

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA COMO ORDENADOR DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. EL CASO DE ESPAÑA. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA COMO PRINCIPIO PROCEDIMENTAL

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios acaecidos en nuestro sistema de fuentes, en los poco más de 25 años transcurridos desde el comienzo de la transición a la democracia, han sido extraordinarios. Los constituyentes se encontraron a principios de 1978 con un sistema normativo caracterizado por una inusitada concentración de poderes, pese a la evolución del régimen de Franco a lo largo de los casi cuarenta años de existencia. El sistema de fuentes del viejo régimen autoritario se podría describir como el caracterizado por la existencia de un operador legislativo y ejecutivo principal, auxiliado, en la condición de colaboradores, por operadores secundarios. Un sistema presidido, abrumadoramente, por el principio de jerarquía en el que las contradicciones y fricciones normativas eran de naturaleza doméstica¹⁵.

El sistema democrático, que deriva de la Constitución Española de 1978, supondrá cambios transcendentales. Tendrá lugar la separación de los poderes legis-

¹⁵ La doctrina no se ha ocupado, con posterioridad a la muerte del dictador, en analizar el sistema de fuentes del franquismo, sin duda porque lo urgente era ocuparse del nuevo régimen democrático surgido de la Constitución de 1978. Puede verse una recopilación de las Leyes Fundamentales del régimen de Franco, en P. FARIAS, *Breve historia constitucional de España (Seguidos de los textos constitucionales desde la Carta de Bayona a la Ley Orgánica)*, Doncel, 1ª edc., Madrid, 1975. De la pobreza de dicha bibliografía da una idea la recopilación debida a J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Bibliografía española de Derecho político (1939-1981)*, que dedica apenas dos páginas a las obras del régimen franquista, sin que ninguna de ellas esté dedicada al estudio de las Leyes Fundamentales. De este mismo autor en el número 59 de la *Revista de Derecho Público*. También Miguel LÓPEZ REQUENA y Juan José GONZÁLEZ RIVAS «Selección bibliográfica sobre Derecho Constitucional Histórico Español», en E. LINDE y Otros, *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978 (1979-1982)*, Tomo I, Aranzadi, 1984, págs. 494 y 495.

lativo y ejecutivo y, lo que ahora nos interesa destacar, se producirá un extenso y profundo reparto del poder legislativo o, si se prefiere, asistiremos al incremento extraordinario de los operadores legislativos. Así, a la vez que el Jefe del Estado era privado de poderes legislativos efectivos, para ocupar una posición meramente simbólica, sancionadora de las leyes, cobrarán relevancia, junto a las Cortes Generales, convertidas en un auténtico parlamento bicameral, diecisiete Asambleas Legislativas, una por cada una de las Comunidades Autónomas creadas a partir de la Constitución, de las que también será predicable su naturaleza parlamentaria. Por otra parte, en lo relativo a los tipos o instrumentos normativos, asistiremos a la aparición de las leyes orgánicas y, entre otros, se producirán cambios sustanciales en la configuración de los decretos leyes y de los decretos legislativos.

La solución de los conflictos de relación entre los diferentes operadores jurídicos y sus productos normativos, en los órdenes estatal y autonómico, no podían deducirse del principio de jerarquía a partir de la Constitución de 1978. Pero, lo que resultaba más sorprendente, el referido principio de jerarquía tampoco serviría para explicar todas las relaciones entre normas dentro de un mismo subordenamiento jurídico.

2. LEYES ORGÁNICAS Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA

En efecto, una de las primeras manifestaciones de que el principio de jerarquía no era capaz de explicar la totalidad de las relaciones entre las normas del nuevo ordenamiento jurídico que surge de la Constitución tuvo lugar a propósito de las leyes orgánicas, que traigo a colación porque, como se verá, la solución de los problemas surgidos de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno tienen mucho que ver con la controversia que tuvo lugar sobre la relación de dicho tipo de ley con las demás leyes.

Los primeros comentarios sobre las leyes orgánicas, debidos a prestigiosos juristas, se apresuraron a relacionar dicho tipo de norma con las demás normas a través del principio de jerarquía, siendo la conclusión de los mencionados juristas que las leyes orgánicas gozaban de una posición jerárquica superior a la de las demás leyes¹⁶, ocupando un lugar intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias. No resulta extraño que se alcanzara esta conclusión, habida cuenta del prestigio aplastante de la jerarquía como principio ordenador de las normas en el sistema de fuentes, fruto, entre otras causas, de la predominancia de la doctrina kelseniana entre los juristas españoles. La única postura discrepante, coetánea a la doctrina mayoritaria,

¹⁶ Ver, entre otros: F. GARRIDO FALLA en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, pág. 538; O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 538; L. DÍEZ PICAZO, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 21, pág. 194 y F. SOSA WAGNER, *REDA*, núm. 21, pág. 202.

señalaba en un artículo J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el otoño de 1979¹⁷, era la que yo defendía en «Ley y Reglamento en la Constitución» publicado en *Lecturas sobre la Constitución Española*¹⁸. En este trabajo postulaba, para comprender ese nuevo tipo de leyes, la utilización del *principio de competencia*, tesis que se completaría en el artículo publicado en la *Revista de Administración Pública* con el título «Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico. A propósito del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»¹⁹ y otros trabajos posteriores²⁰. El Tribunal Constitucional dejaría poco espacio al crecimiento de la polémica en torno a dichas leyes al acoger el principio de competencia como ordenador de las relaciones entre las leyes orgánicas y las demás leyes en su sentencia de 13 de febrero de 1981²¹ y, desde entonces, sin solución de continuidad hasta nuestros días²². Esta doctrina, que supuso una de las primeras quiebras del principio de jerarquía, como único capaz de ordenar las relaciones entre los instrumentos normativos dentro de un mismo subordenamiento jurídico²³ se extenderá, también, de modo proteico para explicar y resolver las controversias entre las normas del Estado y las de las Comunidades Autónomas.

En un sistema político-jurídico complejo como el nuestro, en que proliferan los operadores y los instrumentos jurídicos, el principio de jerarquía dejaba de explicar la totalidad de las relaciones entre los diferentes instrumentos jurídicos a partir de la Constitución de 1978. Así, la resolución de algunos conflictos entre normas de un mismo subordenamiento (ley orgánica y ley ordinaria) exige la aplicación del principio de competencia y, con carácter general, salvo excepciones, es el principio de competencia el que sirve para la resolución de conflictos entre normas de diferentes órdenes normativos (del Estado y de las Comunidades Autónomas), dejando al margen el rango formal de las normas, atendiendo como criterio rector al de la competencia, que la Constitución instituye para resolver algunos de los conflictos de aplicación que eventualmente tengan lugar en el ordenamiento jurídico.

El principio de jerarquía sigue explicando las relaciones entre la ley y el reglamento en el Derecho interno, pero no es el talismán de otrora que servía para

¹⁷ Ver J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las Leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, otoño 1979, pág. 41.

¹⁸ Ver *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo I, Madrid, 1978, pág. 257.

¹⁹ Ver. RAP núm. 91, enero-abril 1980, págs. 107 y sigs.

²⁰ Ver por todos: *Leyes orgánicas (Un estudio de legislación y jurisprudencia)*, Madrid, 1990.

²¹ STC de 13 de febrero de 1981, recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de Centros Escolares (*BOE* núm. 47, de 24 de febrero), motivo 4 de los Fundamentos Jurídicos.

²² La evolución jurisprudencial hasta 1990 puede verse en E. LINDE PANIAGUA, *Leyes orgánicas*, Madrid, 1990, en el mismo se hace una amplia referencia a la doctrina producida en la materia.

²³ No obstante puede citarse el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, las leyes especiales y los decretos legislativos como ejemplos de quiebra del principio de jerarquía.

explicar la mayoría de las relaciones entre las normas, que derivaba de la posición jerárquica que ocupaban los operadores jurídicos en un determinado sistema²⁴.

La relegación del principio de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico iba a suponer algo más que una anécdota, porque poner en cuestión las concepciones kelsenianas implicaba poner en quiebra una concepción piramidal del Derecho que, siendo eficaz en el antiguo régimen así como en los regímenes jurídicos centralizados de carácter democrático, resultaba ineficaz en el sistema democrático alumbrado por la Constitución española de 1978. Ahora bien, en el orden interno, la eclosión del principio de competencia no supone cuestionamiento alguno de la supremacía de la Constitución sobre los subordenamientos jurídicos de las Instituciones Centrales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

3. LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO INTERNACIONAL

La aplicación del principio de competencia a las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional (más en particular el Derecho de Tratados), presenta, aparentemente, mayores dificultades teóricas y prácticas, pues se enfrenta con el dogma de supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales.

Hay que señalar que la pretensión de consagrar la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes fue desestimada expresamente a lo largo del debate constituyente²⁵, por más que algunos autores obvien este dato. Bien es cierto que, en el debate constituyente, la justificación que se esgrimió para excluir la admisión expresa de dicha supremacía en nuestro ordenamiento jurídico fue que la posición superior de los tratados internacionales sobre las leyes se deducía ya de la constante interpretación del Tribunal Supremo²⁶, lo que hacía innecesario consagrarla expresamente. La argumentación era escasamente convincente, pues si no era objeto de controversia la supremacía de los tratados sobre las leyes no se explicaba que se excluyera dicho reconocimiento del texto constitucional. En todo caso, pese a que la argumentación era difícilmente aceptable, dicha exclusión ha permitido una reconstrucción adecuada de las relaciones entre los tratados internacionales y el Derecho interno que, de otro modo, se hubiera visto dificultada.

²⁴ Ver por todos: J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las Leyes orgánicas. Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, otoño 1979, pág. 41.

²⁵ Así, no progresaría el texto del artículo 6.1 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, que decía: *Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a la de las leyes*. Para el debate ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 81, sesión 16 de 6 de junio de 1978, págs. 2949 a 2952 y sesión núm. 38, de 13 de junio de 1976, pág. 4226.

²⁶ Ver la intervención de HERRERO DE MIÑÓN en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* antes citado.

En efecto, la Constitución de 1978 se caracteriza por contener tres cláusulas de apertura a los tratados internacionales: me refiero a las contenidas en sus artículos 10.2, 93 y 96. Este rasgo, junto a otros, me indujo a calificar a nuestra Constitución como *constitución abierta*²⁷, que, para explicar las relaciones entre la Constitución y los tratados internacionales, dejaba a un lado las concepciones imperantes en la materia que basculaban entre el monismo externo y el monismo interno²⁸, excluido el dualismo²⁹. Así, los monistas externos consideran que el Derecho internacional ocupa una posición jerárquicamente superior a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (la supremacía de los tratados), mientras que para los monistas internos es la Constitución la que ocupa una posición superior a la de los tratados (la supremacía de la Constitución), mientras las posiciones dualistas, arrumbadas en la actualidad, conciben el Derecho interno y el Derecho internacional como ordenes jurídicos separados e incommunicados.

Más adelante prestaremos atención al artículo 93, pero ahora debemos detenernos en el artículo 10.2 del texto constitucional, porque entiendo que de su análisis puede derivar la resolución de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno.

El artículo 10.2 de la Constitución, que no tiene correspondiente en otras constituciones europeas, se debió, como se ha señalado a «la necesidad de encontrar una solución política de equilibrio al artículo 27»³⁰ del texto constitucional. Pero, al margen de su paradójico origen, uno de los efectos de dicho precepto sería el de que: «abre una puerta a que los valores del hombre que vayan siendo consagrados por los tratados internacionales sirvan de criterio interpretativo *extensivo* de nuestras normas relativas a Derechos fundamentales y a libertades»³¹. Sin duda, teniendo en cuenta estos antecedentes escribí: «La eficacia de la Convención (europea

²⁷ Dicho concepto lo utilicé en 1980 en el capítulo «Estado social y democrático de derecho y cláusula de transformación: marco y objetivos del intervencionismo público en la economía», en *Derecho Administrativo Económico*, UNED, Madrid, 1980, pág. 293, y posteriormente en *Constitución abierta*, Madrid, 1991.

²⁸ Esta teoría se debe a H. Kelsen que rebate la tesis dualista de TRIEPEL, ver su trabajo, «Les rapports de système entre le Droit international et le Droit interne (R. Des C.), 1926, IV, t. 16, págs. 231 y sigs. En este trabajo Kelsen considera igualmente aceptables el monismo interno como el monismo externo, aunque posteriormente se inclinó por el monismo externo, ver *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928. El monismo externo será desarrollado por Verdross y Kunz. Por lo que se refiere al monismo interno ha sido sostenido por ZORN, E. KAUFMANN, M. WENZEL Y DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, entre otros.

²⁹ Esta posición fue defendida por H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1989 (*Droit international et Droit interne*, París-Oxford, 1920). Otras explicaciones menos exitosas para la explicación de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno pueden verse en A. Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1974, págs. 231 y sigs.

³⁰ O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pág. 156

³¹ *Idem*.

de 1950) en el Derecho español», a cuyo contenido me remito³². Así, el Tribunal Constitucional asumirá el concepto de *estándar mínimo de protección* y recibirá de modo franco la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, desde las sentencias de 13 de febrero³³ y 10 de abril³⁴ de 1981, debiendo señalarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1989, de 18 de junio (FJ 12), abrirá, incluso, la posibilidad de tomar en consideración el artículo 7 del TCEE y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con fundamento en el artículo 10.2, como pauta interpretativa del artículo 14 de la Constitución³⁵.

No resulta dudoso que el artículo 10.2, lejos de ofrecer una menor cobertura a la entrada del Derecho internacional en nuestro Derecho interno, al contrario, supone una entrada más franca, directa, por obra del constituyente, y no como resultado del constituido como sería el caso a través de los artículos 93 y 96 del texto constitucional³⁶.

Así, el Tribunal Constitucional no se ha planteado relaciones de jerarquía de la Constitución con el Convenio de Roma de 1950, ni ha cuestionado la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para interpretar dicho Convenio. Y, consciente o no, el Tribunal Constitucional, al acoger la tesis de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en la Constitución española estaba revolucionando profundamente las concepciones imperantes en lo relativo a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno; concepción revolucionaria que, sin embargo, no se ha aceptado pacíficamente entre nosotros³⁷. Así,

³² E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 141 y sigs. Entre otros, como trabajo tardío, que recoge algunas vertientes de la polémica en torno a este asunto, puede verse: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

³³ STC 5/1981, de 13 de febrero, recurso de inconstitucionalidad 189/80 (BOE núm. 47, de 24-2-1981).

³⁴ STC 12/1981, 10 de abril, recurso de amparo 96/80 (BOE 99, de 25/4/81).

³⁵ Ver pág. 43, E. LINDE, *Constitución abierta*, cit. Sobre esta sentencia puede verse también J. R. FERNÁNDEZ, «El control del Derecho interno que infrinja el Derecho Comunitario Europeo y el alcance del artículo 10.2 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en REDA, núm. 72, oct/diciembre, 1991, págs. 573 y sigs. Hay que señalar que la plena eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no necesita en modo alguno la vía del artículo 10.2 de la Constitución, llevándose a cabo a través del artículo 93 del texto constitucional. Cuestión diferente es la posibilidad de que por la vía del artículo 10.2 la jurisprudencia del citado Tribunal surtiera efectos en ámbitos materiales ajenos al Derecho de la Unión, tema este al que dedicaremos atención al analizar la Carta de los Derechos Fundamentales que contiene la Constitución Europea.

³⁶ Una visión comparada de este tema puede verse en J. L. CABALLERO OCHOA, *La incorporación de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Ed. Porrúa, México, 2009.

³⁷ Ver el trabajo antes citado de A. SAIZ ARNAIZ.

la Constitución, de acuerdo con esta doctrina, no es que permita que el Tribunal Constitucional interprete los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales suscritos en la materia, sino que va más allá asumiendo («se interpretarán» dice el artículo 10.2) la aplicación de la interpretación de un tribunal internacional a los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el texto constitucional español coincidentes con los que consagra el Convenio de Roma de 1950; doctrina que ha sido consagrada primero por la Constitución Europea *non nata* (art. II-112.3) y posteriormente por el Tratado de Lisboa (art. 6.3 TUE). De manera que el principio de competencia, cuyo éxito se había acreditado en el orden interno, comenzaba a desplegar sus efectos en las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional de un modo extraordinariamente sofisticado, que no tiene parangón en el Derecho comparado³⁸.

La segunda cláusula de apertura se introduce en el artículo 96 de la Constitución. El constituyente tuvo buen cuidado en no afirmar la supremacía de los tratados sobre las leyes y, de este modo, permitió la entrada del principio de competencia en la relación de los tratados con la Constitución de 1978 y el derecho de la misma derivada y, al proceder así, estaba rechazando tanto el monismo interno como el monismo externo y, por supuesto, la concepción dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional. En efecto, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico español, una vez han sido publicados en el *Boletín Oficial del Estado* (rechazo del dualismo), pero su posición, no se explica desde la jerarquía que subordinaría los tratados a la Constitución española, o viceversa. Lo que hace el texto constitucional español es crear un *espacio normativo propio*, en el interior de nuestro sistema jurídico, cuyo contenido tiene que ser conforme a la Constitución sin subordinarse ni a ésta ni al derecho de la misma derivado, ni viceversa, lo que sólo es comprensible desde el principio de competencia. Desde este principio se explica que los tratados se apliquen de modo preferente a cualquier otra norma de Derecho interno, y se exija que su inaplicación, derogación, modificación o suspensión sólo pueda tener lugar de acuerdo con lo previsto en los propios tratados, y subsidiariamente de acuerdo con lo previsto en las normas generales del Derecho internacional.

De manera que, tan solo en consideración a los preceptos antes citados (arts. 10.2 y 96), existen suficientes argumentos para deducir que la Constitución no relaciona el Derecho interno y los tratados internacionales a través de la supremacía. Pero, además, en el caso que nos ocupa se añade a los preceptos antes citados la tercera cláusula de apertura al Derecho internacional, consagrada en el artículo 93 de la Constitución, según la que mediante ley orgánica se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

³⁸ Ilustrativo de las resistencias de los nacionalismos jurídicos en Europa es el caso alemán. Puede verse al respecto A. WEBER, «A la busca del jurista europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, sep/dic 2011, págs. 11 y sigs.

4. LA INNECESARIEDAD DE LA SUPREMACÍA PARA EXPLICAR LAS RELACIONES DE LA CONSTITUCIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Tribunal Constitucional ha interpretado en numerosas sentencias, así como en las Declaraciones 1/1992 y 1/2004, el sistema de relaciones entre el Derecho de la Unión y la Constitución Española. Como es sabido, las conclusiones de ambas declaraciones son contrarias: en la primera de ellas el TC consideró necesaria la reforma del artículo 13 de la Constitución Española; mientras que la Declaración de 2004 llegó a la conclusión de que no era necesaria reforma alguna de la Constitución para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aunque las argumentaciones en una y otra declaración no sean contradictorias.

A mi juicio, las conclusiones de ambas declaraciones son correctas aunque no lo sean ni todas, ni todo el contenido de algunas de las argumentaciones que les sirven de fundamento. Particularmente nos centraremos en la Declaración 1/2004 que afronta directamente el principio de la primacía³⁹. Aunque la Constitución Europea haya pasado a la historia como un proyecto frustrado, resulta conveniente analizar las conclusiones del Tribunal Constitucional en las referidas declaraciones pues son especialmente útiles para resolver algunas cuestiones fundamentales en el tema que nos ocupa.

Para entender cabalmente la declaración del Tribunal Constitucional es conveniente remontarse a un artículo aparecido en la prensa diaria en que RUBIO LLORENTE llevaba a cabo la equivalencia entre primacía y supremacía y postulaba, de modo decidido, la modificación de la Constitución Española como condición indispensable para proceder a la ratificación de la Constitución Europea⁴⁰. Probablemente, la opinión del prestigioso profesor no hubiera trascendido más allá del ámbito académico de no ser por la circunstancia de que algunos meses más tarde fuera nombrado presidente del Consejo de Estado en el que, su opinión, encontraría

³⁹ Sobre la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 puede verse, A. LÓPEZ CASTILLO, «La Unión Europea «en constitución» y la constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, primer semestre, 2005, págs. 427 y sigs.; y R. ALONSO GARCÍA, «Constitución española y Constitución Europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril, 2005, págs. 339 y sigs.; y J. M. AREILZA CARVAJAL, «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero/abril, 2005, págs. 365 y sigs.

⁴⁰ Me refiero al artículo publicado en *El País* de 11 de julio de 2003, pág. 13, con el título «El referéndum superfluo y el necesario», criterio en que se ratifica dicho profesor tanto con anterioridad como con posterioridad a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional. Al menos puede verse: «Prólogo» a C. CLOSA MONTERO y N. FERNÁNDEZ SOLA (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2005. En esta posición pueden también citarse a P. PÉREZ TREMPES, «Sobre la primacía del Tratado constitucional. ¿Tensiones constitucionales a la vista?», A. LÓPEZ CASTILLO, «A propósito del proceso de ratificación del *Tratado constitucional* de la Unión Europea, ambos en C. CLOSA, cit.

eco, hasta el punto de que dicho organismo sugirió al Gobierno⁴¹ el planteamiento de la citada cuestión al Tribunal Constitucional⁴². Esta somera reconstrucción de los hechos nos permite centrar el asunto que, puede decirse de antemano, se debe, en mi modesta opinión, a una confusión, nada memorable, entre los conceptos de primacía y supremacía, derivada, probablemente, de la no-aceptación de todas las virtualidades del principio de competencia a que me he referido más atrás. Dicha confusión ha asociado, lo que no deja de resultar curioso, a monistas internos con monistas externos, pues unos y otros, con objetivos diferentes, consideran que sólo a través del principio de jerarquía pueden relacionarse las normas. Así, para los monistas internos de no modificarse la Constitución de 1978, la Constitución Europea *non nata* estaría subordinada a la Constitución Española, razón esta por la que procedería la modificación de la Constitución de 1978, reconociendo explícitamente la superioridad de la Constitución Europea sobre la española. Con esta idea coincidirían los monistas externos, pues la modificación de la Constitución Española, consagrando la supremacía de la Constitución Europea, supondría, por fin, el reconocimiento de la supremacía (parcial) del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Para unos y otros no caben otras soluciones, o se está encima o se está debajo. Estas posiciones no dejan de ser sorprendentes porque, desde la promulgación de la Constitución Española, ya antes del ingreso de España en las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional, a través de los artículos 10.2 y del 96, había reconocido el principio de competencia: El Tribunal Constitucional había admitido que la Constitución y los tratados internacionales podían estar al mismo nivel, no obstante la exigencia de conformidad de los tratados con la Constitución; una (la Constitución Española) al lado de los otros (los tratados internacionales), esto es, ni arriba ni abajo, sin subordinación de unos a otra, ni viceversa.

El artículo 93 del texto constitucional español, además, no hace sino reforzar el principio de competencia al admitir la transferencia a organizaciones internacionales del ejercicio (*no la titularidad*, recalca el Tribunal Constitucional) de competencias derivadas de la Constitución. Al artículo 93 es también de aplicación el artículo 95 que exige que la suscripción de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución se someta a previa revisión constitucional, lo que supone que de no reformarse la Constitución la ratificación del tratado en cuestión no es posible. De manera que no son posibles las contradicciones originarias entre la Constitución

⁴¹ Ver su Dictamen de 21 de octubre de 2004, evacuado previa consulta del Gobierno, de conformidad con el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado.

⁴² Sobre el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2544/2004, de 21 de octubre de 2004, puede verse M. SALVADOR MARTÍNEZ, «El Dictamen del Consejo de Estado sobre el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, primer semestre, 2005, pág. 462 y sigs. También A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAINZ ARNAIZ, V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005. Posteriormente el Consejo de Estado emitió en febrero de 2006 un «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española» (solicitado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005), que a mi juicio no hace aportaciones relevantes al tema que nos ocupa.

Española y los tratados internacionales suscritos con posterioridad a su entrada en vigor que, en virtud de la aplicación del artículo 95.2, el Tribunal Constitucional ha calificado de «defensa jurisdiccional anticipada» (Declaración 1/2004, FJ 1).

Pero, sorprendentemente, el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004 interpretará el artículo 95 en el sentido de que dicha defensa jurisdiccional anticipada tiene por objeto ver «asegurada su supremacía (*la de la Constitución Española*) frente a las normas internacionales desde el momento mismo de la integración de éstas en el Derecho nacional». Con dicha defensa jurisdiccional anticipada se trataría de evitar, según el Tribunal Constitucional, que recuerde su Declaración 1/1992: «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada» (FJ 1 de ambas Declaraciones).

La Constitución Española no se pronuncia sobre su propia posición en el ordenamiento jurídico, circunstancia que ha recordado el Tribunal Constitucional en la citada Declaración 1/2004, aunque a renglón seguido el citado Tribunal ha recordado que la posición de supremacía de la Constitución se deduce de los artículos 1.2, 9.1, 161, 163, 167 168 y disposición derogatoria (FJ 4) y, sin razonamiento alguno, establece la: «supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992... (FJ 1)», y finaliza su ausente razonamiento diciendo: «Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión Europea por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución» (FJ 4).

Aunque anticipo que la solución dada por el Tribunal Constitucional me parece adecuada, el razonamiento que le conduce a la misma me parece deficiente. La afirmación a ultranza de la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales contrasta de modo claro con el artículo 96, con el artículo 10.2 y con el propio artículo 93, todos ellos de la Constitución. La afirmación de principio del Tribunal, que no se fundamenta en precepto alguno, presenta tales dificultades de encaje con los preceptos constitucionales antes citados que el Tribunal se verá compelido a construir la tesis de que la supremacía de la Constitución admite excepciones, siempre que las mismas se consagren en el propio texto constitucional⁴³, y de ello derivará que el Tribunal Constitucional considere que la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno ha sido aceptada por la Constitución⁴⁴.

⁴³ Dice así: «La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos» (FJ 4 párrafo segundo *in fine*).

⁴⁴ Dice así: «En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (FJ 4, párrafo segundo *in fine*).

Es decir, se afirma por el Tribunal Constitucional la supremacía de la Constitución Española sobre los tratados internacionales, como regla general, para inmediatamente establecer la excepción a la regla. Pero, lo cierto es que de los artículos 93, 95 y 96 no se deduce una excepción sino la regla, la regla de relación entre los tratados y la Constitución Española. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno y: «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional». ¿Acaso, puede afirmarse la supremacía de la Constitución sobre los tratados, cuando las contradicciones de un tratado con la Constitución no permiten al Tribunal Constitucional expulsarlo por sus propios medios, teniendo que recurrirse para ello a los procedimientos previstos en el artículo 96 de la Constitución?⁴⁵

Cuando la Constitución integra a los tratados en el ordenamiento interno lo que está haciendo es, precisamente, desbaratar las concepciones imperantes (ambas monistas) que sitúan a los tratados bien debajo o bien encima de la Constitución, al sólo concebir las relaciones entre normas a través del principio de jerarquía. Así, la Constitución Española ha previsto, lo que tiene un mérito extraordinario, que los tratados no estén subordinados a ella, aunque si exija que sean conformes a la misma, para que integren el ordenamiento jurídico español.

De modo que la Constitución Española asegura, a través de un procedimiento preventivo (art. 95), que no existan contradicciones entre los tratados y el texto constitucional. Y sucesivamente incorpora aquéllos al ordenamiento como órdenes separados y conformes en la cúspide del ordenamiento jurídico, órdenes que se caracterizan por estar entrelazados en su aplicación⁴⁶; situados al mismo nivel y ajenos a la idea de subordinación. La contradicción (que no la inconstitucionalidad de los tratados incorporados al ordenamiento español) sólo puede resolverse: bien expulsando al tratado internacional del ordenamiento español, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 95 y 96; modificando la Constitución para adaptarla al Tratado; o bien intentando la modificación del tratado en cuestión de acuerdo con sus propias normas. Estas circunstancias son determinantes para concluir que la supremacía no rige, pero, a la vez, es innecesaria para lograr la coherencia entre las

⁴⁵ Ver el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, que desarrolla el apartado 2 c) del artículo 27 de la citada Ley Orgánica, que excluye el control de constitucionalidad de los tratados internacionales sobre los que el Estado hubiera prestado su consentimiento, limitándolo a los tratados internacionales sobre los que no se hubiera prestado aún el consentimiento del Estado.

⁴⁶ De esta idea participa E. GARCÍA DE ENTERRÍA, referida al Derecho de la Unión Europea en «Locke y la Constitución Europea», en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 13, enero/marzo, 2005, pág. 7: «Aquí la Constitución no expresa una verdadera unidad del ordenamiento, son dos sistemas jurídicos diversos, aunque articulados entre sí de forma que «*in suo ordine*», la Constitución Europea prevalece sobre el Derecho de los Estados». No obstante se aprecia el uso del verbo «prevalece» que no expresa acertadamente la relación entre ambos subordenamientos.

diferentes partes del ordenamiento. La deseable armonía, que no la unidad, entre la Constitución y el ordenamiento de la misma derivado y los tratados internacionales tiene lugar desde la operatividad del principio de competencia, que excluye las relaciones de supremacía.

Ahora bien, si la Constitución Española prevé expresamente las relaciones de la misma (y su derecho derivado) con los tratados internacionales, no se pronuncia expresamente sobre la posición del derecho producido o derivado de los tratados suscritos en virtud del artículo 93, ni se pronuncia sobre las relaciones entre dicho Derecho derivado de los Tratados y el Derecho interno. Resulta evidente que la Constitución de 1978 no alcanzó a afrontar de modo explícito todos los problemas relacionales entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la posición del Derecho derivado de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español.

Los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de la Unión Europea (del mismo modo que el Tratado de la Unión Europea, por el que se establece una Constitución para Europa) gozan de un *plus* de separación en relación con la Constitución Española. En efecto, el artículo 93 es muy expresivo de las posibilidades de atribución de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones internacionales, pero el sentido último de este precepto sólo puede obtenerse del análisis que llevemos a cabo de la utilización por el legislador nacional de dicha facultad. Y no resulta dudoso que el legislador ordinario, de modo excepcional, ha transferido a la Unión Europea competencias materiales, formales, institucionales y jurisdiccionales. La particularidad del Derecho de la Unión Europea, en relación con el Derecho del resto de organizaciones internacionales, es que se trata de un orden jurídico separado, y conforme a la Constitución, en la cabecera del ordenamiento jurídico español, en la medida en que el TUE, el TFUE y el TCEEA, actualmente vigentes, gozan de esa condición, por virtud de lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española. Y, además, a través de la aplicación del Derecho derivado el Derecho de la Unión se convierte en un orden jurídico inextricablemente unido al Derecho interno en su aplicación. Esto es, el Derecho de la Unión, a diferencia de los tratados internacionales convencionales, que sólo episódicamente entran en colisión con el Derecho interno, se interrelaciona constantemente con el Derecho interno que resulta difícil de entender sin aquel. De esta relación constante surgen tensiones, cuya resolución es preciso enfrentar.

5. EXTRACONSTITUCIONALIDAD *VERSUS* INFRACONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional, en todas las ocasiones en que se ha pretendido por alguna de las partes en litigio que la confrontación entre el Derecho interno y el Derecho derivado se calificara como conflicto de carácter constitucional, derivado de la relevancia constitucional que el artículo 93 le atribuiría supuestamente al Dere-

cho de la Unión, ha establecido con escasos matices que el artículo 93 es de *carácter orgánico procedimental*, incapaz de atribuir al Derecho de la Unión relevancia constitucional, de lo que deduce el Tribunal Constitucional que los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno son *conflictos infraconstitucionales*⁴⁷.

De este modo el Tribunal Constitucional ha descartado la confrontación entre el Derecho derivado de la Unión con la Constitución Española (y por tanto la confrontación entre los Tratados de la Unión Europea y la Constitución Española). Pero, para alcanzar esta conclusión el Tribunal Constitucional sitúa a la Constitución Española en un plano superior: de nuevo aparece el monismo interno como teoría para la integración del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. A mi juicio, anticipando algunas conclusiones, la negativa a confrontar la Constitución Española con el Derecho de la Unión es correcta, aunque la calificación del conflicto no lo sea⁴⁸. Así, como se deduce de lo que venimos diciendo, el conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno no puede calificarse de infraconstitucional sino que se trataría de un *conflicto extraconstitucional*, lo que resulta del todo diferente.

Los funcionalistas han criticado la caracterización del conflicto como infraconstitucional con la pretensión de que se proclamara el rango constitucional del Derecho de la Unión y, por tanto, de los conflictos con el mismo, así como con la esperanza infundada de que el Tribunal Constitucional estableciera la supremacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno. Sin duda, no advierten los que participan de dicha pretensión que la confrontación del Derecho de la Unión con la Constitución Española hubiera provocado una crisis de dimensiones incalculables entre España y la Unión Europea, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha proclamado siempre la supremacía de la Constitución sobre el Derecho de la Unión (Tratados más Derecho derivado), como consecuencia de una lectura equivocada, a mi juicio, del artículo 96 de la Constitución, a que antes nos hemos referido. Así, debe observarse que el Tribunal Constitucional en ninguna de sus sentencias proclama la primacía del Derecho de la Unión sobre la Constitución Española, si bien ha reconocido la primacía del Derecho de la Unión en las relaciones con el derecho derivado de la Constitución Española (SSTC 28/1990, 64/1991, 130/1995, 58/2004). Por esa razón, se puede coincidir con la conclusión del Tribunal Constitucional pero no con el razonamiento que la precede que, con matices, se

⁴⁷ Esta calificación se produce por la STC 28/1991, de 14 de febrero, en Recurso de inconstitucionalidad 852/87 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991) y desde entonces sin solución de continuidad hasta la STC 58/2004, de 19 de abril, en recurso de amparo 4979/99 (BOE 120, de 18 de mayo de 2004) o la STC 173/2005, de 23 de junio, en recurso de inconstitucionalidad 453/1996 (BOE núm. 173 de 21 de julio de 2005).

⁴⁸ El calificativo de conflicto infraconstitucional ha provocado reacciones airadas hasta el punto de calificarlas de «deleznable nacionalismo jurídico», A. MANGAS MARTÍN, «Sobre la primacía del Tratado Constitucional. ¿Tensiones constitucionales a la vista?», en E. CLOSA y N. FERNÁNDEZ (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, cit. pág. 154.

reitera en la Declaración 1/2004. El Consejo de Estado, en el informe evacuado a solicitud del Gobierno, del que trae causa la declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, señalará, a propósito del artículo I-6 de la Constitución Europea, que: *el Tratado eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho comunitario. Dicho principio, que se ha calificado como una “exigencia existencial” de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Politi), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), de 9 de marzo de 1978 (Simental), entre otras muchas, y significa que cualquier norma de derecho comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, **prevalece**⁴⁹ sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Opera, pues, contra cualquier fuente, ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado*». En virtud de estas observaciones el Consejo de Estado aconsejaba al Gobierno la consulta al Tribunal Constitucional, habida cuenta de la posible contradicción de este principio con la consideración de la Constitución Española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, resulta evidente, aunque no se diga expresamente, que para el Consejo de Estado primacía es igual a supremacía (prevalencia) y, es obvio, que a la vez en un mismo ordenamiento jurídico no puede haber dos normas que gocen de dicha posición.

El Tribunal Constitucional, en la Declaración 1/2004, lejos de eludir la cuestión de la supremacía de la Constitución de 1978 la afirma (FD 1, párrafo segundo). Por una parte, considera que puede salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado asegurando la supremacía de la Constitución. Y, aquí radica la cuestión principal, considera que el artículo 95 de la Constitución tiene por finalidad garantizar de modo anticipado la supremacía de la Constitución frente a las normas internacionales. El control anticipado que instituye el artículo 95 considera, apoyándose en la Declaración 1/1991, que trataría de obviar: «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada» (FJ 1 de la DTC 1/1992), aunque el Estado no hubiera prestado aún el consentimiento.

De modo que, podríamos concluir que la Constitución Española no se sitúa en una posición de supremacía en relación con los tratados, ni viceversa, de manera que el conflicto entre ambos órdenes jurídicos sería de carácter extraconstitucional. Es decir, el parámetro para determinar la norma aplicable al caso controvertido, en caso de conflicto entre ambos órdenes, no lo suministra la Constitución Española, supuesto en que surgiría la competencia del Tribunal Constitucional. Y esto porque la competencia para resolver los conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno se ha transferido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como

⁴⁹ La letra negrita es nuestra.

última instancia. Esta es otra de las características de la singular transferencia que ha llevado a cabo el legislador interno a través del artículo 93 de la Constitución de 1978. Esto es, la resolución de la confrontación entre el derecho derivado de la Constitución Española y los Tratados y el Derecho derivado de los mismos se hace de acuerdo con los Tratados y no de acuerdo con la Constitución de 1978. Exigencia esta de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los veintisiete Estados miembros que la integran (que con Croacia serán veintiocho en 2013).

Así, la supremacía de la Constitución Española sobre los Tratados internacionales, por una parte, no sería acorde a la Constitución Española y, por otra, es un principio innecesario para ordenar las relaciones entre la Constitución Española y los Tratados de la UE, de FUE y de la CEEA.

6. LAS RELACIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN CON LOS DERECHOS INTERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LO INNECESARIO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

No obstante lo concluido anteriormente, el principio de primacía plantea problemas de difícil resolución. Vamos a imaginar que la Constitución Europea *non nata* hubiera entrado en vigor. Pues bien, en su artículo I-6 dice: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Así, el texto constitucional europeo habría incorporado el principio de primacía, o la técnica de la primacía, alumbrado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a partir de la Sentencia vertida en el caso *Costa/ENEL*⁵⁰. No nos encontramos, por tanto, ante un principio novedoso, creado con objeto de reordenar las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, sino ante la consagración normativa (abortada por el Tratado de Lisboa) de un principio que despliega sus efectos desde hace más de cuatro décadas⁵¹ en las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos internos de los Estados miembros.

No obstante, resulta conveniente precisar el ámbito de dicho principio y su alcance, particularmente por la circunstancia de que algunos autores⁵², a los que antes

⁵⁰ STJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Rec. 1964, pág. 1194.

⁵¹ En este sentido en un breve pero apreciable artículo S. MARTÍNEZ LAGE, «Por la primacía, desde luego no», en *El País*, de 4 de noviembre de 2004, pág. 40, en que sostiene que el artículo I-6 de la Constitución Europea no exige la reforma de la Constitución Española. La propia Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional se apoya en este criterio: «Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las *competencias derivadas de la Constitución*, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE».

⁵² Puede citarse a F. RUBIO LLORENTE, «El referéndum superfluo y el necesario», en *El País*, de 11 de junio de 2003, pág. 13, que postula la reforma de la Constitución Española como consecuen-

nos referimos, sugirieran que la instauración de dicho principio alteraría el orden de las fuentes consagrado en la Constitución Española, por lo que habría que proceder a la reforma de esta última antes de ratificar la Constitución Europea. Y aunque el Tratado de Lisboa haya obviado consagrar el principio de primacía en los vigentes Tratados de la Unión, resulta conveniente plantearse las consecuencias de haber introducido dicho principio de modo explícito en la Constitución Española.

La circunstancia de que el principio de primacía haya operado pacíficamente en las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y nuestro Derecho interno a lo largo de las últimas décadas, sin producir conmoción alguna, sin que hasta la Constitución Europea *non nata* nadie hubiera postulado razonadamente la reforma de la Constitución Española, por incompatibilidad de la misma con dicho principio, sería probablemente suficiente para concluir que la reforma de la Constitución Española carecería de sentido. No obstante, añadiremos a los anteriores, que no dejan de ser meros indicios, otras razones suficientes para acreditar que ni siquiera sería conveniente explicitar dicho principio en la Constitución de 1978.

El constituyente europeo, como antes el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pretendió consagrar en el texto de la Constitución Europea *non nata* el principio de primacía y no el principio de supremacía o de jerarquía. Este matiz no parece haber sido advertido por quienes convierten mecánicamente primacía en supremacía, sin explicación de ninguna naturaleza. Pero, el concepto de primacía no se puede subsumir en el de supremacía ni viceversa. La supremacía, y su expresión la jerarquía, tiene lugar siempre, salvo excepciones que tampoco se explican a través de la jerarquía⁵³, dentro de un mismo orden normativo, en el interior de un ordenamiento o subordenamiento jurídico⁵⁴, pero ni siquiera todas las relaciones dentro de un mismo orden normativo se rigen por el principio de jerarquía (leyes orgánicas en relación con las leyes ordinarias, o las leyes autonómicas en relación con las leyes del Estado). Por el contrario, la primacía es un principio relacional⁵⁵

cia de la introducción en la Constitución Europea del principio de primacía. El citado autor es en la actualidad el presidente del Consejo de Estado que en Dictamen de 21 de octubre de 2004 sugirió al Gobierno la consulta al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la necesidad o no de reformar la Constitución Española, como consecuencia de la introducción del principio de primacía en la Constitución Europea. La tesis de RUBIO es seguida por P. PÉREZ TREMPs en «Constitución Española y Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, mayo/agosto, pág. 121. Finalmente el Tribunal Constitucional en su Declaración de 13 de diciembre de 2004 ha desautorizado la tesis del Consejo de Estado. Aunque sucintamente me he pronunciado por lo innecesario de dicha reforma y la inconsistencia de los argumentos del citado autor en la presentación del número 6 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, primer semestre de 2004, pág. 15.

⁵³ Esta sería la prevalencia a que se hace referencia en el artículo 149.3 de la Constitución de 1978.

⁵⁴ En contra de esta posición M. NETTESHEIM, «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/ de la Unión», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 6, abril-junio, 2003, pág. 285.

⁵⁵ En este sentido A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pág. 308; I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, 60 VVDStRL, 2001, pág. 185; F. MAYER, *Kompetenzüberschreitung*, 2000, pág. 37.

que opera entre dos ordenamientos jurídicos o subordenamientos jurídicos, que se encuentran al mismo nivel, ajenos en sus relaciones al principio de jerarquía.

No debe dejar de mencionarse que uno de los temas recurrentes de la doctrina ha sido la necesidad de introducir el principio de jerarquía en los actos comunitarios⁵⁶. Por mi parte he sostenido que el principio de jerarquía en el derecho vigente de la Unión convive con el principio de competencia⁵⁷, lo que ha sido confirmado primero por la Constitución Europea *non nata*⁵⁸ y posteriormente por el Tratado de Lisboa. Así, en la Constitución Europea *non nata* no hay relación de jerarquía entre las diferentes modalidades de leyes europeas y leyes marco europeas que se rigen por el principio de competencia, mientras que se establecen relaciones de jerarquía entre, de una parte, las leyes europeas y leyes marco europeas y, de otra parte, los reglamentos y decisiones de desarrollo y de ejecución de aquellas. Y lo mismo puede decirse tras la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, ya que ni en el TUE ni en el TFUE se establecen relaciones de jerarquía entre reglamentos, decisiones y directivas, que se rigen por el principio de competencia salvo cuando se prevean por éstos actos delegados o actos de ejecución que sí estarían sometidos jerárquicamente a aquéllos. De modo que en las relaciones entre los diferentes instrumentos jurídicos de la Unión seguirán operando los principios de competencia y de jerarquía, según los casos.

Claro está, para alcanzar esta primera conclusión, sobre la naturaleza relacional del principio de primacía, es preciso tener en consideración el que se ha denominado «principio de competencia» en el ordenamiento español. Así, el principio de competencia se habría reformulado en el artículo 5 del TUE como principio de atribución. En síntesis, el principio de atribución configura la existencia de distintos bloques competenciales, que pueden representarse en un mismo plano, y que, en caso de conflicto, se relacionan de modo singular, mediante el principio de primacía, prescindiendo del principio de jerarquía.

A mi juicio el Tribunal Constitucional ha intentado un equilibrio llamado al fracaso en su Declaración 1/2004, al sostener la compatibilidad de la supremacía de la Constitución Española sobre los Tratados y, a la vez, afirmar que la primacía del Derecho de los Tratados es compatible y no perturba la supremacía de la Constitución Española. En algún pasaje de la Declaración 1/2004 incluso se afirma que: «Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1)» (Declaración 1/2004, FJ 4, párrafo 4º), en un intento de justificar la confusión de dichos principios que ya se produce en la Declaración 1/1992. La circunstancia de que dos principios puedan producir

⁵⁶ Ver por todos J. Cl. GAUTRON, «Un ordre juridique autonome e hiérarchisé», en *De la communauté de droit a l'Union de droit*, LGDT, París, 2000, págs. 25 y sigs.

⁵⁷ Ver mi trabajo «Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo», en esta *Revista*, núm. 3, 2002, pág. 282 y sigs.

⁵⁸ Ver mi trabajo: «El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la unión Europea: consideraciones preliminares», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 8, primer semestre, 2005, págs. 103 y sigs.

el mismo efecto no puede llevar a la conclusión de que sean la misma cosa. Así, la supremacía, con carácter general (dejando al margen la problemática del Derecho especial), hace que en un supuesto de hecho al que se refieren dos normas se imponga (se aplique) la norma de mayor rango sobre la de menor rango, y que, además, la contradicción de la norma inferior con respecto a la norma superior haga que aquella incurra en vicio de nulidad y determine su expulsión postrera del ordenamiento jurídico. Cuando entra en juego la jerarquía el factor determinante de la posición de una norma en relación con las demás no es otro que el rango de la misma.

La primacía sólo coincide con la técnica de la supremacía en que ambas son capaces de resolver los conflictos entre normas de diferentes (o del mismo) ordenamientos jurídicos. Pero, la primacía aplicada a los conflictos entre las normas de la Unión y las del Derecho interno de los Estados miembros consiste: en que el Derecho de la Unión al aplicarse desplaza al Derecho de los Estados miembros, cuando este último haya invadido el ámbito competencial del Derecho de la Unión; o bien, la imposibilidad de que el Derecho de la Unión pueda ser desplazado por el Derecho interno sin la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁹.

Pero, en todo caso, las normas de Derecho interno desplazadas por el Derecho de la Unión pueden permanecer en el ordenamiento jurídico indefinidamente, pues su expulsión sólo puede llevarse a cabo con arreglo al procedimiento con el que fueron dictadas. El Tribunal de Justicia ha reiterado que un pronunciamiento del mismo en un conflicto entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno, resuelto en el sentido de que procede la aplicación del Derecho de la Unión, no es susceptible de incluir la declaración de nulidad de la norma de Derecho interno, razón esta por la que el citado Tribunal reclama la leal cooperación de los Estados miembros para limpiar sus respectivos ordenamientos jurídicos de normas que invadan competencias de la Unión⁶⁰. Así, primacía y supremacía son conceptos de diferente naturaleza y efectos, de manera que la utilización de uno u otro no puede considerarse un juego de palabras.⁶¹

⁵⁹ El efecto de mero desplazamiento ha sido objetado por R. ALONSO GARCÍA, «Constitución Española y Constitución europea...», cit, págs. 359-361, ya que ello impediría que los tribunales pudieran anular las disposiciones reglamentarias internas por vulneración de normas comunitarias. Sin embargo, esta conclusión no parece adecuada. Así, desde el Derecho interno se puede habilitar a los tribunales para que declaren nulas las normas reglamentarias contrarias al Derecho de la Unión, pero tal consecuencia sería improcedente preverla desde el Derecho de la Unión dadas las relaciones del mismo con el Derecho interno.

⁶⁰ Esta Doctrina ha sido constante desde la sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, caso Van Gend y Loos. Puede verse mi trabajo: «El sistema de fuentes», en E. LINDE y otros, *Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 292-293. Sobre el efecto desplazamiento también: J. L. REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Mc Graw-Hill, 1995, págs. 57 y sigs.

⁶¹ No puedo coincidir con la apreciación de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la Declaración del Tribunal constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, enero/abril, 2005, pág. 11, de la que podría deducirse lo inocuo de diferenciar los conceptos de primacía y supremacía.

El Tribunal Constitucional, aunque de modo escasamente convincente, *como excepción y no como norma*, admite que los tratados se sitúen al mismo nivel que la Constitución, solo que para que esto suceda es preciso que los Tratados superen un test de conformidad a la misma. Pero, esta doctrina constitucional, en definitiva, supone la exclusión de la supremacía misma, esto es: la aceptación de que en la cabecera del sistema existen normas separadas (Constitución Española y Tratados de la Unión Europea, de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), aunque conformes, cuyos derechos derivados se entrelazan a partir de las mismas.

Por otra parte, lo que el Tribunal Constitucional está afirmando es que aunque se hayan transferido a la Unión competencias que se denominan soberanas, de modo incorrecto por el Tribunal de Luxemburgo, lo cierto es que el poder último de disposición sobre el Estado sigue residiendo, por el momento, en las Cortes Generales⁶². Por eso el artículo 93 se refiere a la transferencia del ejercicio de competencias constitucionales y no a la transferencia de su titularidad. Porque, resulta incuestionable, la titularidad de las competencias constitucionales sólo las tiene el soberano. La circunstancia de que las Cortes Generales actúen en algunas circunstancias como poder constituyente, como si del soberano se tratara (caso del artículo 93), no significa que sean el soberano mismo. De manera que nada diferencia la posición de las Cortes Generales, del Gobierno o del Parlamento Europeo, como poderes emanados del soberano.

De lo dicho se infiere que difícilmente puede alcanzarse la comprensión del principio de primacía de un modo aislado, sin tener en cuenta el principio que rige la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Sin perjuicio del análisis más pormenorizado que llevaremos a cabo más adelante (de los principios y técnicas que rigen el sistema competencial de la Unión Europea), diremos ahora que el principio de atribución que establece el artículo 5 del TUE (art. 11.1 de la Constitución Europea *non nata*, que se contiene también en el artículo 5 del TCE), supone que la Unión tan sólo tiene las competencias que le transfieren los Estados. De modo que, lo no atribuido, dice expresamente el TUE en el apartado 2 del artículo 5: «corresponde a los Estados miembros». Por ello, puede afirmarse rotundamente que la Unión Europea no tiene capacidad de autoatribución de nuevas competencias diferentes a las que figuran en los textos de los Tratados, con lo que la teoría funcional de las competencias comunitarias, con todas las precisiones que deberán hacerse (en particular el art. 352 del TFUE), debería haber llegado a su fin.

Las competencias exclusivas de la Unión Europea son tan sólo seis (art. 3 del TFUE, que se corresponde al artículo I-13 de la Constitución Europea) y el resto de competencias de la Unión son compartidas, de coordinación en diferentes versiones, de apoyo o complemento, o en el ámbito de la política exterior y de seguridad

⁶² Sobre la posición de la Cortes Generales puede verse mi trabajo «Artículo 66. Las Cortes Generales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. ALZAGA), Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1998, pág. 97 y sigs. y la bibliografía que en el mismo se cita.

común (arts. 4, 5 y 6 del TFUE, que se corresponden a los artículos I-14 a I-17 de la Constitución Europea *non nata*), de manera que la mayoría de las competencias de la Unión no son exclusivas, es decir, el bloque de legalidad ordinaria aplicable en cada Estado miembro se integra por normas de la Unión y normas de Derecho interno, lo que hace inevitable la colisión de normas de uno y otro origen.

Por ello, los inevitables conflictos entre los Derechos de la Unión y de los Estados miembros deben resolverse *prima facie* a través de un principio de naturaleza relacional, el principio de primacía. Este principio impide, en el caso de confrontación entre el Derecho interno y el Derecho de la Unión, que las autoridades nacionales apliquen aquel con desplazamiento del Derecho de la Unión. Se trata de una norma de solución primaria o preventiva de conflictos, que viene exigida por la circunstancia de que el Derecho de la Unión se aplica en veintisiete Estados miembros y que, por tanto, se relaciona y puede entrar en colisión con los correspondientes Derechos internos. Esto hizo que PESCATORE dijera que se trata de una *exigencia existencial*, a la que se refiere la declaración del TC 1/2004.

Lo que impide el principio de primacía es, justamente, que se aborde por las autoridades nacionales la resolución definitiva de un conflicto entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno de un Estado miembro cuando del mismo pueda derivarse la inaplicación del Derecho de la Unión. Pero, el principio de primacía no impide, muy al contrario, que el conflicto sea examinado por el Tribunal de Justicia, único competente para determinar si procede o no la aplicación de una determinada norma de la Unión, o una determinada interpretación del Derecho de la Unión, a un caso concreto. De manera que sólo el Tribunal de Justicia puede establecer la improcedencia de una determinada interpretación del Derecho originario, o la inaplicación o, en su caso, inaplicación y expulsión del ordenamiento jurídico del instrumento jurídico manifestación del Derecho derivado de la Unión.

De manera que la primacía es una técnica meramente relacional, o procesal, y que en un sistema en que se distribuyen las competencias entre diferentes operadores (Unión Europea y Estados miembros), la colisión o el conflicto sólo puede derivar del ejercicio incorrecto de las competencias por una u otros. La finalidad del principio de primacía no es, en consecuencia, consagrar el uso incorrecto de una competencia por la Unión Europea que invada las competencias de poderes, instituciones u órganos de los Estados miembros. La finalidad de la primacía es doble: Por una parte, ofrece una solución técnico-preventiva inmediata; y, por otra, permite restablecer *a posteriori* el Derecho en el entero ámbito de la Unión Europea.

Veamos las dos vertientes de la primacía. Por una parte, los operadores jurídicos cuando se produzca una colisión efectiva entre dos normas, una de la Unión y otra de los Estados miembros, no pueden dar preferencia a la aplicación de la norma del Derecho interno confrontada con la norma de Derecho de la Unión. Si situamos el conflicto en sede judicial, el juez nacional puede resolver el conflicto a favor del Derecho de la Unión, aplicando éste cuando no tenga duda de que es la norma de Derecho interno la que ha invadido el ámbito competencial del Derecho de la Unión. Pero, si considera que es la norma de la Unión la que ha invadido

un ámbito competencial de los Estados miembros, no puede pronunciarse sobre la ilegalidad de dicha norma sino que debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva si la norma de la Unión se adecua o no a los Tratados (de la UE, de FUE y de La CEEA). En el caso de que se adecue así lo expresará, de modo que el juez nacional aplicará finalmente el Derecho de la Unión, que desplazará a la norma con la que colisionó. Por el contrario, si el Tribunal de Justicia considera que la norma de la Unión Europea ha vulnerado los Tratados deberá eliminar dicha norma del ordenamiento de la Unión, de modo que el juez nacional aplicará, finalmente, el Derecho interno. Esto es, la técnica de la primacía no convierte la norma ilegal en norma legal. Se trata, tan solo, de un sistema de rango europeo que permite resolver los conflictos entre subordinamientos, con el único objeto de que finalmente prevalezca el Derecho.

De lo dicho se deduce, sin dificultad, que resultaba innecesaria la modificación de la Constitución Española para dar encaje al principio de primacía, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por Constitución Europea *non nata*⁶³.

Pero yendo más allá, a mi juicio, sería del todo inconveniente la introducción en el texto constitucional español de una norma que reprodujera el artículo I-6 de la Constitución Europea *non nata*, aun cuando dicha introducción no se considere preceptiva a partir de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional⁶⁴. En efec-

⁶³ Partidario de la modificación se mostró P. PÉREZ TREMPs, «La Constitución Española ante la Constitución Europea», en *El proyecto de nueva Constitución Europea (A. Albertí Rovira)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 521.

⁶⁴ En el mismo sentido puede verse la Decisión 2004-505 DC de 19 de noviembre de 2004, del Consejo Constitucional francés (aps. 9 a 13), que dice: *Sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea*: 9. Considerando, en primer lugar, que se desprende de las cláusulas del Tratado sometido al examen del Consejo Constitucional, con el título «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», y, en particular, en las relativas a su entrada en vigor, a su revisión y a la posibilidad de denunciarlo, que conserva el carácter de un tratado internacional suscrito por los Estados signatarios del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea; 10. Considerando, en particular, que la denominación de este nuevo Tratado no implica observación alguna con respecto a su constitucionalidad; que en efecto, se desprende, en particular, de su artículo I-5, relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, que esta denominación no tiene incidencia en la existencia de la Constitución francesa y en el lugar de ésta en la cumbre del orden jurídico interno; 11. Considerando, en segundo lugar, que según el artículo 88-1 de la Constitución: «la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias»; que el constituyente de esta forma consagró la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado al ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional; 12. Considerando en términos de lo dispuesto por el artículo I-1 del Tratado: «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que éstos le atribuyan»; «que por providencia del artículo I-5, la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos»; que según lo dispuesto en el artículo I-6: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se atribuyen a ésta, primarán sobre el derecho de los Estados miembros»; que se

to, mientras que el principio de primacía esté reservado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este podrá hacer las modulaciones convenientes al nuevo sistema competencial de la Unión (monopolio jurisprudencial de la interpretación del principio de primacía). Sin embargo, si el referido principio se introdujera en la Constitución Española, sin especificar que la interpretación del mismo corresponde en exclusiva al TJUE, su interpretación entraría en la órbita competencial del Tribunal Constitucional; una suerte de renacionalización de la competencia, lo que sin duda llevaría a discrepancias en su interpretación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de muy difícil solución⁶⁵.

En efecto, mientras la única jurisprudencia sobre el principio de primacía sea la que produzca el TJUE existirá una interpretación uniforme del Derecho de la Unión en todo el territorio de la misma. Esto es, las Cortes Generales habrían transferido el ejercicio de la competencia en cuestión al TJUE. Mientras que la inclusión del principio de primacía en el texto constitucional español podría producir una recuperación de la competencia por el Tribunal Constitucional, a no ser que el precepto que contuviera dicho principio excluyera de modo expreso de su interpretación al Tribunal Constitucional y proclamara la competencia exclusiva del TJUE. Por el contrario, el Tribunal Constitucional sería competente para interpretar el precepto en cuestión. Esto es, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, difícilmente podría excluirse, sin prescripción constitucional previa, de la interpretación de un precepto regulador de las relaciones entre la Constitución Española y los Tratados de la Unión. Bien es cierto que son concebibles interpretaciones más complejas capaces de hacer prevalecer la interpretación del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pero no dejaría de ser una imprudencia jurídica de la que podrían derivar consecuencias imprevisibles.

desprende de una declaración anexada al Tratado que este artículo no confiere al *principio de primacía* un alcance distinto del que tenía anteriormente; 13. Considerando que, si el artículo I-1 del Tratado sustituye a las organizaciones establecidas por los Tratados previos con una única organización, la Unión Europea, dotada en virtud al artículo I-7 de personalidad jurídica, resulta del conjunto de las cláusulas de este Tratado, y, en particular, de la aproximación de sus artículos I-5 e I-6, que no modifica ni la naturaleza de la Unión Europea, ni el alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión tal como resulta, como lo juzgó el Consejo Constitucional en sus decisiones mencionadas (2004-496 DC de 10 de junio de 2004; 2004-497 DC de 1 de julio de 2004; 2004-498 DC y 2004-499 DC de 29 de julio de 2004) del artículo 88-1 de la Constitución; que, por lo tanto, el artículo I-6 del Tratado sometido al examen del Consejo no implica reforma de la Constitución». Para el caso francés puede verse A. Segura Serrano, «La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia», en *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 20, enero/abril, 2005, págs. 93 y sigs.

⁶⁵ Y sin duda a las discrepancias entre las diferentes interpretaciones, en su caso, de los diferentes tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Unión. Esta parece ser la conclusión alcanzada por el Consejo de Estado en su «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española», de febrero de 2006 solicitado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 que en el apartado 3 del artículo X bis del Título VII bis «De la Unión Europea», que dice así: «Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión».