

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*

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo

I

No muy afortunado resulta un Dictamen cuando de él se puede afirmar que sus consideraciones de oportunidad son inoportunas y que las de legalidad podrían conducir, si no se interpretan adecuadamente (y, por tanto, sin pretenderlo sus autores) al fraude de ley. El contraste entre estas apreciaciones iniciales y la reconocida calidad de muchos de los juristas que lo suscriben, genera un inevitable desaliento en este comentarista, que conoce además personalmente las limitaciones a que está sometida la formulación de doctrina como obra colectiva (ya que he sido durante diez años Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía). Pese a los motivos de desaliento, son demasiado importantes las cosas que hay en juego como para evitar la polémica a que necesariamente me conduce la valoración que el Consejo de Estado ha realizado del Tratado de Constitución para Europa y de su posible incompatibilidad con la Constitución Española.

Ni que decir tiene que este comentario, pese a las discrepancias manifestadas en relación con el Dictamen, se redacta desde el mayor

respeto al Consejo de Estado como institución y en especial a aquéllos de sus miembros que, como su actual Presidente, han realizado aportaciones esenciales a la construcción jurídica de nuestro ordenamiento constitucional.

II

Comienzo, sin embargo, con el acuerdo. El Dictamen realiza una reflexión muy sensata sobre las necesidades de reforma que deben orientar una política constitucional <<europeísta>> de la que tan necesitada está nuestro sistema constitucional. Se puede suscribir claramente la afirmación que se contiene en el Dictamen en el sentido de que <<Si, en su caso, fuera necesaria una reforma constitucional que permita una articulación ajustada entre el Tratado de referencia y la Constitución, cabría plantearse además –como también se ha hecho en otros Estados miembros de la Unión Europea- la conveniencia de aprovechar la ocasión para dar cauce a otra cuestión, si no necesaria, conveniente, cual sería la de “europeizar” en alguna medida la Constitución española. En su texto vigente no existe ninguna mención expresa a la Unión Europea (o a las Comunidades que constituyen su origen), producto sin duda de las circunstancias del periodo constituyente. No hay referencia alguna al fenómeno de la integración europea ni en el plano teleológico (como objetivo de la Nación española) ni en el plano estructural (España como Estado miembro) ni en el ámbito normativo-ordinamental (sin perjuicio de la referencia implícita del artículo 93) ni en cuanto a las implicaciones competenciales que la pertenencia a la Unión supone para la organización política (tanto respecto de poderes del Estado y órganos constitucionales como en cuanto a la estructura territorial)>>.

Me parece muy oportuna una reflexión que deje constancia de que la <<europeización>> de la Constitución española no puede quedar limitada a una cláusula sobre la Unión Europea, sino que debe dar cuenta de la diversidad de ámbitos en los que la reflexión constitucional interna resulta conveniente para que el proceso de constitucionalización europeo no quede sin respuesta. El diálogo, la dialéctica, la tensión –si se quiere- entre espacios constitucionales (europeo, estatal, autonómico) debería conducir a que las modificaciones en el ámbito europeo sean asumidas por los otros ámbitos en la diversidad de aspectos en que ello resulta necesario y que podrían muy bien ir (en una política constitucional con sentido europeo) desde el Preámbulo de la Constitución Española hasta los procedimientos de reforma constitucional, pasando por la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, así como las vertientes institucionales y los Derechos constitucionales.

El proceso de constitucionalización de la Unión Europea debe ir acompañado, en efecto, de un esfuerzo de convergencia de los Estados miembros en una política constitucional europeísta. Máxime si tenemos en cuenta que la propia Constitución Europea es consciente de su relativa debilidad desde el punto de vista constitucional (al menos en relación con el Derecho constitucional más desarrollado de los Estados miembros) y apela en sus preceptos a las tradiciones constitucionales comunes como fuente no sólo de interpretación sino también de producción de Derecho constitucional de la Unión Europea (así en los artículos II-112.4 y I-9.3 CEu respectivamente). Una política constitucional de sentido europeo por parte de los Estados no sólo permitiría corregir las fuertes asimetrías constitucionales que hoy se dan en Europa (en aquello en lo que no esté en juego la propia identidad de los Estados, como un bien a preservar y

respetar, de acuerdo con la propia Constitución Europea, en su artículo I-5) sino que facilitaría las relaciones entre el ordenamiento europeo y el interno, y el funcionamiento armónico de cada uno de los espacios constitucionales implicados.

III

Con ser muy importante esa reflexión del Consejo de Estado, aquí termina el acuerdo, porque ya en su propio enunciado se evidencia una manera de enfocar el Dictamen que me parece desafortunada: *<<Si, en su caso, fuera necesaria una reforma constitucional que permita una articulación ajustada entre el Tratado de referencia y la Constitución>>* y es que el Consejo parece realizar una abdicación de sus funciones en favor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (*ex* artículo 95 CE), que resulta improcedente en un órgano de esta naturaleza. En efecto, que el Tribunal Constitucional sea el *<<intérprete supremo de la Constitución>>* según establece el artículo 1.1 de su Ley Orgánica, no impide que el Consejo de Estado deje de cumplir la función que le corresponde, de acuerdo con el artículo 2.1 de su Ley Orgánica, de velar por *<<la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico>>*, lo que conlleva la exigencia de determinar (si así lo entiende en Derecho) la incompatibilidad del Tratado de Constitución para Europa con la Constitución Española.

Frente a ello, la conclusión 1 del Dictamen se limita a afirmar que *<<la prestación del consentimiento del Estado para obligarse en virtud del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa requiere autorización de las Cortes Generales mediante ley orgánica aprobada al*

amparo del artículo 93 de la Constitución>>, mientras que en la conclusión 2 se realiza la siguiente consideración de oportunidad: *<<con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española>>*.

Como consideración de oportunidad resulta inoportuna porque, si bien el Gobierno no está vinculado por este Dictamen (menos aún en lo que a las observaciones de oportunidad se refiere), es lo cierto que el tenor del mismo da a entender, sin concluirlo, que puede existir una contradicción entre el Tratado de Constitución para Europa y la Constitución Española, por lo que el Gobierno, que ya había anunciado la convocatoria del referéndum (*ex* artículo 92 CE) ahora se ve impelido a realizar una consulta al Tribunal Constitucional de cuyo resultado puede depender no sólo la suerte del proceso de ratificación, sino la estabilidad política interna, si el Tribunal Constitucional entiende que existe tal contradicción y que exige una reforma por la vía del procedimiento agravado del artículo 168 CE. Muy poderosas tienen que ser las razones que le han llevado al Consejo de Estado a promover una consulta de esta naturaleza y a plantear dudas sobre la constitucionalidad del Tratado de Constitución para Europa.

IV

Si existen esas razones poderosas que conducen a discutir la constitucionalidad del Tratado, yo no las he encontrado en el Dictamen. El punto de partida de esa hipotética contradicción consistiría en un conflicto

entre el artículo 9.1 CE (principio de constitucionalidad) y el I-6 CEu (principio de primacía del Derecho de la Unión). Ahora bien, no se deja de reconocer por el Dictamen que ese conflicto es inherente a la integración de España en la Unión Europea, porque siendo el principio de primacía de construcción jurisprudencial, se viene aplicando en España desde el momento mismo de su incorporación, en 1986, a las Comunidades Europeas. Es justamente el origen jurisprudencial del principio lo que da lugar a que ese conflicto se plantee ahora, según el Consejo de Estado, como insoluble, ya que *<<su incorporación al Tratado tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial –susceptible así de ser aplicado con flexibilidad a través del “diálogo entre Jueces”–, si no se quiere desvirtuar la propia eficacia del Tratado. Dado que no cabe la formulación de reservas o cláusulas de excepción, no puede soslayarse un potencial conflicto entre la primacía del Derecho de la Unión y la de la Constitución>>*.

El argumento no deja de ser extraño si tenemos en cuenta de que manera se han construido históricamente cláusulas similares, como la de supremacía del Derecho federal norteamericano, que se abrió paso exactamente al contrario: sobre la base de decisiones jurisprudenciales que otorgaron eficacia al principio de supremacía establecido previamente en el artículo VI.2 de la Constitución de EE.UU. A mi modo de ver, el principio de primacía incorporado al artículo I-6 CEu es hoy y lo será durante mucho tiempo un mero reflejo de su construcción jurisprudencial previa, aunque tampoco tengo duda de que con el transcurso de los años y la consolidación de una comunidad constitucional europea está destinado a desplegar una eficacia propia siguiendo, presumiblemente, la estela de nuevos desarrollos jurisprudenciales.

Desde el punto de vista jurídico y a efectos de una posible contradicción del principio de primacía con la Constitución Española, o esa contradicción ha existido siempre (y si así lo declarara el Tribunal Constitucional, el razonamiento jurídico conduciría al absurdo) o no existe tampoco ahora por el hecho de que se incorpore al texto del Tratado de Constitución para Europa un principio indiscutido como el de primacía.

Recordemos el sentido de este principio de primacía en su formulación actual en el Tratado constitucional. De acuerdo con el artículo I-6 CEu: <<La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros>>. La expresión <<en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen>> a la Unión Europea, es justamente la que armoniza el artículo I-6 CEu y le da coherencia con nuestro ordenamiento constitucional a través del artículo 93 CE, en virtud del cual <<Mediante 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>>. Puesto que se han atribuido esas competencias a la Unión Europea y puesto que el Derecho de la Unión Europea se produce a través de esa habilitación competencial y prevalece sólo en el ámbito de esa habilitación, no cabe hablar de una contradicción entre el principio de primacía y la Constitución española. Los ciudadanos y los poderes públicos siguen estando <<sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico>>, como exige el artículo 9.1 CE, cuando se aplica el Derecho de la Unión Europea en virtud de su primacía y en el ámbito de sus competencias, porque es la propia Constitución la que habilita esa aplicación preferente en ese ámbito. El problema es, por tanto, ficticio. Lo es, al menos, desde la perspectiva de la incompatibilidad radical predicada entre el artículo 9.1 CE y el principio de

primacía ahora incorporado al artículo I-6 CEu, que exija una reforma constitucional.

V

Ahora bien, si el problema es, en los términos anteriormente descritos, ficticio, cabe plantearse por la idoneidad de la solución (suponiendo que un problema ficticio necesite tener solución) que parece ofrecer el Dictamen:

<<Cabe apuntar que una fórmula para salvar en este caso y pro futuro eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario, quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión, sería, siguiendo la pauta de otros modelos constitucionales europeos, introducir en la propia Constitución (a.e. con una reformulación del artículo 93) una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita –con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios- una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad –la compatibilidad con la Constitución- de dicho ordenamiento>>.

La solución es problemática, en primer lugar porque puede conducir (sin que el Consejo de Estado haya pretendido tal resultado y mucho menos su Presidente, como tendremos ocasión de ver seguidamente) al fraude de ley (en este caso al fraude de Constitución) si se interpreta que bastaría con modificar el artículo 93 CE por la vía del procedimiento ordinario de

reforma para resolver la alegada incompatibilidad radical entre el artículo I-6 CEu y el artículo 9.1 CE.

En efecto, establecida que sea la incompatibilidad entre el artículo 9.1 CE y el artículo I-6 CEu, la única alternativa válida en Derecho es la reforma de la Constitución por el procedimiento agravado del artículo 168 CE, ya que esa reforma afectaría al Título Preliminar de la Constitución en el que el artículo 9.1 CE se integra. Una reforma del artículo 93 CE que se realizara tras la constatación de que el Tratado de Constitución para Europa es contrario al artículo 9.1 CE sería un fraude porque a través del procedimiento ordinario de reforma del artículo 167 CE se estaría afectando a un contenido protegido por el procedimiento agravado del artículo 168, como es el artículo 9.1 CE. Podríamos decir, por tanto que si una interpretación de esa naturaleza diera lugar a tal tipo de solución, estaría apócrifamente elaborada (esto es, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia: <<con fundamentos falsos o inciertos>>) por que no permite resolver el problema planteado.

Me consta, no obstante que no ha sido esta la pretensión del Consejo de Estado, por cuanto que su actual Presidente tuvo ocasión de manifestar hace ya tiempo lo contrario en un brillante artículo publicado en el diario El País el 11-7-2003, en el que, defendiendo la necesidad de la reforma constitucional para hacer frente a la contradicción que él percibe entre el artículo I-6 CEu y el artículo 9.1 CE, decía: <<Aunque esta reforma imprescindible puede circunscribirse quizás al artículo 93 de la Constitución, es evidente que su contenido afecta a preceptos capitales del Título Preliminar y que, en consecuencia, ha de hacerse siguiendo el engorroso procedimiento previsto para estos supuestos, que implica, entre

otras cosas, la aprobación de la reforma por dos legislaturas sucesivas y, tras ello, la celebración de un referéndum>>.

A la consideración anterior relativa al fraude que podría suponer modificar el artículo 93 si se interpreta que esa reforma puede hacerse siguiendo el procedimiento ordinario de reforma, habría que unir otra como es la del reparo que plantea una habilitación general para la reforma (o el desplazamiento) de contenidos materiales de la Constitución. A esta habilitación general cabría oponer serias objeciones desde una perspectiva constitucional. Hago uso aquí de las hermosas palabras del Profesor Rubio Llorente en el artículo antes mencionado (aunque no coincida en los motivos, como es obvio): la Constitución de Europa <<sólo puede construirse sobre las Constituciones nacionales, no sobre sus ruinas>>.

Es necesario tener en cuenta también objeciones de otra naturaleza: una política constitucional de sentido europeo no puede basarse en la pasividad generada por la aceptación incondicional de las decisiones con incidencia constitucional interna que nos vengan de la Unión Europea. Por el contrario, es aconsejable la interacción constitucional generadora de respuestas internas mediante las modificaciones del texto constitucional que sean necesarias. Especialmente si consideramos el pluralismo territorial propio del Estado autonómico y la posible incidencia del Derecho europeo en la distribución competencial interna. Naturalmente no es posible desarrollar estas ideas en tan breve espacio como el que dispongo en este comentario, pero baste decir ahora que una política constitucional de sentido europeo lo primero que tendría que plantearse es la modificación de los procedimientos de reforma previstos en el Título X de la Constitución Española. En particular, el procedimiento agravado del artículo 168 carece de sentido en el contexto de nuestra integración en Europa porque refleja

una rigidez excesiva que sólo podía justificarse en el momento de la transición de la dictadura a la democracia y debido al miedo a posibles involuciones políticas. En la actualidad es un serio obstáculo para una política constitucional que interaccione con agilidad con el Derecho constitucional de la Unión.

VI

Un último apunte me permitirá el paciente lector de este escrito (si es que todavía sigue ahí) para hacer referencia a los fundamentos <<falsos o inciertos>> del Dictamen y que traen causa de una jurisprudencia constitucional allí referida en la que al Tribunal Constitucional, para evitar que se le planteen conflictos relacionados con la aplicación del Derecho comunitario, recurrió al expediente de la naturaleza <<infraconstitucional>> o <<no constitucional>> del Derecho europeo en eventual conflicto con normas internas. Para el Tribunal Constitucional, en efecto, el Derecho comunitario no forma parte del parámetro de constitucionalidad de las normas porque la infracción del Derecho comunitario no es infracción del artículo 93 de la Constitución.

Lo que el Tribunal Constitucional pretendía con esa doctrina no era otra cosa que remitir los conflictos entre Derecho comunitario y Derecho interno al control de la eficacia de este último (y, por tanto, a los tribunales ordinarios), evitando así el control de validez que tendría que ser residenciado ante el Tribunal Constitucional. Para ello partió, a mi juicio, de premisas incorrectas, porque si una norma interna lesiona el Derecho comunitario válido es porque lesiona el artículo 93 de la Constitución Española. No cabe otra posibilidad en un ordenamiento constitucional

como el nuestro, ya que el Derecho comunitario se aplica en España en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 CE y, por eso, la lesión del Derecho comunitario es también lesión de la habilitación constitucional que lo hace aplicable en España. Lo que ocurre es que, como la primacía del Derecho comunitario no equivale a jerarquía (según tiene declarado el Tribunal de Justicia) su aplicación frente al Derecho interno puede resolverse en términos de eficacia mediante el desplazamiento de la norma interna contradictoria con el Derecho comunitario válido. Esas premisas incorrectas han conducido a una desvalorización de la función que le corresponde al artículo 93 CE en nuestro ordenamiento y a una desvinculación ficticia entre la Constitución Española y el Derecho europeo. Ambas cosas se pueden observar también, a mi juicio, en este Dictamen.

Naturalmente que esta habilitación del artículo 93 debe entenderse en el sentido de la limitación de la primacía al ámbito de las competencias de la Unión, como hemos indicado antes, de acuerdo con lo previsto en el artículo I-6 CEu. Esto supone que sólo del Derecho de la Unión producido en el ámbito de sus competencias puede predicarse la primacía sobre el Derecho interno. Ahora bien, con esta limitación no resolvemos el potencial conflicto que se pudiera plantear en el plano constitucional entre una norma europea (producida en el ámbito de sus competencias) y un precepto constitucional interno. Este tipo de conflicto sería el único en el que el principio de primacía <<antes como ahora>> (es decir, antes de la aprobación del Tratado y en el momento en que entre en vigor) podría dar lugar a una colisión de nivel constitucional. La cuestión es, sin embargo que efectivamente, eso ocurre con la Constitución Europea y puede ocurrir igualmente sin la Constitución Europea. Por eso, la incorporación al texto del Tratado de Constitución para Europa del principio de primacía no impide que se mantenga la doctrina del Tribunal Constitucional referida

por el Dictamen y relativa a la posibilidad de controlar la actuación de los poderes públicos que en aplicación de Derecho comunitario pudieran resultar lesivas de la Constitución. Entre otras consideraciones, relativas a la inserción del principio de primacía en un Tratado constitucional que inicia el camino de un Derecho Constitucional Europeo, pero que no lo culmina (consideraciones que exigirían un desarrollo más amplio del que puedo hacer aquí), esa doctrina puede seguir manteniéndose porque, con la declaración de incompatibilidad material entre una norma europea y una norma constitucional simplemente se constata una realidad que exigirá la oportuna reforma constitucional, lo mismo que podría haber ocurrido en todos estos años de vigencia del Derecho comunitario (y puede seguir ocurriendo hasta que la CEu entre en vigor) sin que por ello se hubiera tenido que declarar la inconstitucionalidad de los Tratados en los que el principio de primacía se basaba.

Un pronunciamiento general sobre la incompatibilidad entre el artículo I-6 CEu y el artículo 9.1 CE carece, a mi juicio, de fundamento jurídico. Cuestión distinta es que hubiera una contradicción material entre la Constitución Española y algún precepto del Tratado de Constitución para Europa (como ocurrió con el Tratado de la Unión Europea). Sin embargo, el Consejo de Estado no ha encontrado ninguna contradicción material de ese género, por lo que la previsión del artículo 93 CE debería ser suficiente para la ratificación del Tratado constitucional.

Si esa contradicción material se produjera en el futuro a través de las normas europeas aprobadas en el marco del Tratado de Constitución para Europa, en el ejercicio de las competencias de la Unión Europea, entonces es cuando habría que modificar la Constitución (en su caso, previa declaración de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional de los

actos de aplicación internos). El problema que hoy es ficticio podrá ser real en el futuro, pero no en relación con el artículo I-6 CEu y el artículo 9.1 CE sino en relación con la contradicción material entre las normas europeas y la Constitución Española.

Para evitar estos problemas sería muy conveniente una reforma constitucional de amplio alcance que comenzara por modificar los actuales procedimientos de reforma constitucional y estableciera fórmulas flexibles de adaptación de la Constitución española al Derecho Europeo que pudiera resultar contrario a sus preceptos . Pero el momento de esa reforma es algo que deben decidir los agentes políticos libremente sin que los juristas podamos hacer otra cosa que alentarles encarecidamente a que generen los consensos necesarios, ya que reformas de ese calado deberán seguir necesariamente el procedimiento establecido en el artículo 168 CE. En definitiva, en mi modesta opinión, en el Dictamen del Consejo de Estado las consideraciones de legalidad deberían haber manifestado que no hay incompatibilidad entre el Tratado constitucional y la Constitución española y las de oportunidad que sería conveniente, más pronto que tarde (pero en un tiempo que no nos corresponde a los juristas decidir en este caso), una reforma constitucional amplia de sentido europeo.