitos, entre los que se encuentra «la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal» (art. III-267.2.c CEu). Supongamos que la norma comunitaria regulara, a estos efectos, el tiempo durante el que las autoridades gubernativas del Estado miembro pueden privar de libertad a quien haya entrado irregularmente en la Unión, mientras se tramita su expulsión, sin tener que ponerlo a disposición judicial. Esta norma deberá respetar el art. II-66 CEu, que establece que «toda persona tiene derecho (...) a la libertad», cuyo contenido esencial se corresponde con el establecido por el art. 5 CEDH. Como es sabido, la CE dispone un nivel de protección interno más preciso para la privación de libertad, pues además de la razonabilidad del plazo de puesta a disposición judicial establece una garantía temporal máxima, las 72 horas, que nuestro TC ha extendido a procedimientos como el internamiento de extranjeros para su expulsión. Pues bien, la norma comunitaria y la interna que regule otros supuestos de privación de libertad (por ejemplo, la detención preventiva), podrán diferir en cuanto al tiempo máximo para la puesta a disposición judicial, establecién-

dose así estándares diversos de protección para el mismo derecho, sin que ello genere una cuestión constitucional, siempre y cuando ninguna de las dos fije este tiempo por encima de las 72 horas, el máximo permitido constitucionalmente. Sólo en el caso de que la norma comunitaria infrinja este límite debería concluirse que la Unión ha ejercido una «competencia derivada de la Constitución» inconstitucionalmente, y la norma en cuestión devendría inconstitucional, con respecto a la CE, y, por lo tanto, también con respecto al Tratado. La cuestión que se abre entonces, y a la que responde la DTC del modo que inmediatamente vamos a ver, es a quién debe atribuirse la capacidad para declarar esa eventual inconstitucionalidad.

##### 5. ¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DEL «ESPACIO CONSTITUCIONAL» EUROPEO?

Sabemos desde hace tiempo que, en circunstancias de normalidad (política) y normatividad (jurídica) constitucional, la defensa de la Constitución debe hacerse por vías jurisdiccionales. La cuestión es a cuál, de entre las diversas jurisdicciones que en el momento actual del proceso de integración ejercen materialmente la jurisdicción constitucional en Europa, debe atribuirse este papel.

Desde la perspectiva que aquí se postula, la defensa de la Constitución Española (y la de cada uno de los Estados miembros) no puede diferenciarse de la de la propia Constitución Europea, pues aquéllas (a modo de «constituciones parciales») no son dissociables de ésta. En efecto, no debería generar mucha polémica la idea de que si las «tradiciones constitucionales» de los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como «principios generales» (art. I-9.3 CEu), e integrarán, también por obra del propio Tratado Constitucional, el parámetro de constitucionalidad europeo (art. II-112.4 CEu), alguien debería seguir encargado de declarar con fuerza jurídicamente vinculante cuáles son estas tradiciones, a no ser que entendamos que las mismas se limitan a las que pudieron haberse formulado con anterioridad a la propia CEu, sin ninguna posibilidad de proyección pro futuro.

La cuestión es pues si su declaración, puesto que se trata de valores constitucionales propios de los Estados, debe corresponder a los órganos que ejerzan la jurisdicción constitucional en cada uno de ellos o si, por el contrario, al formar parte del parámetro de constitucionalidad del derecho de la Unión, debe encargarse al Tribunal de Justicia. Y es que la entrada en vigor del Tratado Constitucional puede proporcionar argumentos tanto para

entender que la respuesta a esta cuestión debe seguir dejándose, como hasta ahora, al «diálogo jurisprudencial», como para entender, por el contrario, que el sistema de jurisdicción constitucional que se corresponde con la nueva situación debe concentrarse en un TJUE que tenga el monopolio de rechazo de las normas inconstitucionales de la Unión, sea cuál sea la constitución (la europea o la de un Estado miembro) que actúe de parámetro. La solución propuesta por el TC es ambivalente (tributaria del postulado doctrinal de que «lo mejor sería que ambos tribunales tuvieran en cuenta las normas del otro ordenamiento en la interpretación de las normas del propio»), como se corresponde con el estado actual de la integración y el derecho constitucional «multinivel» que ésta genera.

Según la DTC, la declaración de esa inconstitucionalidad le correspondería, en primer lugar, al TJUE, pero en el caso de que no la apreciara (es esto, más que la aprobación de normas europeas contrarias a la Constitución lo que cabe considerar «difícilmente concebible»), el TC no renuncia a atribuírsela. Desde estos presupuestos, la crítica a la Declaración que subyace en sus tres votos particulares sólo puede compartirse con importantes matizaciones.

La primera, y más importante, es que no cabe entender que los mismos discrepen de la tesis de que la primacía del derecho europeo debe predicarse incluso de normas de la Unión que contradigan la CE, pues lo que el TC afirma es, precisamente, lo contrario; a pesar de ello, los votos particulares se detienen en describir con detalle el escenario al que esa tesis nos llevaría, propiciando que se cree la impresión de que se disiente de algo que en realidad no ha sido afirmado por la Declaración. La segunda es que, precisamente por lo que se acaba de decir, los votos particulares pueden pretender basarse en la doctrina establecida en la DTC 1/1992 tanto como la mayoría, pues, a estos efectos, ambos mantienen (al igual que aquella y esta Declaración), lo mismo: que la primacía del Derecho de la Unión puede «desplazar» la Constitución (es decir, hacer que no se apliquen preceptos constitucionales de naturaleza competencial o procedimental) pero no «disponer» de ella (esto es, contradecir sus postulados sustantivos). Y la tercera matización es que la única reforma constitucional que remediaría la eventual conculcación de la CE que en los votos particulares pretende conjurarse sería la que supusiera establecer expresamente en su texto el límite a la primacía del derecho de la Unión que para la mayoría se encuentra implícito en el propio art. 93 CE. Cualquier otra reforma supondría, en sentido totalmente opuesto al afirmado tanto por la Declaración como por sus votos particulares, consagrar la «supremacía» incondicionada de la CEU y claudicar de las tradiciones constitucionales de España como Estado miembro de la Unión.

Hechas estas matizaciones, la discrepancia de los Magistrados disidentes se reduce, por más que a veces se exponga de manera contundente, a entender que sólo mediante la reforma constitucional se podía establecer lo que el TC ha fijado por vía interpretativa. De lo que no cabe duda, en todo caso, es que el hecho de que así lo haya establecido el TC no puede cerrar la puerta a que, en el futuro, si el titular del poder de reforma constitucional lo ve conveniente, ese postulado se lleve al propio texto de la CE, por más que la reforma, si bien podría contribuir a consolidar la situación (y sólo por ello no debería calificarse de superflua) no sería ahora, en puridad, y siempre que su finalidad sea decir lo que el TC ya ha dicho (pues claro es que podría decir otra cosa), jurídicamente imprescindible.

## 6. REFERENCIAS

1. Aunque, como se dice en el texto, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se firmó en Roma el 29 de octubre de 2004, se publicó oficialmente en el DOUE C310, de 16 de diciembre de 2004. La celeridad del Tribunal Constitucional en resolver el requerimiento del gobierno se ha calculado con base en la fecha en que fue registrado en el Tribunal, el 4 de noviembre. La DTC 1/2004, de 13 de diciembre (ponente VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS), puede consultarse, además de en su publicación oficial en el BOE, en [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Los firmantes de los votos particulares fueron los Magistrados JAVIER DELGADO BARRIO, ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL y RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS.

Es muy probable que si el TC hubiera encontrado contradicción entre la CEu y la CE, hubiera habido que reformar esta última mediante el procedimiento agravado, pero en realidad, como se dice en el texto, al no declarar la contradicción, el Tribunal no se pronunció sobre ello; no obstante, hay que tener en cuenta que, además de sobre el art. 9.1 CE, la DTC 1/2004 extendió la duda de constitucionalidad, inmediatamente antes de negar su existencia, a otras disposiciones del Título Preliminar, afectadas también por este mismo procedimiento de reforma constitucional, particularmente al art. 1.2 CE («La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»), pues «la supremacía pretendidamente puesta en riesgo por el Tratado [Constitucional Europeo] se predica de una Norma que la disfruta, en tanto que expresión del ejercicio de la voluntad constituyente del Estado por el pueblo español, en quien reside la soberanía nacional» (fj 4).

El fundamento de la afirmación del texto de que la necesidad de una reforma constitucional habría frustrado la intención del Gobierno de ser «los

primeros con Europa» (éste fue inicialmente el eslogan de la campaña institucional del referéndum, posteriormente prohibido por Instrucción de la Junta Electoral Central de 31 de enero de 2005), puede remontarse al propio debate de investidura celebrado tras las elecciones generales del 14 de marzo de 2004, en el que el discurso del candidato a Presidente del Gobierno incluía la siguiente afirmación: «Convencido de que lo que es bueno para Europa es bueno para España, el Gobierno hará cuanto esté en su mano para asegurar que el proyecto de Constitución europea se apruebe (..) cuanto antes». En su réplica, el líder de la oposición dijo: «respecto de su frase de esta mañana de que lo que es bueno para Europa es bueno para España (..) confío en que no signifique un cheque en blanco (..) hace muy pocos años el Tratado de Niza era, para todos los firmantes, bueno para Europa, y ahora, sin explicación adecuada, ha dejado de serlo». (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Pleno, número 2, de 15 de abril de 2004, pp. 20 y 29).

El 11 de Enero de 2005, con una sola abstención, el Pleno del Congreso de los Diputados autorizó al Gobierno la convocatoria del referéndum consultivo sobre el texto del Tratado (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, número D-138, de 18 de enero de 2005, p. 26;

Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Pleno, número 63, de 11 de enero de 2005, pp. 2996 y ss). Fue convocado mediante RD 5/2005 de 14 de enero (BOE 15 de enero) y, con una participación del 42,32% arrojó un resultado de 76,73% del censo a favor (resultados provisionales publicados por el Ministerio del Interior en <http://www.elecciones.mir.es/refeur2005/resultados/retop.htm>, visitado el 11 de abril de 2005). Tras el referéndum, el Congreso ratificó la CEu el 28 de abril de 2004, con 319 votos a favor y 19 en contra. En el momento de cierre de este trabajo aún no se había fijado el momento de la votación de ratificación por el Senado.

2. La mayoría de los comentarios doctrinales a la DTC 1/2004 se han centrado, precisamente, en su entendimiento de la cláusula de primacía, y, en un sentido crítico, en la distinción que hace el TC entre ésta y la supremacía constitucional. En este sentido, Pedro CRUZ VILLALÓN (2004) «El Tratado según la Constitución. Tres planteamientos», ponencia presentada al III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Barcelona, 21 y 22 de diciembre de 2004, en línea en [http://constitucion.rediris.es/ace/Paginas/Articulos/Ponencias\\_III Congreso/Ponencia\\_PedroCruz.rtf](http://constitucion.rediris.es/ace/Paginas/Articulos/Ponencias_III Congreso/Ponencia_PedroCruz.rtf), visitado el 16 de mayo de 2005; Ricardo ALONSO GARCÍA (2005) «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre

el principio de primacía» Revista Española de Derecho Constitucional 73, y Antonio LÓPEZ CASTILLO, Alejandro SAIZ ARNAIZ y Víctor FERRERES COMELLA (2005) Constitución española y Constitución europea : Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

La referencia completa de Costa/ENEL es STJCE 6/64, de 15 de julio de 1964, y la de Ley de Adhesión, LO 19/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Las citas textuales de la DTC 1/2004 que aparecen en este epígrafe son todas del f.º 4, aunque debe precisarse que la afirmación de que la supremacía de una Constitución es «consustancial» a toda norma fundamental (que se usa en el texto para decir que la CEu no parece ser, para el TC, una «auténtica» norma constitucional) se hace por el Tribunal, no de ésta, sino de la CE. Las referencias de la CEu que cita la DTC, y a las que se alude en el texto, para justificar la idea de que ésta contiene mecanismos para garantizar que no se aprobará derecho derivado inconstitucional (preceptos que, según el TC, «vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales», f.º 3) son a los arts. 1-2 CEu (Valores de la Unión) y 1-5 CEu (Relaciones entre la Unión y los Estados miembros). Además, en la DTC se citan otras disposiciones de la CEu (todas en el f.º 3) con el mismo «efecto tranquilizador» al que se alude en el texto, entre ellas las relativas a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados (arts. 1-2 CEu al 1-7 CEu), a los principios fundamentales que la informan (atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, art. 1-11 CEu), a la cláusula de flexibilidad (art. 1-18) y a la retirada voluntaria de la Unión (art. 1-60 CEu). La afirmación de que la CEu ha introducido como parámetro de constitucionalidad a las propias Constituciones de los Estados se fundamenta en las disposiciones de la CEu que remiten a los valores constitucionales comunes y que se citan en el texto. Para la DTC, ello significa que la CEu «ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros» (f.º 3).

Varían en los comentarios doctrinales de la segunda Declaración las valoraciones sobre la medida en la cual departe ésta de la primera. Quizá el que más aleja una de otra sea Pedro CRUZ VILLALÓN, para el que la segunda «se va casi al otro extremo»; Ricardo ALONSO GARCÍA, por su parte, afirma que la segunda matiza la primera, pero no ve en aquélla un auténtico «overruling» de ésta. Parecidos planteamientos, centrados en la nueva concepción (ahora no sólo procesal) del art. 93 CE se encuentran en los comentarios de Víctor FERRERES y Antonio LÓPEZ CASTILLO.

En nuestra opinión, las citas que, en la segunda, se hacen de la primera declaración (la DTC 1/1992, de 1 de julio) justifican, a nuestro juicio, la afirmación hecha en el texto de que no se ha resaltado lo suficiente la continuidad doctrinal entre ambas. Así, aunque en el fj 1 se usa la DTC 1/1992 para recordar el sentido que debe darse al procedimiento del art. 95 CE, a continuación (fj 2) se resalta que, en materia sustantiva, «lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en unas coordenadas precisas, (...) siendo en esas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual, que opera en un marco bien distinto»; además, en el fj 4 se reconoce, tras distinguir entre primacía y supremacía, que la DTC 1/1992 usaba ambos términos en el mismo sentido. De hecho, son los votos particulares los que, como se dice en el texto, citan directamente la DTC 1/1992 para basar en ella sus argumentos. Por nuestra parte, la cita de la DTC 1/1992 que aparece en el texto se encuentra en su fj 4.

3. La dificultad para ver en las preguntas del Gobierno sobre la Carta en qué se basaba realmente la duda de constitucionalidad, a la que se alude en el texto, ha hecho que las mismas se califiquen de «pista falsa» (Pedro CRUZ VILLALÓN) o de «preguntas señuelo» (Antonio LÓPEZ CASTILLO). La crítica a las denominadas «cláusulas horizontales» de la Carta está presente en muchos estudios, ya desde antes de su solemne proclamación en la cumbre de Niza. En español puede verse, por ejemplo, Paloma BIGLINO (2004) «Derechos frente a la Unión, Derechos frente a los Estados. El artículo 51 de la Carta» en Natividad FERNÁNDEZ SOLA (ed) *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, pp. 235-56; Baldomero OLIVER LEÓN (2003) «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo» *Revista de Estudios Políticos* 119, pp. 211-260 y, especialmente, centrándose en las «luces y sombras» de estas disposiciones Ricardo ALONSO GARCÍA (2002) «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea» en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (eds) *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, pp. 151-182.

Las referencias a la jurisprudencia anterior en la que el TC había sugerido que el derecho comunitario de los derechos humanos podría entrar en nuestro ordenamiento a través del art. 10.2 CE son a la STC Ley Electoral al Parlamento Europeo 28/1991 (fj 5) y STC APESCO 64/1991 (fj 4). Sobre el uso que, desde sus sentencias iniciales, viene haciendo el TC de la

jurisprudencia del TEDH, como contrapunto de la que se preconiza en el texto para la que debe hacerse de la del TJUE sobre la Carta, puede consultarse Alejandro SAÍZ ARNÁIZ (1999) *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos*. El artículo. 10.2 de la Constitución, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, si bien en contra de lo que el texto mantiene y a favor del uso de esta disposición constitucional en la misma línea de la apuntada por el TC en la jurisprudencia que acaba de citarse (ver pp. 189 y ss).

Debe tenerse en cuenta que la propia Declaración incluye en su fj 6 la afirmación de que «claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno», recogiendo en este punto lo establecido por el art. II-113 CEu. Pero esta afirmación, casi ritual, no puede esconder, como demuestran veinticinco años de jurisprudencia constitucional interpretando la del TEDH, que el verdadero problema en cuanto a la diversidad de estándares que origina el art. 10.2 CE no se plantea cuando el interno y el supranacional entran en clara colisión (lo que no suele ocurrir), sino cuando el primero se construye acriticamente sobre el segundo, sin explorar antes vías de interpretación interna que podrían haber llevado a una mayor protección.

La referencia completa de la sentencia Bananas, tomada como ejemplo de restricción de los derechos fundamentales en aras de intereses de la Unión que no tienen por qué coincidir con los nacionales, es STJCE 280/1993, de 5 de octubre de 1994. La cita de la misma que se encuentra en el texto se corresponde con el apartado 78 (y envía a sentencias anteriores, como Schraeder 265/87, de 11 de julio de 1989, apartado 15; Wachauf 5/88, de 13 de julio de 1989, apartado 18; y Kuehn 177/1990, de 10 de enero de 1992, apartado 16). Sobre la STJCE Bananas, ver Norbert REICH (1996) «Judge-made «Europe à la carte»: Some Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation» *European Journal of International Law* 7 pp. 103-11; y sobre los efectos de la misma en Alemania, Ignacio GUTIÉRREZ (1999) «Un orden jurídico para Alemania y Europa» *Teoría y Realidad Constitucional* 3 pp. 215-23.

Las disposiciones de derecho derivado que se citan en este epígrafe se corresponden con los arts. 20.2 y 20.3 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE de

4 de enero de 2002. Sobre la jurisprudencia acerca de la inviolabilidad de domicilio en el TEDH y el TJUE, véase Alberto LÓPEZ BASAGUREN (2003) «La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)» *Revista Española de Derecho Europeo* 5 pp. 183-210.

Por otra parte, la crítica en el texto a la tesis de la DTC de que la Carta es un obligado canon hermenéutico para la interpretación interna en materia de derechos fundamentales no se opone a la consideración del derecho de la Unión, incluyendo su jurisprudencia sobre derechos fundamentales, como elemento de una heterointegración, constitucionalmente no obligada, en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este concepto, en particular en relación con el uso por el TC de la jurisprudencia del TEDH, permítaseme la remisión a mi trabajo (2004) «Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional Español previas a las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo)», en Francisco BALAGUER (ed) *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, pp. 517-564.

4. Sobre la importancia del legislador en la configuración de los derechos fundamentales, véase Francisco BALAGUER CALLEJÓN (2001) «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale» en Giancarlo ROLLA (ed) *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, G. Giappichelli Editore, Torino, un trabajo ahora actualizado como «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional» y publicado en el número 1 de esta *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 25-46.

También Francisco BALAGUER, poco antes de la Declaración, (pero después del Dictamen del Consejo de Estado) dejó claro que, de haber contradicción entre la CEu y la CE, ésta tenía que resolverse por la vía del art. 168 CE. Véase su (2005) «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», *Diario La Ley – Unión Europea*, n. 6138, de 30 de noviembre de 2004, pp. 1-3, en donde califica la tesis contraria de «fraude de Constitución». Una de las modalidades de la tesis de la «flexibilización» en las relaciones entre la CE y el derecho de la Unión en la que ya no se aplica el criterio de excluir lo que no se encuentra afectado por el procedimiento de reforma agravada es, por ejemplo, la propuesta por Víctor FERRERES (en la obra más arriba citada). De ahí proviene también la expresión de que la CE no debe vincular «exactamente del mis-

mo modo» a los operadores jurídicos nacionales cuando contrastan sus postulados con el derecho interno y cuando lo hacen con el de la Unión.

La idea de que la diversidad de estándares de protección de los derechos fundamentales no es necesariamente odiosa en un contexto supranacional o incluso federal está inspirada en la experiencia del «state constitutionalism» norteamericano. Sobre el particular, y su influencia en el proceso de integración europeo, permítaseme de nuevo remitirme a mis trabajos (1997) «La mayor protección de los Derechos Fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo» en Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Madrid, Tecnos, vol. I pp. 365-399 y (2001) Integración Europea y Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas, especialmente «la aplicabilidad interna del estándar comunitario», pp. 348 y ss.

5. La pregunta por el «defensor de la Constitución» que encabeza este epígrafe y el propio título del trabajo remite, obviamente, a Hans Kelsen (1931) ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, leído en la traducción española de editorial Tecnos, 1995. La idea de que la defensa jurisdiccional de la Constitución es la propia de situaciones de «normalidad» se toma de Pedro DE VEGA (1979) «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución» Revista de Estudios Políticos 7 pp. 93-118. En este epígrafe se citan tres ideas de Peter HÄBERLE: la de «diálogo jurisprudencial», por cierto citada tanto en la DTC 1/2004 (ff jj 3 y 6) como en el dictamen previo del Consejo de Estado (Dictamen 2544/2004, III, p. 28), está tomada de (1998) «¿Existe un espacio público europeo?» Revista de Derecho Comunitario Europeo 2 pp. 113-136. Las de «espacio constitucional europeo» y la consideración de las constituciones nacionales como «constituciones parciales» pueden verse ahora en su trabajo «Europa como comunidad constitucional en desarrollo» Revista de Derecho Constitucional Europeo 1, pp. 11-24.

El postulado doctrinal entrecomillado que aparece en este epígrafe en el texto corresponde a una afirmación (sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal de Justicia), de Konrad Hesse (1998) «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional en Alemania» Teoría y Realidad Constitucional 1 p. 119. El término «constitucionalismo multinivel» aplicado al actual proceso de integración europeo procede de un discípulo de Häberle, Michael PERNICE, y puede verse en (2002) «Multilevel constitutionalism in the European Union», European Law Review 27 pp. 511-

529, con un planteamiento inicial en (1999) «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?» *Common Market Law Review* 36 pp. 703-750. Por último, sobre las relaciones entre el TJUE y el TC en el ejercicio de la jurisdicción constitucional en Europa, véase Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ (2002) *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas.