

CRÓNICA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2004

MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA

SUMARIO: I. GENERALIDADES.—II. LA GUERRA DE LAS CORTES. EL LETRADO SIN CARGO.—III. ACERCA DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA.—IV. SOBRE LA *PROPUESTA DE ESTATUTO POLÍTICO DE LA COMUNIDAD DE EUSKADI*.—V. ACTIVIDAD LEGISLATIVA.

I. GENERALIDADES

Pocas son las leyes adoptadas en 2004 que revisten algún interés observadas desde una perspectiva político-constitucional. Como seguramente cabía esperar que sucediera, considerando la escasa actividad desplegada por las Cortes el año pasado. No se olvide que con el Real Decreto 100/2004, de 19 de enero, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de nuevas elecciones, se produjo el final de la VII Legislatura. De modo que caducaron todos los asuntos pendientes de examen y resolución por las Cortes. Tampoco se pase por alto que, celebradas las elecciones, las sesiones constitutivas de ambas Cámaras tuvieron lugar el 2 de abril de 2004, produciéndose así el inicio de la VIII Legislatura, en la que, por añadidura, las mayorías parlamentarias son de distinto signo a las que se dieron en la anterior. Sea como fuere, las leyes aprobadas el año pasado fueron pocas y, de entre ellas, apenas reúnen atractivo para estas páginas la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de

22 de abril, del Consejo de Estado. Aunque eso no quiere decir que 2004 haya sido parco en acontecimientos interesantes vistos desde la señalada óptica político-constitucional, simplemente el atractivo se ha trasladado a otros terrenos. En primer lugar, a la insólita Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el 23 de enero de 2004, declarando incursos en responsabilidad civil y condenando a indemnizar a todos los miembros que formaron el Pleno del Tribunal Constitucional que, en julio y septiembre de 2002, dictó sendas resoluciones de inadmisión de la pretensión de amparo constitucional que luego se dirá; y a la Declaración sin precedentes que el 3 de febrero de 2004 le dedicó el Pleno del Tribunal Constitucional como respuesta. En segundo término, a los naturales efectos, de índole jurídico-constitucional, subsiguientes a la firma, por el Gobierno español, el 29 de octubre de 2004, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Por último, a las consecuencias de esa misma naturaleza que ha producido el llamado «Plan Ibarretxe». Asuntos estos de los que, procurando seguir un orden cronológico se dará cuenta en estas páginas, dejando, en consecuencia, para el final la noticia relativa a las leyes mencionadas.

II. LA GUERRA DE LAS CORTES. EL LETRADO SIN CARGO (1)

En España son bien conocidas las disputas protagonizadas por la Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas. Tan ásperas llegaron a ser durante los años sesenta y setenta como seguramente expresa la locución, ciertamente gráfica, acuñada por la doctrina de la época para referirse a ellas: «la guerra de las Cortes». La misma que aquí se utiliza para denominar la versión española de este mismo fenómeno o, más exactamente, la última de sus manifestaciones, distinta de las verificadas con anterioridad a la misma, pues nada tiene que ver con la interposición de recurso de amparo alguno contra una sentencia del Tribunal Supremo, cuya estimación por el Tribunal Constitucional disponga su anulación (2).

(1) *El letrado sin cargo y el baúl de bambú* es un cuento chino que encabeza la antología de relatos de las dinastías Tang y Song, traducidos por Gabriel García-Noblejas Sánchez-Cendal, publicados en 2003 por Alianza Editorial. En el baúl había un fantasma, es decir, no había nada.

(2) El caso más célebre de los correspondientes al pasado se remonta a la STC 7/1994, de 17 de enero, mediante la cual anuló el Tribunal Constitucional una decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la consecuencia de inspirar un escrito de protesta dirigido a S.M. el Rey, suscrito por el Pleno del Tribunal Supremo. De los pormenores atinentes al caso y de otros supuestos similares posteriores al mismo informa cumplidamente Rosario Serra Cristobal. *Cfr. La guerra de las Cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.

El origen del asunto que ahora interesa se encuentra en una demanda de amparo sustanciada ante el Tribunal Constitucional bastante peregrina. Como antecedentes suyos conviene tener en cuenta que un particular, letrado, interpuso primero dos recursos ante el Tribunal Supremo por la supuesta violación del art. 97.1 LOTC, en cuya virtud sostenía el demandante la obligación de convocar necesariamente el Tribunal Constitucional concurso-oposición para cubrir sus plazas de Letrado, al tiempo que denunciaba la inactividad de dicho Tribunal por no responder a su solicitud de sacar a concurso-oposición todas las plazas de Letrado que se hallaban cubiertas por libre designación o designación temporal. La Sección 7.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió acumuladamente ambos recursos desestimándolos mediante Sentencia de 24 de junio de 2002. Vista la cual interpuso aquel letrado, el 10 de julio de 2002, recurso de amparo contra la misma aparentemente dirigida a un figurado Tribunal Constitucional, dado el tenor de su encabezamiento: «al Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial». Aunque quizá no fuese así considerando que en la oportuna demanda solicitaba:

- 1.º La abstención de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional por interés directo, subsidiariamente su recusación.
- 2.º La solicitud de una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que demande del Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del presente recurso de amparo.
- 3.º Por la formación que prevea la medida legislativa y que respete el derecho al juez imparcial, la estimación del presente amparo con declaración de nulidad de la sentencia impugnada y estimación del contenido de la demanda.

El caso es que ante tan confuso como vacío escrito de interposición del amparo el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió, por unanimidad, el 18 de julio de 2002, su inadmisión, argumentando al respecto que «no se dirige a este Tribunal Constitucional sino a otro que lo sustituya», así como proceder al archivo de las actuaciones. Resolución ésta contra la cual el demandante en amparo interpondría, en esa misma fecha, recurso de súplica provisto de idéntico petitum, igualmente rechazado por el Tribunal Constitucional, además de con el argumento ya conocido, con el de la falta de claridad y precisión de la demanda de amparo exigidos, como requisitos esenciales de estos recursos, por el art. 49 LOTC. De tal modo que, a la postre, concluyó manifestando el Tribunal no sólo la imposibilidad de admitir a trámite un recurso de súplica por quien no ha iniciado ante la jurisdicción constitucional procedimiento alguno, sino también que la providencia impugnada sólo podía haberla recurrido en súplica el Ministerio Fiscal (art. 50.2 LOTC).

Hasta aquí los hitos más sobresalientes del camino recorrido por el particular antes de interponer ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo una demanda solicitando de dicho órgano judicial que dictase sentencia condenatoria por dolo civil contra once Magistrados del Tribunal Constitucional o, subsidiariamente por culpa grave, en la que además se les impusiera solidariamente la obligación de indemnizar al demandante con la suma de once mil euros. También pedía éste, invocando lo dispuesto en el art. 23.2 LOTC, sobre el cese de la condición de Magistrado del Tribunal Constitucional por condena de responsabilidad civil, debida a dolo o culpa grave, que, una vez constatada dicha responsabilidad, se comunicase «al titular de la iniciativa legislativa para que se arbitre procedimiento de ejecución del mandato legal de destitución de Magistrados a que se refiere el art. 23.2 LOTC antes citado».

2. Tal sería el detonante del presente episodio de la guerra de las Cortes. Pues, luego de rechazar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que les fuese aplicable a los Magistrados del Tribunal Constitucional lo dispuesto en el art. 441 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios causados en el desempeño de sus funciones, y de negar que mediase dolo o culpa, estimó que al inadmitir a trámite el recurso de amparo referido, los Magistrados del Tribunal Constitucional demandados incurrieron en la responsabilidad extracontractual común o aquiliana del art. 1902 del Código Civil.

Comenzaba el Tribunal Supremo por calificar de ilícita e impregnada de culpabilidad la negativa de los Magistrados del Tribunal Constitucional al resolver la petición de amparo en cuestión, «so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal». Respuesta que para el Tribunal Supremo implicaba «un *non liquet* totalmente inadmisibles», por tratarse de eso, de un pretexto absolutamente incierto, pues, según manifestaba, «iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa». En tal sentido, recordaba la obligación que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.7 del Código Civil, pesa sobre Jueces y Tribunales de resolver, «en todo caso», los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Obligación esta que el Tribunal Supremo consideraba cumplimentable incluso mediante la inadmisión a trámite de la pretensión, siempre que la resolución judicial en tal sentido estuviese fundada en Derecho. Circunstancia esta que, para el Tribunal Supremo, no concurría en el caso enjuiciado, singularizable, según sus propias palabras, por haberse «dado respuesta a la pretensión de amparo, sin entrar a estudiar siquiera si la misma era o no admisible *a limine*». Lo que juzgaba contrario a la propia jurisprudencia constitucional sobre la protección dispensada por el art. 24.1 de la Constitución a todos los ciudadanos en orden a obtener una res-

puesta judicial motivada, razonable y congruente con su pretensión, siquiera sea una «resolución de inadmisión si así se declara fundadamente en aplicación razonada de una causa legal, siempre que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y el sentido más favorable para la efectividad de dicho derecho fundamental» (3).

No se olvide que dicha conducta seguida por los Magistrados del Tribunal Constitucional fue juzgada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no sólo antijurídica, sino también, según se adelantaba, impregnada de culpabilidad. No dolosa, desde luego, pero sí basada en una actuación sin la diligencia debida. Para el Tribunal Supremo, en definitiva, los Magistrados demandados actuaron «con una negligencia profesional grave que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable, ya que la ilicitud o antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas». Juicio que concluía el Tribunal Supremo manifestando encontrarse «ante una conducta judicial absolutamente rechazable desde un punto de vista profesional».

Llegado a este punto declaró el Tribunal Supremo habersele producido un daño o perjuicio a un particular, de naturaleza moral, al privársele antijurídicamente de un derecho tan esencial como es el amparo constitucional, manifestando al hacerlo, expresamente, no encontrar circunstancia alguna minoradora ni evanescente de la relación de causa a efecto que advertía existir entre la acción antijurídica origen de una posible exigencia de responsabilidad y el daño o perjuicio producido. Tras lo cual evaluó el daño moral causado en la suma de 500 euros exigibles a cada uno de los Magistrados demandados (4). Sólo un Magistrado, de los once que firmaban la Sentencia, discrepó de tal decisión

(3) En este mismo sentido citaba el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la declaración realizada acerca del mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia Mülheim-Kärlich, de 20 de diciembre de 1979, contraria a fundamentar una resolución judicial en consideraciones que manifiestamente no vienen al caso.

(4) No sin citar lo afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2003, en torno a la merma que se produciría en la plena eficacia de las normas comunitarias y a la reducción en la protección de los derechos reconocidos por las mismas, «si los particulares no pudieran obtener una indemnización en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia». De igual modo que invocaba el art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos —en cuya virtud puede el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenar a un Estado que haya violado un derecho fundamental a reparar los daños causados por dicho comportamiento a la persona perjudicada—, así como la jurisprudencia generada por dicho órgano —en concreto citaba la sentencia de 21 de marzo de 2000, Dulaurans contra Francia— relativa a la posibilidad de concederse tal reparación de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia.

adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, haciendo constar sus razones en el único voto particular a la misma. En efecto el Magistrado Sr. Marín Castán, sin pasar por alto los términos usados en su demanda por el recurrente —calificándolos de peyorativos y vejatorios para el Tribunal Constitucional e inconciliables con el equilibrio y la mesura que debe presidir la actuación de cualquier profesional del Derecho—, analizaba la demanda misma, despojada ya de su carga retórica, preguntándose al respecto si dicho recurso de amparo no sería en realidad inadmisibile, pues, en tal caso, decía, «difícilmente su admisión puede generar responsabilidad civil alguna». Cuestión que respondía, a la vista de lo dispuesto en los arts. 50.1.b) y 50.2.b) LOTC, calificando dicho recurso de amparo como radicalmente inadmisibile, toda vez que, según argumentaba, el demandante no sólo pretendía del Tribunal Constitucional algo del todo ajeno a sus competencias, de un modo, además, imposible siquiera de analizarlo dicho órgano, pues, no en balde, antepone a su atípica solicitud de la medida legislativa referida, la abstención o, subsidiariamente, recusación de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional por tener interés directo.

Aunque tan peregrino y huero *petitum* como el del recurso de amparo en cuestión propiciaba, sin duda, el tipo de respuesta que le dispensó el Tribunal Constitucional, de haber esgrimido éste argumentos parecidos a los formulados en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo —acaso con carácter complementario a los que adujo en su resolución desestimatoria del amparo—, quizá hubiese logrado si no evitar la demanda por responsabilidad civil, sí al menos cambiar el signo de la Sentencia dictada al respecto por el Tribunal Supremo.

3. El caso es que la reacción del Tribunal Constitucional no se hizo esperar. Apenas unos días después de emitir el Tribunal Supremo su Sentencia se pronunció aquél sobre la misma, en forma de Acuerdo adoptado por el Pleno el 3 de febrero de 2004, para denunciar en él que el enjuiciamiento, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de la fundamentación sustentadora de una resolución de inadmisión, adoptada por el Tribunal Constitucional en Pleno, ponía en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que sólo al Tribunal Constitucional corresponden. Pues, según añadía, «no se enjuicia la hipotética concurrencia de algún elemento añadido a las resoluciones mismas y diferenciable de éstas, en cuanto eventual posible soporte de la responsabilidad reclamada, sino única y exclusivamente dichas resoluciones». Además, advertía el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Supremo un análisis de las resoluciones que recayeron en el recurso de amparo propio del que corresponde sólo a la jurisdicción constitucional. De tal modo, afirmaba, que «*de facto*, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo parece si-

tuarse en la posición de un tribunal de grado superior, asumiendo funciones de control o revisión de nuestras resoluciones dictadas en el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional que, de manera exclusiva y excluyente, nos viene atribuida por la Constitución». Y, en este sentido, calificaba el Tribunal Constitucional el examen de si son o no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas en los procesos constitucionales de que conoce, incluido el de amparo, de materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, incluso al Tribunal Supremo, «sin que, por tanto, pueda éste con ocasión de de pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad civil, cualquiera que sea el resultado al que llegue sobre la procedencia de la acción resarcitoria, enjuiciar en cuanto al fondo la juridicidad de las resoluciones de este Tribunal de las que se hace derivar el daño invocado por el particular perjudicado».

Esgrimía el Tribunal como argumento de peso con que sustentar tales afirmaciones la neta delimitación entre su jurisdicción y la ordinaria que culmina en el Tribunal Supremo, derivada de lo establecido en el art. 123.1 CE, y, a mayor abundamiento, no sólo su competencia para conocer del recurso de amparo, sino también el dictado del art. 4.1 LOTC que impide la formal promoción de conflictos de jurisdicción o competencia con el Tribunal Constitucional, del mismo modo que tiende «a preservar y a hacer inmune a cualquier injerencia el ámbito jurisdiccional que la Constitución y nuestra Ley Orgánica acotan en términos inequívocos, y cuya defensa y afirmación nos viene impuesta».

Nada tiene de particular, considerando cuanto hasta aquí había manifestado, que el Tribunal calificase de clara extralimitación competencial y de correlativa invasión de sus competencias y atribuciones constitucionales, el enjuiciamiento de cualquiera de sus pronunciamientos, efectuado en vía de amparo constitucional, por cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria. Como tampoco extraña que, de acuerdo con todo ello, concluyese declarando, en primer lugar, que «las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos». Así como, en segundo término, que «el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de la responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción exclusiva y excluyente atribuida a este Tribunal por la Constitución».

Hasta aquí la reacción, desde luego que mesurada, del Tribunal Constitucional a la condena por responsabilidad civil impuesta a sus Magistrados mediante Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en cuyo origen, no se olvide se encuentra la demanda desestimada por la sección séptima de esa misma Sala Tercera, tan insusceptible de amparo constitucional, considerando el tenor de su petitum, como susceptible, atendiendo a esa misma circunstan-

cia, de cosechar la desestimación que finalmente le dispensó el Pleno del Tribunal Constitucional, decidido, según parece indicar todo, desde el convencimiento, más que fundado, de su falta de jurisdicción.

Desbordaría con mucho el objetivo al que atienden estas páginas enumerar siquiera cuántos asuntos de interés se estima que encierran las dos resoluciones, sucesivamente adoptadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, concatenadas a la Declaración postrera de aquél. De entre ellas se mencionará apenas la duda que suscitan, más allá del caso concreto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, sobre el posible empleo probatorio de una sentencia del Tribunal Constitucional, a la hora de pronunciarse la jurisdicción ordinaria respecto a la responsabilidad de los Magistrados que la adoptaron.

III. ACERCA DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

1. Dos sucesos de interés desde un punto de vista político-constitucional se han producido en España el año pasado en relación con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El primero se concreta en el Dictamen 2544/2004, de 21 de octubre, emitido a su respecto por el Consejo de Estado, en razón de su naturaleza, pues, siendo un Tratado de los que precisan autorización de las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado, dispone el art. 22.1 de la Ley Orgánica reguladora de dicha institución que debe ser consultada su Comisión Permanente. El segundo hecho digno de mencionarse en estas páginas, motivado en parte por el tenor de dicho Dictamen, es la Declaración adoptada por el Tribunal Constitucional, a instancias del Gobierno de la Nación, acerca del Tratado.

2. En su Dictamen el Consejo de Estado comenzaba ofreciendo información pormenorizada, extraída del propio Tratado, respecto a sus pretensiones de garantizar el acervo comunitario logrado con los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y con el Tratado de la Unión Europea, así como de profundizar en las bases de la integración europea. Pues, no en balde contempla su art. IV-437 la respectiva derogación de los mismos, al objeto de crear una Unión Europea provista de las competencias que, por medio del Tratado, le atribuyen los Estados miembros para alcanzar sus objetivos comunes, con personalidad jurídica única, sucesora de la Unión Europea y de la Comunidad Europea. A continuación recordaba en el Dictamen el Consejo de Estado las consideraciones que ya le dedicó en su Memoria de 2003, mediante las cuales

calificaba su forma como la de un «escrito único, simplificador de los diferentes tratados anteriores, racionalizador de las doctrinas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con pretensiones de primacía jurisdiccionalmente garantizada y de estabilidad asegurada con una cierta rigidez en cuanto a su reforma; y su fondo, el propio de un texto destinado a definir los valores de la Unión, a regular sus instituciones, a precisar las competencias (...) y a garantizar, con mayor o menor grado de eficacia, un catálogo de derechos a los ciudadanos europeos, tal como esta categoría fue formulada en el Tratado de Niza». De acuerdo con lo cual, concluía el Consejo de Estado manifestado encontrarse ante un texto calificable recurriendo a la categoría doctrinal del llamado «tratado de integración supranacional». Retrato este que, todavía en los prolegómenos de su Dictamen, completaba el Consejo de Estado con una invocación al cuidado puesto por la Constitución de 1978 en abrir el ordenamiento español a las influencias del Derecho internacional. De cuya manifestación más sobresaliente, el art. 93, destacaba cómo, no obstante haberla concebido el legislador constitucional para acometer la eventual adhesión de España a las Comunidades Europeas, ha sido útil después de ese momento para sucesivas aperturas del ordenamiento español al Derecho comunitario. Como cabía esperar que sucediera considerando la naturaleza atribuible a la disposición de vía cualificada e idónea —en cuanto cláusula habilitante para verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión o a las Comunidades Europeas— para que España vaya cubriendo las diversas etapas de una construcción europea obviamente evolutiva incluso para el legislador constitucional español de 1978.

2.1. De modo que, tras enumerar algunas de las innovaciones que el Tratado introduce en los precedentes que aspira a derogar, y luego de mencionar los límites a la autorización verificable por medio de la Ley Orgánica a que se refiere el art. 93 (5), analizaba el Consejo de Estado el tratamiento que recibe en el Tratado el reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros, dado el carácter progresivo, casuístico y complejo que, junto a sus contornos

(5) Esto es, que la atribución lo es del ejercicio de las competencias y no de su titularidad, como destacó el Tribunal Constitucional en su DTC 1/1992, de 1 de julio (FJ. 4); que «la atribución está referida a las competencias “derivadas de la Constitución”, lo que comprende el ejercicio de potestades normativas, judiciales o ejecutivas», y que supongan la posibilidad de adoptar decisiones, no necesariamente por unanimidad aplicables a los Estados miembros y a los particulares, como ha reconocido el Consejo de Estado en sus dictámenes 1376/1994 y 1173/2003; y que «la atribución lo es “de competencias” y no de “las” competencias, al haber prosperado una enmienda relativa a la supresión del artículo plural femenino en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, aceptada por todos (Diario de Sesiones de 6 de junio de 1978)».

difusos o poco definidos, decía, singularizaba hasta el presente dicha distribución de competencias. Prestándole una especial atención a las dudas que estimaba suscitables en relación con el *quantum* o grado de competencias encomendadas a la Unión en virtud del Tratado. A cuyo propósito afirmará que «el nuevo sistema recogido en el Tratado clarifica y precisa el marco competencial de la Unión, reduciendo, en consecuencia, el amplio margen de interpretación que los Tratados han permitido hasta ahora». No sin encomiar antes la importancia de la cláusula de flexibilidad, incorporada al art. I-18 del Tratado, para adaptar el reparto competencial a la progresiva ampliación de los objetivos de la Unión; la trascendencia del intento por limitar el ejercicio de las competencias de la Unión mediante los principios de subsidiariedad y proporcionalidad enunciados en el Tratado; y la relevancia de la profunda reformulación en él de las competencias encomendadas a la Unión, para dotarla de la mayor coherencia, racionalidad y claridad que habrán de comunicarle, por un lado, los principios rectores del reparto de poderes especificados en el Tratado —como el de atribución de competencias a la Unión para alcanzar los objetivos que determina la Constitución (arts. I-1 y I-13), o el atinente a que la competencia no encomendada a la misma corresponde a los Estados miembros—, de igual modo que, por otro, la clasificación de las competencias —en exclusivas de la Unión, compartidas entre ésta y los Estados miembros, y propias de la Unión para realizar acciones de apoyo, coordinación o complemento—, la simplificación de los instrumentos jurídicos de actuación en relación con las mismas, así como la concreción de la clase de actos utilizables en cada caso y de los procedimientos que han de utilizarse. Por eso concluía manifestando el Consejo de Estado que si el anterior sistema de atribución competencial a las instituciones comunitarias, por objetivos y misiones, no se había juzgado obstáculo para considerar suficiente el procedimiento del art. 93 a la hora de ratificarlo, con menor motivo había de serlo ahora atendiendo a las razones que exponía. De acuerdo con las cuales, lejos de formular ninguna objeción al uso del art. 93 de la Constitución, como cauce para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, decía juzgarlo el instrumento idóneo al respecto.

2.2. Acto seguido analizaba el Consejo de Estado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. A cuyo significado se aproximaba adoptando como punto de partida el principio enunciado en el art. II-111.1, según el cual las disposiciones de la Carta únicamente vinculan a los Estados miembros «cuando apliquen el Derecho de la Unión»; así como el contemplado en el art. II-111.2, en cuya virtud ni la Carta ni el Convenio Europeo implican ampliación alguna de las competencias atribuidas a la Unión. Sentada esta premisa mencionaba cómo, con arreglo a lo dispuesto en el art. II-112.3, de contener la Carta «derechos garantizados por el Convenio Europeo para la

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», sin que eso impida que el Derecho de la Unión les conceda una protección más extensa; traía a colación el tenor del art. II-112.4, destinado a precisar que cuando la Carta «reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones»; al igual que recordaba la prohibición, consignada en el art. II-113, de interpretar la Carta de modo «limitativo o lesivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Todo lo cual, a juicio del Consejo de Estado, parecía garantizar suficientemente que las disposiciones de la Carta no producirán «colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución española hace de esos derechos y libertades, máxime teniendo en cuenta su art. 10».

El Consejo de Estado estimaba, además, equiparable a la configuración de los derechos y libertades de nuestra Constitución la regulación contenida en la Carta acerca del alcance de los límites de los derechos y principios en ella reconocidos (6). Razón por la cual descartaba que lo dispuesto sobre el particular en la Carta fuera a «implicar limitaciones de los derechos y libertades que no resulten lícitas y tolerables desde el punto de vista de nuestra Constitución». En cambio, llamaba la atención el Consejo de Estado sobre la existencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta), pese a la garantía del nivel de protección otorgado por las constituciones nacionales (en su respectivo ámbito de aplicación), lo que juzgaba un riesgo susceptible de desencadenar «un proceso de influencias mutuas no exento de problemas», del que, en definitiva, habría de ocuparse el Tribunal constitucional aclarando «el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan (7).

(6) Atendiendo a lo estipulado en el art. II-112.1 o a la prohibición del abuso de derecho enunciada en el art. II-114.

(7) Sin duda resulta interesante cierta opinión del Prof. Rubio Llorente, actual Presidente del Consejo de Estado, que cabe entender relacionada con ese juicio del órgano en cuestión. Según señala, toda vez que «los Derechos que consagra el Tratado al incorporar la Carta Europea

2.3. Por último se preguntaba el Consejo de Estado si, no obstante mostrarse idónea la vía contemplada en el art. 93 CE, para autorizar la celebración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, no vedaría el art. 95 de la Constitución la prestación del consentimiento del Estado. Tenía presente al formular su duda lo manifestado por el Tribunal Constitucional en su DTC 1/1992, de 1 de julio, respecto a no prestarse el art. 93 CE a empleárselo como «instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma Fundamental, pues ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales». Recuérdese además, como hacía el Consejo de Estado, que en aquella Declaración enfatizaba el Tribunal Constitucional la vinculación de los poderes públicos españoles a la Constitución cuando actúan en el terreno de las relaciones internacionales, según cabe deducir de lo dispuesto en el art. 95, cuya función de garantía negaba el Tribunal que pudiera «resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma Fundamental». Por el contrario, estimaba el Tribunal que había de buscarse una interpretación conciliadora de ambas previsiones constitucionales, en cuya virtud los enunciados de la Constitución no puedan ser contradichos sino mediante su reforma expresa, no obstante la posibilidad de autorizar, por Ley Orgánica, la ratificación de tratados que transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, según sus propias palabras, «el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado». Modulación a la que consideraba un efecto previsto por la Consti-

tienen (art. II-113) como los enunciados en la Convención Europea de los Derechos Humanos el carácter de mínimos, al actuar como juez europeo, el juez nacional no tendría obstáculo alguno para aplicar su propia Constitución, si el Derecho fundamental aparece enunciado en ésta. Más trascendencia práctica, tiene a mi juicio la eventual contradicción entre la norma europea y la interna de rango legal. Como de acuerdo a la doctrina Simmental, el juez “europeo” ha de inaplicar la norma nacional sin cuestionarla previamente ante el Tribunal Constitucional, la sujeción a la ley desaparece, o se transforma en una sujeción de otro género. Sujeción al Derecho si se quiere, pero no sujeción a la ley formal, ya que cuando no es juez de última instancia, el juez nacional puede decidir la inaplicación de la ley propia en virtud de su propio juicio, sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Justicia. Es cierto que ese juicio del juez inferior puede ser corregido por el de última instancia, sobre el que sí pesa la obligación de consultar la cuestión al Tribunal de Luxemburgo, y que normalmente así se conseguirá impedir que prevalezcan decisiones absurdas, pero como todos los sistemas, también éste puede fallar». *Cfr.* «La necesidad de la reforma constitucional». Conferencia pronunciada el 28 de octubre de 2004, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. www.cepc.es

tución y, en cuanto tal, legítimo, aunque en absoluto relacionada con «la colisión textual y directa entre la propia Norma Fundamental y una o varias estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis —la del Tratado *contra Constitutione*— ha sido, en definitiva, excluida por el art. 95». Tampoco olvidaba el Consejo de Estado que, como colofón a todas estas afirmaciones, concluía el Tribunal negando que les fuera dado a las Cortes «disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el del Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto» (8).

Obedecía la duda del Consejo de Estado a la dificultad obvia de conciliar la supremacía de la Constitución española, proclamada en su art. 9.1, respecto de todo el ordenamiento jurídico, y por su art. 95.1, respecto del Derecho internacional, con lo enunciado en el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. De acuerdo con el cual, «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». No descartaba el Consejo de Estado que pudiera modularse el art. I-6 del Tratado mediante una interpretación del principio de primacía efectuada desde la óptica de la DTC 1/1992, en cuya virtud estimar que su incorporación al texto de la Constitución para Europa sólo refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia (9), y entender (integrando además dicha interpretación en el marco del respeto de la Unión por la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras políticas y constitucionales fundamentales, proclamado en el art. I-5), que no se produce ninguna alteración de la situación anterior en relación con el principio de primacía. Sin perjuicio de lo cual estimaba el Consejo de Estado que su incorporación al Tratado ha de producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisdiccional susceptible de aplicarse con flexibilidad mediante el «diálogo entre jueces». De ahí que

(8) Cfr. DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ. 4.

(9) Cfr. el Acta Final de la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, convocada en Bruselas el 30 de septiembre de 2003 para adoptar de común acuerdo el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, adoptada el 29 de octubre de 2004. En concreto, el epígrafe de la misma: A. *Declaraciones relativas a disposiciones de la Constitución*. En donde se hace incluye la *Declaración relativa al art. I-6* siguiente: «La conferencia hace constar que el art. I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia».

para el Consejo de Estado no pudiera soslayarse un potencial conflicto entre la primacía del Derecho de la Unión y la supremacía de la Constitución. Máxime, según añadía, cuando la primacía del Derecho comunitario afirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha sido reconocida incondicionalmente por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, que han definido ciertos límites constitucionales a la eficacia de las normas del Derecho comunitario en el Derecho interno (10).

Con arreglo a tales consideraciones se comprende que el Consejo de Estado estimara oportuno hacer uso del art. 95.2 de la Constitución y solicitar, en consecuencia, del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la existencia o no de contradicción entre las estipulaciones del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la Constitución española. Lo que hacía, enfatizando la conveniencia de instar, a tal efecto, el control previo de constitucionalidad que contempla la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. No negaba, desde luego, el Consejo de Estado que la primacía constitucional pudiera salvaguardarse a posteriori, dada la posibilidad que ofrece nuestro ordenamiento de cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez que forman parte del ordenamiento interno, o de impugnar la Ley Orgánica de autorización, de estimarse excedidos los límites que le son inherentes. Pero estimaba preferible emplear el procedimiento previsto en el art. 87 LOTC, ante la evidente perturbación que para la política exterior y las relaciones internacionales significaría una eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado ya en vigor.

Alcanzado este punto sugería el Consejo de Estado, considerando el caso de verse obligado el Tribunal Constitucional a declarar la existencia de una contradicción irreductible entre el Tratado y la Constitución y mostrarse preciso acudir a la reforma constitucional, la conveniencia de usar como fórmula para evitar tales problemas de compatibilidad, inmediatos y futuros, y con ellos la necesidad de reformar la Constitución tan reiteradamente como se detecte una colisión entre ambas normas, la adoptada en otros modelos constitucionales europeos, esto es, introducir en la propia Constitución un mecanismo que, incorporando los límites de intangibilidad y demás requisitos que se juzguen

(10) En tal sentido, citaba las Sentencias Solange I, de 29 de mayo de 1974, Solange II, de 29 de octubre de 1986, y la sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de la Unión Europea, adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Las Sentencias 170/1984 (Granital) y 232/1989 (Fragd) del Tribunal Constitucional italiano. Así como las Sentencias del Tribunal Constitucional español 64/1991, de 22 de marzo; 58/2004, de 19 de abril, y la DTC 1/1992, de 1 de julio, que aborda directamente la oposición Constitución-Tratado de Maastricht, afirmando la supremacía de la Constitución e impidiendo contrariar sus determinaciones.

necesarios, permita una apertura del ordenamiento español al Derecho comunitario (11). Por último, proponía el Consejo de Estado, de mostrarse necesaria una reforma constitucional, aprovechar la ocasión para «europeizar» en alguna medida la Constitución española que en la actualidad no contiene ninguna mención expresa a la Unión Europea.

3. El Tribunal Constitucional no ha estimado, sin embargo, que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incurra en ninguna de las contradicciones con la Constitución por las que se había interesado el Gobierno en el requerimiento que le remitió al efecto, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 95.2 CE y 78.1 LOTC. Pues en vez de formular una pregunta genérica en torno a las posibles antinomias con la Constitución del Tratado en su conjunto (12), efectuó una consulta múltiple dividida en los siguientes cuatro apartados:

1.º La existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

(11) También en este punto resulta interesante la opinión del Presidente del Consejo de Estado, para quien «en sistemas como el nuestro, con un potente control [de constitucionalidad] a posteriori, la única vía eficaz para preservar a los Tratados del riesgo de que se los declare inconstitucionales tras su entrada en vigor, especialmente aquellos Tratados que, como los de la Unión, crean un orden dinámico, es la de dotar a dichos Tratados de valor constitucional. Esa intuición es la que seguramente inspiró los dos sucesivos Dictámenes (850/1991, de 20 de junio, y 421, de 9 de abril) emitidos por el Consejo de Estado en esa misma ocasión. En ambos el Consejo de Estado llega a la conclusión de que el art. 93 de la Constitución permite que las Cortes autoricen la ratificación del Tratado, sin reforma constitucional previa, no porque no exista una notoria divergencia entre el nuevo artículo 8B del Tratado de la Comunidad Económica Europea y el art. 13.2 de nuestra propia Constitución, sino por la buena y simple razón de que la ratificación del Tratado modificaría ese precepto constitucional. A juicio del Alto Órgano Consultivo, con el art. 93 “se rompe... la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional”, aunque tal ruptura no sea ilimitada, pues esa vía de revisión atípica no permitiría la ratificación de Tratados que afecten a cuestiones cuya reforma ha de ajustarse al procedimiento previsto en el art. 168 de la Constitución». *Cfr. La necesidad de la reforma constitucional, cit.*

(12) Así lo había sugerido, por cierto, el Presidente del Consejo de Estado, quien el contexto de una crítica a la insuficiencia del art. 95 CE para zanjar las dudas relativas a cuántas contradicciones pueda albergar un concreto tratado internacional con la Constitución —pues como, en su virtud, corresponde al órgano consultante determinar qué estipulaciones del tratado ha de contrastar con la Constitución el Tribunal constitucional, puede éste verse en la imposibilidad de analizar el tratado en su integridad si aquel órgano se limita a preguntar por alguno o algunos preceptos del tratado—, proponía que, a la hora de formular su pregunta, el órgano habilitado para ello la enunciase en términos tan generales que pudiera entenderse referida a la totalidad del tratado. *Cfr. La necesidad de la reforma constitucional, cit.*

2.º A la vista de lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución española, la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que forman parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3.º La suficiencia o no del art. 93 de la Constitución española a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que establece una Constitución para Europa.

4.º En su caso, el cauce de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución española al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Bastante interesante resulta en sí misma dicha solicitud de Declaración vinculante formulada por el Gobierno al Tribunal Constitucional. Repárese si no en que, observadas sus tres primeras cuestiones desde la óptica de la relación que parece unir las, cabe plantearse la duda de si la tercera encierra una pregunta de carácter general sobre la suficiencia del art. 93 CE para ratificar el Tratado, en cuyo caso sobran las dos primeras, o incluye una pregunta carente de sustantividad propia, simple corolario de las anteriores que, en cuanto tal, resultaba innecesaria. Adviértase además que la cuarta pregunta hubiera podido dar lugar a una interesante declaración jurisprudencial sobre los límites de la jurisdicción constitucional en el procedimiento regulado en el Título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —considerando que el art. 95 CE nada dice respecto a que pueda el Tribunal señalar en positivo cómo podría quedar afirmada la supremacía de la Constitución frente a los tratados—, de entenderse que, más allá de suscitar la cuestión relativa a la existencia o no de compatibilidad entre el Tratado y la Constitución —resoluble por el Tribunal mediante una sencilla referencia, directa o indirecta, al procedimiento de reforma constitucional concernido—, incluía una petición de comentario a la sugerencia relacionada con una reforma del art. 93 CE, efectuada por el Consejo de Estado (13). Cuyo Dictamen, por cierto, influyó de manera intensa en la argumentación gubernamental sobre la procedencia del requerimiento formulado al Tribunal Constitucional.

3.1. En todo caso, el Tribunal constitucional no ha llegado a pronunciarse sobre la cuarta pregunta del Gobierno al no advertir la existencia de contradicción alguna entre la Constitución española y las disposiciones convencionales

(13) La originalidad de tales reflexiones corresponde a PEDRO CRUZ VILLALÓN. *Cfr. El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*. Ponencia presentada al III Congreso de la A.C.E., celebrado en Barcelona el 21 y el 22 de diciembre de 2004, mimio, págs. 4-5.

por las que se interesaba el Gobierno. Conclusión que alcanza luego de contrastar los arts I-6, II-111 y II-112 del Tratado con la Constitución y de manifestarse, en el contexto de ese análisis, sobre el significado y alcance del art. 93 CE, viéndose privada con ello de sustantividad la tercera pregunta gubernamental. De modo que, en definitiva, se circunscribe el Tribunal en su Declaración a efectuar dicho examen. Construido, por cierto, sobre la base de esas consideraciones en torno al art. 93 CE a que se viene aludiendo.

3.2. Pues, efectivamente, comienza el Tribunal ocupándose de este artículo, subrayando al hacerlo el carácter de instrumento al servicio de la integración de España en las Comunidades Europeas con que concibió el constituyente al art. 93 CE, y, en cuya virtud, se ha producido la adhesión del Reino de España a la Unión Europea, gracias a que su «índole orgánico procedimental (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ. 4; y DTC 1/1992, FJ. 4)», consiente la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales. Circunstancia esta que convierte al art. 93 CE en soporte constitucional básico de la integración con nuestro ordenamiento de otros, autónomos en su origen, llamados a coexistir con él. Por expresarlo con palabras del propio Tribunal, «puede decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos», no sin comunicarle esa propiedad al citado artículo una dimensión sustantiva o material que, según el Tribunal, no cabe ignorar. Recuerda además éste, de una parte, que, una vez empleado el art. 93 CE y producida la integración, el marco de validez de las normas comunitarias pasa a ser el Tratado, desplazando de su lugar a la Constitución, no obstante continuar exigiendo ésta que el ordenamiento aceptado sea compatible con sus principios y valores básicos; y, de otra, la necesidad de proporcionar a los organismos internacionales en cuyo favor se ha cedido el ejercicio de las competencias, los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado; para concluir abogando por una interpretación del art. 93 CE que, atenta a su vocación integracionista, juzgue la inevitable imposición de límites por el Derecho comunitario a las facultades soberanas del Estado, únicamente aceptable «en tanto el Derecho Europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional». Pues, según añade, «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión (...), no reconocidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto». Los cuales, «se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra

Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis (14).

Sin duda que tal planteamiento jurisprudencial se inspira en los arts. I-2 y I-5 del Tratado. Aunque interesa destacar que a esa misma conclusión puede llegarse mediante una interpretación de la Constitución como la recién expresada, propuesta en la DTC 1/2004, pues gracias a eso no termina por adquirir el razonamiento del Tribunal una dimensión circular —resultante de emplear la norma objeto de control de constitucionalidad en la fundamentación del mismo—, teniendo en cuenta que el análisis de las dos cuestiones suscitadas por el Gobierno, aún pendientes de respuesta jurisprudencial, descansa sobre la base de dicha formulación sobre los límites materiales a la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales.

3.3. Del examen jurisprudencial dedicado a la posible contradicción con la Constitución del art. I-6 del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa interesa comenzar destacando su carácter subordinado a dos criterios, juzgados por el Tribunal indispensables para realizar una interpretación correcta de la primacía proclamada en dicha disposición. Singulariza al primero el que parta del Tratado del respeto a la identidad de los Estados integrados en Europa y de sus estructuras constitucionales básicas, y se sustente en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados, como cabe deducir de lo dispuesto en sus arts. I-2 y I-5; de lo manifestado en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión acerca de estar fundada sobre los «valores indivisibles de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, y la solidaridad»; y de lo establecido en el texto articulado de esa Carta (concretamente en el art. II-113 del Tratado) en orden a excluir la interpretación de sus disposiciones de modo limitativo o lesivo para los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros. De donde se sigue que dicha primacía «opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales». Mientras que identifica al segundo de los criterios requeridos para interpretar correctamente esa primacía proclamada en el art. I-6 del Tratado, según el Tribunal, el carácter limitado, desprovisto de alcance general, que le confiere la disposición, como consecuencia de contraer expresamente su eficacia al ejercicio de las competencias propias de la Unión Europea, delimitadas con arreglo al principio de atribución. De suerte que, para el Tribunal, «la pri-

(14) *Cfr.* DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ. 2.

macía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de retirada voluntaria previsto en el art. I-60 del Tratado». Manifestando además el Tribunal que el sistema seguido en dicha norma para la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros, «no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España» (15).

3.4. De acuerdo con todo ello procede por fin el Tribunal a contrastar el art. I-6 del Tratado con el art. 9.1 de la Constitución. Operación que concluye negando que exista contradicción entre ambas disposiciones, argumentando al respecto que «primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra DTC 1/1992, FJ. 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. 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. En suma, la Constitución ha aceptado ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (16).

Ahora bien, precisamente porque el Tribunal no aprecia contradicción entre el art. I-6 del Tratado y el art. 93 CE, y niega encontrarse ante el supuesto

(15) *Cfr.* DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ. 3.

(16) *Cfr.* DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ. 4.

normativo del art. 95.1 CE, resulta tanto más interesante que, luego de recordar su jurisprudencia atinente al reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario sobre el interno —en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, cuyo ejercicio le ha sido atribuido a las instituciones comunitarias con base en el art. 93 CE—, formule la siguiente precisión: «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (17).

3.5. Quizá de haber respondido el Tribunal a las preguntas del Gobierno en el mismo orden en que éste la formuló sus conclusiones hubiesen sido otras (18). El caso es que no advierte contradicción entre el Tratado y la Constitución por más que proclame aquél la primacía del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros y ésta su condición de norma suprema del ordenamiento interno. Para el Tribunal primacía y supremacía son categorías distintas cuya respectiva operatividad se desenvuelve en órdenes diferentes. Aunque eso signifique desplazamiento o inaplicación del Derecho nacional por el comunitario. La jurisprudencia constitucional española ha venido reconociendo la primacía de este último desde que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enunciara el principio antes que ahora el art. I-6 del Tratado (19). Así lo autoriza el art. 93. En el supuesto, inconcebible, de conocer el

(17) *Cfr. idem.*

(18) Sobre este asunto afirmaba el Magistrado Sr. García-Calvo y Montiel en su voto particular a la Declaración que «si la formulación de las preguntas dirigidas a este Tribunal por el Gobierno se hizo siguiendo un orden lógico y de prioridades, a éste debemos ajustar nuestra respuesta».

(19) Aunque una de las razones por las que Rodríguez Arribas discrepa de la opinión mayoritaria del Tribunal y formula un voto particular a la Declaración es que pudieran seguir entendiéndose las cosas como hasta ahora, después de afirmar el Tratado en su art. I-6, la primacía del Derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros.

Derecho comunitario un desarrollo inconciliable con la Constitución ya resolverá el Tribunal Constitucional los problemas que se susciten. Además, la salvaguarda de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de su Constitución resulta siempre asegurada por el art. I-60 del Tratado. Sería exagerado afirmar que dicha respuesta se sustente sobre un *a priori* no demostrado, la suficiencia del art. 93 para que España preste su consentimiento al Tratado, máxime cuando el Tribunal invoca el «diálogo entre jueces» que tan buenos frutos ha dado hasta la fecha. Sí admite estimarse, en cambio, la respuesta jurisprudencial insatisfactoria, siquiera sea porque aparenta sustentarse no en una auténtica concretización del art. 93 CE, es decir, en una interpretación del ese artículo orientada al problema por resolver, sino en una precomprensión del mismo y aun de la disposición señalada. Lo primero porque la negación jurisprudencial de futuras contradicciones del Tratado con la Constitución, lejos de despejar las dudas al respecto, pone sobre aviso de su eventual aparición (20). Lo segundo porque el Tribunal intenta zanjar cualquier incertidumbre sobre el particular invocando el art. I-60 del Tratado, esto es, una disposición ajena a la norma que interpreta, y que ni siquiera es parámetro del control de constitucionalidad que efectúa sino objeto precisamente del mismo (21).

3.6. Tampoco entiende el Tribunal que pueda hablarse de contradicción con la Constitución de los arts. II-111 y II-112 del Tratado. A este propósito, reconoce que la coexistencia de tres órdenes de tutela de las derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta) puede dar lugar a un proceso de influencias mutuas no exento de dificultades y admite la importancia de aclarar no sólo el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, sino también el de las relaciones entre ésta y nuestro sistema constitucional de derechos y libertades, así como el modo de depurar las normas que la contradigan. Pero, aun así, niega que los problemas concretos inherentes a la integración del Tratado puedan ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Para el Tribunal, su solución sólo puede pretenderse por medio de los procedimientos constitucionales habilitados al efecto. De ahí que se cña a examinar la compatibilidad con la Constitución del sistema de derechos enun-

(20) En este sentido se manifiesta el Magistrado Sr. Delgado Barrio en su voto particular a la Declaración.

(21) Bastante interesante es la opinión de Pedro Cruz Villalón sobre este llamamiento del Tribunal al art. I-60 del Tratado, para quien «en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el Tribunal ha optado por un modelo de *Constitución residual* en el que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (autonomía constitucional) que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad». *Cfr. El Tratado según la Constitución*, cit., pág. 8.

ciados en la Carta, llamado a erigirse, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución, en pauta para interpretar las normas relativas a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Y, de acuerdo con ello, concluye manifestando que ese valor interpretativo de la Carta en materia de derechos fundamentales, «no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades de las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950», desde el momento en que tanto nuestra propia doctrina constitucional, como el mismo art. II-112 del Tratado «operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo» (22).

IV. SOBRE LA PROPUESTA DE ESTATUTO POLÍTICO DE LACOMUNIDAD DE EUSKADI

1. De nuevo en 2004 ha adquirido protagonismo el llamado «Plan Ibarretxe». Un documento político tendente, recuérdese, a convertir a la Comunidad Autónoma del País Vasco en «Comunidad vasca libremente asociada al Estado español bajo la denominación de Comunidad de Euskadi», mediando un pacto entre los sujetos mencionados. Con respecto al cual dicho «Plan Ibarretxe» es presentado como un proyecto del mismo. Aunque ese pacto es tan sólo aparente, según se desprende, no del documento que en este punto se muestra silente, sino de lo manifestado al respecto por su autor, el Presidente del Gobierno Vasco, en la intervención que realizó durante el Debate de Política General de Euskadi en el Parlamento Autonómico Vasco, el 27 de septiembre de 2002. Pues, según sus propias palabras:

«Esta propuesta será objeto de información y contraste con la sociedad vasca, de manera previa a su remisión al Parlamento Vasco para su tramitación, de conformidad con el procedimiento contemplado en el Estatuto de Guernika, para abrir, a continuación, los procedimientos pertinentes de negociación y pacto con el Estado.

Se procederá a la ratificación definitiva en referéndum por parte de la sociedad vasca del Pacto político alcanzado con el Estado o, en su caso, del Proyecto aprobado por el Parlamento Vasco en un escenario de ausencia de violencia y sin exclusiones» (23).

(22) *Cfr.* DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ. 6.

(23) *Cfr.* www.nuevoestatutodeeuskadi.net.

Sobre este asunto del llamamiento a la sociedad vasca para que, mediando o no una Ley Orgánica impulsada por el «Plan Ibarretxe», decida en última instancia sobre el mismo, ha insistido desde entonces el Presidente del Gobierno Vasco en varias ocasiones (24), consciente, según parece, de carecer la Comunidad Autónoma del País Vasco de facultades para convocar referéndum alguno (25), y aún de qué consecuencias le ocasionaría su convocatoria (26). Pues, no se olvide que, como reacción estatal a dicha insistencia, se aprobó la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. La cual tipifica como delito las conductas, entre otras, de las autoridades o funcionarios públicos que, careciendo manifiestamente de competencias para ello, convoquen o autoricen la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales, o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución. Aunque, por más que, desde un punto de vista político, el anuncio reiterado de una convocatoria ilegal de referéndum sea en sí mismo relevante, no es esa la razón por la cual se trae a colación el «Plan Ibarretxe». Si es que se produce, ocasión habrá de ocuparse del referéndum en el análisis que, en estas mismas páginas, se le dedique a las cuestiones más relevantes de 2005 desde una perspectiva político-constitucional.

Que la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» adquiera interés, observada desde esa óptica, tiene que ver con su contenido, con el *status* de libre asociación que, como régimen de relación política con el Estado español pretende atribuirle a la «Comunidad de Euskadi», y con su pre-

(24) Al menos en su Mensaje de Fin de Año de 2003: «Si el Parlamento Vasco aprueba un proyecto, en ausencia de violencia y sin exclusiones, todos y cada uno de nosotros vamos a dar nuestra opinión en una consulta democrática». También en el mensaje de Fin de Año de 2004 ha vuelto sobre el particular manifestándose del modo que luego se verá. *Idem*.

(25) Como les sucede a las restantes Comunidades Autónomas. En este sentido la Comunidad Autónoma de Cataluña presentó, el 24 de julio de 2003, una Proposición de Ley Orgánica de transferencia, por vía del art. 150.2 de la Constitución, a la Generalidad de Cataluña de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum. *Cfr. BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura. Serie B; Proposiciones de Ley, núm. 356-1, de 29 de julio de 2003, págs. 1-2.

(26) Así se desprende de la entrevista que le hizo el diario argentino *Clarín*, publicada el 21 de octubre de 2004. En donde, a la pregunta de si el Presidente del Gobierno de la Nación, aun respetando las ideas del Lehendakari, podría pensar que «el plan no tiene futuro y que quiera impedir un referendo sobre el tema», contestó el Presidente del Gobierno Vasco: «Yo creo que plantear que una sociedad democrática no pueda ser consultada, que no tiene derecho a ser consultada, demuestra un déficit democrático enorme. ¿Acaso alguien puede pensar que se puede meter al Lehendakari en la cárcel porque quiere hacer una consulta a la ciudadanía para ver qué es lo que piensa acerca de un determinado proyecto? *Cfr.* www.nuevoestatutodeeuskadi.net.

tensión, estrechamente vinculada a la anterior, de conferirle una organización institucional y un régimen competencial enteramente nuevos (27). En definitiva, el documento merece la atención que aquí se le presta debido, en primer lugar, a la respuesta que en 2004 ha dado el Tribunal Constitucional a la impugnación por el Gobierno de la Nación de los acuerdos adoptados por el Gobierno Vasco, aprobándolo, y por la Mesa del Parlamento Vasco, admitiéndolo a trámite para su debate parlamentario; y, en segundo término, a su aprobación, también en 2004, por el Parlamento Vasco.

2. Recuérdese que el 13 de noviembre de 2003 el Gobierno de la Nación, al amparo del art. 161.2 de la Constitución y de los arts. 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, impugnó las citadas resoluciones por estimar que la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi», vulneraba la Constitución en numerosas ocasiones, tantas que sería prolija su enumeración, por otro lado innecesaria considerando la respuesta que ha obtenido del Tribunal Constitucional. Pues, mediante su Auto de 20 de abril de 2004, ha resuelto inadmitir la impugnación por no concurrir en los acuerdos del Gobierno Vasco, de 25 de octubre de 2003, y de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de noviembre de 2003, el «presupuesto procesal insubsanable de constituir objetos idóneos de la impugnación regulada en el art. 161.2 CE y en el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», tal y como se cuestionaba en la providencia de 4 de diciembre de 2003.

Con el recordatorio de esta última providencia —mediante la cual, efectivamente, el Tribunal le había participado a demandante y demandados sus dudas en torno a la idoneidad de tales acuerdos para ser objeto de dicha impugnación, requiriéndoles además a que se manifestasen sobre el particular—, comienza el Tribunal la fundamentación jurídica de su Auto. Con la finalidad evidente de dejar sentados los términos de la discusión y de aclarar así que su respuesta no habría de versar en torno al contenido del Estatuto propuesto, sino respecto a los acuerdos impugnados y para dilucidar si reunían o no la condición de «resoluciones» a los efectos de los arts. 76 y 77 LOTC. Puntualizado este asunto destaca el Tribunal la sustantividad propia y diferenciada, respecto de los demás procesos constitucionales, que, por fuerza, le comunica al regulado en el Título V LOTC su imprescindible sustentación en disposiciones normativas sin fuerza de ley, así como su condición de accionable, exclusiva-

(27) Baste con mencionar a este último respecto que, según el art. 43.1 del documento, correspondería a «la Comunidad de Euskadi ejercer en su ámbito territorial la potestad legislativa en todas aquellas políticas públicas y ámbitos competenciales no atribuidos expresamente al Estado en el presente Estatuto».

mente, para hacer valer en él vulneraciones constitucionales por razones no competenciales. De igual modo que enfatiza el escaso uso realizado de este proceso constitucional, para explicar la inexistencia de doctrina jurisprudencial con ayuda de la cual dilucidar si los mencionados acuerdos eran o no de las resoluciones a que se refieren los arts. 161.2 CE y 76 LOTC, máxime cuando «en ningún caso han sido impugnados a través de este proceso constitucional actos de tramitación integrantes de un procedimiento legislativo».

Sólo en dos ocasiones, añade el Tribunal, todavía en los prolegómenos argumentativos de su resolución, fueron impugnados mediante el proceso constitucional en cuestión actos procedentes de órganos intraparlamentarios de Asambleas legislativas autonómicas, si bien, no eran actos integrantes de un procedimiento legislativo. Así el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, de 9 de febrero de 1999, por el que se autorizó al «Parlamento del Kurdistán en el exilio» a celebrar sesiones de trabajo en la sede del Parlamento Vasco, de un lado; y la resolución del Presidente del Parlamento Foral de Navarra, de 25 de agosto de 1983, por la que se propuso a S.M. el Rey el nombramiento de Presidente de la Comunidad Foral de Navarra, de otro. Para, a continuación, señalar que, de seguirse el criterio jurisprudencial empleado en este último caso, el único de los dos que fue resuelto mediante sentencia (28), habría de concluirse afirmando que los referidos acuerdos, a su juicio actos integrantes de un procedimiento legislativo, «no podrían ser considerados resoluciones a los efectos de los arts. 161.2 CE y 76 LOTC, ya que en modo alguno culminan ni ponen fin al procedimiento de reforma estatutaria a seguir por la Comunidad Autónoma (29).

No se le oculta al Tribunal el paralelismo trazable entre los arts. 63 y 76 LOTC, en razón de las medidas, normativas o no, que identifican como presupuestos de los respectivos procesos constitucionales a que se refieren. Por eso, sin dejar de insistir en la diferencia que separa a los conflictos positivos de competencia de la impugnación regulada en el Título V LOTC (atendiendo a los vicios sustanciables por una y otra vía procesal), reconoce haber admitido conflic-

(28) El propio Tribunal recuerda que la impugnación de aquella invitación al «Parlamento del Kurdistán en el exilio», concluyó mediante el ATC 265/1999, de 10 de noviembre, en virtud del cual se atendía el desestimiento instado por el Gobierno de la Nación. Como, en efecto, sucedió tras hacer constar éste que, pues el «Parlamento del Kurdistán en el exilio» no se había reunido, «se ha producido la desaparición del objeto de la controversia preservándose las competencias del Estado en esta materia».

(29) Recuérdese que aquel proceso impugnatorio de la resolución del Presidente de la Comunidad Foral de Navarra fue resuelto por la STC 16/1984, de 6 de febrero. En la cual juzgó el Tribunal que la resolución impugnada era objeto idóneo del proceso constitucional porque culminaba (el procedimiento a seguir por la Comunidad Foral —dotada de personalidad jurídica— al que pone fin».

tos trabados con ocasión de actos de trámite, circulares e instrucciones, comunicados o simple vía de hecho, para puntualizar que a su proceder en todos esos casos le había precedido la constatación de tratarse «de expresiones indubitadas de una asunción de competencia que la contraparte procesal tenía por inconstitucionalmente fundada». De ahí, también, que complete esa aclaración con otra atinente al caso concreto examinado en el Auto, en cuya virtud manifiesta que «en el presente caso, además, no debe perderse de vista que la sola admisión de la impugnación produce irremisiblemente la suspensión del debate intentado, razón suficiente para extremar el rigor en el trámite de admisión, rechazando impugnaciones que, como es el caso, desnaturalizarían irremediadamente, de prosperar, los principios fundamentales de la democracia parlamentaria».

Alude en este último aserto el Tribunal a la propuesta del Ejecutivo Vasco. En su opinión, además, susceptible de producir el único efecto de dar inicio a un debate parlamentario en cuya virtud puede aprobarse o no finalmente una norma. Juicio este que completa el Tribunal conceptuando el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco como «un acto de calificación y tramitación de la propuesta de iniciativa de reforma del Estatuto de Autonomía presentada por el Gobierno Vasco». Interesa subrayarlo, como también el aserto complementario de tales consideraciones mediante el cual sostiene que los acuerdos impugnados sólo despliegan sus efectos *ad intra* de un procedimiento parlamentario de final incierto, pues, por definición, nada asegura su apertura respecto a la aprobación de la norma que, a su través, pretende generarse. A la vista de todo ello, se comprende la decisión jurisprudencial de no admitir a trámite la impugnación pretendida por el Gobierno de la Nación. Con tanto mayor motivo, cuanto, según manifiesta el Tribunal a este propósito, «la Constitución española, “a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de la reforma ninguno de sus preceptos, ni somete el deber de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento” (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ. 7)», por lo que «la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, sólo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas».

2.2. Importa señalar que tal resolución jurisprudencial no ha sido unánime, como lo evidencian las opiniones de cinco Magistrados, disidentes de la mayoritaria, manifestadas en los tres votos particulares que acompañan al Auto (30). Los cuales coinciden en reprocharle su rechazo a considerar los

(30) Suscritos, respectivamente, por los Magistrados Sres. Jiménez de Parga y Cabrera, el primero; Cachón Villar, el segundo; y Jiménez Sánchez, García-Calvo y Montiel, y Rodríguez-Zapata Pérez, el tercero.

acuerdos impugnados como objeto idóneo de la impugnación regulada en el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (31). Desde luego no les falta a esos Magistrados argumentos para la discrepancia, acumulables al que proporciona el propio Tribunal cuando admite en el Auto haber conocido y resuelto mediante sentencia conflictos competenciales originados por actos de trámite, circulares e instrucciones, comunicados o simple vía de hecho. Sus votos particulares son bastante elocuentes al respecto.

Precisamente por eso, por lo disputado del asunto, quizá hubiera podido acudir el Tribunal a cierta construcción suya del ATC 400/1982 —concebida en la disyuntiva de admitir o no a trámite un acta de inspección cinematográfica como presupuesto generador de un conflicto positivo de competencia—, según la cual, cuando la causa impeditiva de la admisión a trámite no está netamente perfilada, la decisión ha de ser la de permitir el desarrollo del proceso a través de la necesaria controversia entre las partes y de la aportación de las pruebas necesarias para la decisión final del Tribunal. No se pasa por alto que en caso resuelto por dicho Auto se estaba ante una auténtica afirmación competencial del Estado considerada por la Generalidad de Cataluña vulneradora de sus competencias, ni que en el en Auto ahora comentado se explica la admisión a trámite de conflictos sustentados en actos de esa clase, circulares, instrucciones, comunicados o simple vía de hecho, atendiendo a esa precisa circunstancia, es decir, a que mediaban «expresiones indubitadas de asunciones competenciales que la contraparte procesal tenía por inconstitucionalmente fundadas».

Pues bien, justamente por eso no es descabellado advertir en el acuerdo del Gobierno Vasco, en tanto que acto de dirección política, una manifestación indubitada del ejercicio de la función pública gubernamental. Como tal vez haga el Tribunal, en cuyos juicios sería arriesgado no estimar enunciada, de modo implícito, esa percepción, aun cuando concluya por no admitir a trámite la im-

(31) Así el firmante del primer voto particular identificado como tal en la nota anterior, afirma, «en la línea de nuestra jurisprudencia constitucional (...), que el término “resoluciones” empleado en los arts. 161.2 CE y 76 LOTC, comprende no sólo los actos que ponen fin a un procedimiento, sino también los actos de trámite, incluso los no cualificados». Para el autor del segundo, «los Acuerdos impugnados son “resoluciones” adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas [en este caso Euskadi], como exige el art. 161.2 de la Constitución, al definir la impugnación, y que reitera en términos parecidos el art. 76 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». Mientras que, para quienes suscriben el último voto indicado, no sólo «el acuerdo del Gobierno Vasco impugnado puede y debe ser considerado como una “resolución”, susceptible de impugnación por el Gobierno de la Nación conforme a lo establecido en el art. 161.2 CE y en el Título V LOTC», sino también el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, al que dedican una afirmación idéntica.

pugnación. Con toda lógica, por cierto, teniendo en cuenta que el Auto no se sustenta sólo en cuantas consideraciones dedica a la naturaleza jurídica del acuerdo impugnado. Repárese si no en las que encierra, también, relativas a la aptitud del mismo para abrir un debate político que, sea cual fuere su intencionalidad, resulta imposible negar, dada la amplitud de miras de la Constitución española sobre su propia reforma. Adviértase que, tras ponderar el Tribunal ambas circunstancias, en vez de favorecer el desarrollo del proceso constitucional apenas accionado, se inclina por la solución contraria, esto es, por la inadmisión a trámite de la impugnación pretendida. No sin acierto, cabe añadir, por el beneficio que eso le reporta a la institución en punto a resguardarla de intentos por instrumentalizarla en la búsqueda de soluciones a problemas políticos abordables por esa vía. Tanto más en este caso, en que aun le cabe al Tribunal la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi», luego de superada esa condición porque adquiriera la de norma jurídica. Al fin y al cabo la inadmisión acordada por el Tribunal Constitucional se muestra equivalente a una de las posibles respuestas que hasta la Ley Constitucional italiana 3/2001 podía dar la Corte Constitucional a la duda sobre el sentido atribuible a la impugnación de una ley regional por el Gobierno de la República italiana. Pues, hasta entonces, de suscitarse esa duda, debía decidir la Corte Constitucional si le correspondía al Parlamento la competencia para resolver la impugnación, de encerrar ésta, a su juicio, una cuestión de competencia, o a sí mismo, porque estimase encontrarse ante una cuestión de legalidad constitucional (32).

3. Pero, no sólo por lo referido hasta aquí ha sido protagonista el «Plan Ibarretxe» durante 2004. Téngase en cuenta además que el 30 de diciembre de año pasado la «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» ha sido aprobada en el Parlamento Vasco por 39 a votos a favor —debidos a los parlamentarios de los partidos políticos que sustentan el Gobierno Vasco, es decir, el PNV, EA, EB-Berdeak, y a tres parlamentarios más del Grupo Sozialista Abertzaleak— y 35 votos en contra —emitidos por los parlamentarios del PP, PSOE, UA, y por tres del Grupo Sozialista Abertzaleak—, la mayoría absoluta de la Cámara. Cumpliéndose con ello el requisito exigido en el art. 46.1.b) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en orden a su reforma. Y súmesele a eso también que en su Mensaje

(32) Téngase en cuenta que esa Ley Constitucional reformó el Título V de la Constitución italiana para, entre otras cosas, suprimir de su art. 127 tanto el control gubernamental, previo y suspensivo de las leyes regionales, como la referida facultad de la jurisdicción constitucional íntimamente conectada a dicho control.

de Fin de Año de 2004, el Presidente del Gobierno Vasco ha manifestado su intención de convocar a la sociedad vasca, medie o no acuerdo político con las instituciones centrales del Estado, para que ratifique su propuesta. En términos aparentemente algo distintos de los que empleó en el Debate de Política General de Euskadi en el Parlamento Vasco, el 27 de septiembre de 2002:

«He procedido a comunicar al Presidente del Gobierno español la aprobación por mayoría absoluta en el Parlamento Vasco del Nuevo Estatuto, y le he solicitado formalmente la apertura de un proceso de negociación política, abierto y flexible.

Un proceso de negociación que culminará en una consulta democrática a la sociedad vasca para ratificar, en ausencia de violencia, el acuerdo alcanzado, o en su caso, el proyecto aprobado por mayoría absoluta en el Parlamento Vasco» (33).

Resulta imposible saber si el «Plan Ibarretxe» seguirá teniendo algún protagonismo en 2005. Pero al tiempo de redactarse estas líneas el Congreso de los Diputados ha tenido la oportunidad de debatir sobre la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi el 1 de febrero de 2005 (34), y de rechazarla por una amplia mayoría (35). Aun así al día siguiente de tal rechazo el Presidente del Gobierno Vasco ha manifestado su propósito de «dar la palabra al pueblo vasco», expresión que si bien mueve a pensar, como hasta ahora, en la convocatoria de un referéndum, todo parece indicar que lo es de elecciones autonómicas para el 17 de abril (36).

V. ACTIVIDAD LEGISLATIVA

1. Una nota señalada de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha sido la polémica que ha precedido a su aprobación, en buena medida suscitada por las críticas que recibió su Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial y del

(33) *Cfr.* www.nuevoestatutodeeuskadi.net.

(34) *Cfr.* BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, núm. 149-3, de 4 de febrero de 2005, pág. 25

(35) Sometida a votación obtuvo 313 votos en contra (PSOE, PP, IU, CC, y Chunta Aragonesista), 29 a favor (CiU, ERC, PNV, BNG, EA, y Nafarroa Bai) y dos abstenciones (IU Els Verds).

(36) *Cfr.* la «Declaración institucional del Lehendakari, tras la reunión extraordinaria del Gobierno de 2 de febrero de 2005», que incluye la convocatoria para el 17 de abril de las elecciones autonómicas. *Ibidem*.

Consejo de Estado. Del Informe emitido a su respecto por el primero de los órganos mencionados merece la pena destacarse su reproche al Anteproyecto por definir la violencia sobre las mujeres incluyendo un elemento finalista sobre las intenciones de su autor, así como por su pretensión de crear Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Se debía aquella discrepancia con el Anteproyecto al tenor de su art. 1.2, según el cual había de entenderse por violencia ejercida sobre la mujer a «la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad, y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende la violencia física y la psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de libertad tanto en la vida pública o la privada cuando el principal factor de riesgo lo constituya el hecho de ser mujer». Definición de la que destacaba el Consejo General del Poder Judicial no sólo su ubicación sistemática, en tanto que no enunciada en su «Exposición de Motivos, ni en la parte articulada del texto como pórtico descriptivo de su ámbito»; pues también subrayaba su sentido, al sustentarse esa definición «no en la apreciación de datos objetivos y externos, sino en la intencionalidad del agresor», de manera que, para el Consejo, lo básico, lo nuclear del Anteproyecto es que «hay violencia cuando se emplea “como instrumento” para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Concepción que, a juicio del Consejo General del Poder Judicial, se adentraba en un derecho penal de autor —«en “la jurisprudencia del sentimiento”, voluntarista, con predominio no tanto de lo normativo como de lo que se ha dado en llamar “el sano sentir del pueblo”, propia de la escuela de Kriele»— y estimaba incompatible con la Constitución atendiendo a lo declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 150/1991, con cita de las SSTC 65/1986 y 14/1986, entre otras, respecto a que «la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» (37). A propósito de la segunda discrepancia del Consejo General del Poder Judicial, debida, como ha quedado dicho, a la pretendida creación de unos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, interesa mencionar que para el Consejo se volvía con ello «al sistema de jurisdicciones

(37) A este propósito, interesa destacar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial fue objeto de un voto particular, suscrito por siete de sus vocales, en el cual afirmaban éstos que «la redacción del precepto no es acertada y ha de buscarse una redacción que perfila perfectamente el ámbito de aplicación de esta ley (...). De todo lo que antecede se desprende (...) la necesidad de no suprimirlo, sino simplemente de mejorar su redacción».

especiales, superado a finales del siglo XIX, propio del Antiguo Régimen, al perseguirse la creación de «una jurisdicción especial, privativa de las mujeres, basada en el sexo de la víctima y en la intención del agresor».

También el Consejo de Estado calificaba la definición de violencia doméstica enunciada en el art. 1.2 del Anteproyecto como de índole finalista y entendía que, en cuanto tal obligaría a indagar las intenciones de los autores de un acto violento para decidir respecto a la posibilidad de comprenderlo en el ámbito de aplicación de la nueva Ley. Lo que juzgaba un enfoque innecesario e inadecuado, al revelarse difícil determinar cuándo la violencia sirve de instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder, así como en la mayor parte de los casos, «aislar esta finalidad “objetiva” de la finalidad subjetiva que persigue el autor de la violencia y determina su acción». Igualmente interesantes se juzgan las declaraciones dedicadas por el Consejo de Estado a poner de manifiesto que así como en ciertos ámbitos están plenamente justificadas las medidas específicas de discriminación positiva y directa en favor de la mujer, o tratamientos diferenciados atentos al sexo, las circunstancias personales de la víctima y la dignidad de la mujer, en otros campos la protección efectiva y adecuada de la mujer víctima de la violencia puede requerir medidas específicas de acción positiva formuladas de forma indirecta, de modo que no supongan necesariamente una discriminación o exclusión por razón de sexo. A juicio del Consejo de Estado reclamaba esta última clase de solución el supuesto contemplado en el apartado 1 de la disposición adicional primera del Anteproyecto, en cuya virtud el varón que fuera condenado por la comisión de un delito de homicidio o lesiones contra su cónyuge o excónyuge, quedaría privado de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que pudiera corresponderle dentro del sistema de pensiones causado por la víctima. Por eso sugería el Alto órgano consultivo reformular la indicada disposición de tal modo que el delito de homicidio o lesiones cometido sobre el cónyuge —prescindiendo del sexo de este último— implicase la pérdida de la pensión de viudedad que pudiera corresponder a su autor. Idéntica opinión le merecía al Consejo de Estado el que el Anteproyecto pretendiese añadir dos nuevos apartados al art. 171 del Código Penal —delito de amenazas— y un apartado segundo al art. 172 del Código Penal —delitos de coacciones— manteniendo como tipo general para describir el ámbito subjetivo de la violencia doméstica, el art. 173.2 del Código Penal que no hace discriminación alguna por razón de sexo y que engloba a todos los pertenecientes a la unidad familiar (38). Según

(38) Propuesta que también criticó el Consejo General del Poder Judicial por entender que, en virtud de tales previsiones, «ante el mismo comportamiento objetivo —amenaza o coacción

el Consejo de Estado, «la discriminación positiva que merece y está plenamente justificado que se dé a la mujer mediante estos instrumentos penales», habría de operar de forma indirecta: «En concreto, la existencia de unos tipos penales *ad hoc* o la agravación de penas cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan a la violencia doméstica conllevará que, en la actual situación de la sociedad española, los beneficiarios y protegidos por ese tratamiento penal serán las mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales».

Desde luego no puede decirse que tales observaciones cayeran en saco roto, considerando las sensibles diferencias que median entre el Anteproyecto y el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes para su tramitación parlamentaria (39), así como el texto de la ley finalmente aprobada, provista de una estructura, por cierto, algo compleja, desde el momento en que completan sus seis Títulos, veinte disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y siete finales. En el Título preliminar se recogen las disposiciones generales de la Ley, referidas a su objeto y principios rectores. En el Título I, medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención en ámbito educativo, el publicitario y el sanitario. En el Título II, relativo a los derechos de las mujeres víctimas de la violencia, se busca garantizar el acceso a la información y a la asistencia social integrada de la mujer mediante la dotación de un Fondo creado a tal efecto, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se establecen medidas de protección en el terreno laboral y de la Seguridad Social. En el Título III se crean la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano cole-

leve— el varón comete un delito mientras que la mujer una simple falta, a pesar de que los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito tienen en la Constitución el mismo valor cualquiera que sea la persona de su titular».

(39) Baste con significar al respecto el tenor de la nueva redacción que en este último documento recibió el art. 1, idéntica, por lo demás, a la que obtuvo en la Ley: «1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

giado, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En el Título IV se regulan normas de naturaleza penal, para incluir, en los tipos agravados de lesiones, uno que incrementa la sanción penal cuando sus víctimas sean o hayan sido la esposa del autor, o una mujer ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; castigándose también como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra esas mismas mujeres. En el Título V se crean los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (para conocer de la instrucción y fallo, en su caso, de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de las causas civiles relacionadas), el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto) y una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y de las Audiencias Provinciales. Las disposiciones adicionales desarrollan las medidas previstas en el articulado integrándolas en la legislación correspondiente, educativa, publicitaria, laboral, de Seguridad Social y de Función Pública. El régimen transitorio extiende la aplicación de la Ley a los procedimientos en tramitación en el momento de su entrada en vigor, aunque respetando la competencia judicial de los órganos respectivos. Las disposiciones finales, habilitan para el desarrollo normativo de la Ley.

2. Según su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, trae causa de la proposición no de Ley, aprobada el 21 de septiembre de ese mismo año, por el Congreso de los Diputados, en la que se insta al Gobierno a la adopción de determinadas medidas dirigidas a reforzar la independencia del Poder Judicial. De manera que en ella se aborda una reforma de aquella norma en tres aspectos concretos. En primer lugar, se modifica el sistema de mayorías para la adopción de determinados acuerdos por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial; en segundo término, se prevé que los Magistrados jubilados del Tribunal Supremo sigan ejerciendo funciones judiciales en dicho Tribunal como Magistrados eméritos; por último, se fortalece, según la propia Ley, la figura del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Medidas que cosecharon las críticas vertidas por el propio Consejo en su Informe acerca del Anteproyecto. En particular la mayoría de tres quintos que allí pretendía exigírsele al Pleno, como finalmente ha hecho la Ley, para realizar ciertas propuestas de nombramiento distintas de las requeridas hasta entonces para designar a los miembros del Tribunal Constitucional, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, y Vicepresidente de este último. En esencia, para el Consejo, «a través de un aparentemente inocuo cambio del procedimiento interno de decisión del

Pleno del Consejo se estaría transformando, al menos en materia de nombramientos discrecionales, el equilibrio de fuerzas que el Parlamento imprimió al actual Consejo en el momento de su constitución, imponiendo una redistribución de las mismas antes del agotamiento del término de mandato de cinco años establecido en el art. 122.5 CE, período que el Constituyente no quiso que fuera coincidente con el de la correspondiente Legislatura parlamentaria de cuatro años, precisamente para asegurar un amplio margen de autonomía funcional al órgano de gobierno de los jueces». Aunque también criticó el Consejo la segunda de las medidas referidas, propuesta en el Anteproyecto e igualmente revalidada por la Ley, en cuya virtud, «la plaza del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial se proveerá por un Magistrado del Tribunal Supremo con una antigüedad en la categoría de dos años o por un Magistrado con diez años de ejercicio en la categoría. En este último caso, mientras desempeñe el cargo tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal supremo». Pues, inspirándose el Consejo General del Poder Judicial en el art. 348 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sostenía que el principio de la magistratura de ejercicio (40), sólo admite excepciones cuando concurren dos circunstancias —«la naturaleza o relevancia constitucional del órgano afectado y una función del mismo relacionada con las funciones jurisdiccionales al más alto nivel»—, ausentes en la propuesta del Anteproyecto, razón por la cual sugería que únicamente pudiera ser Jefe de la Inspección un Magistrado del Tribunal Supremo.

En cualquier caso, la Ley Orgánica 2/2004 ha concluido por exigir al Pleno del Consejo General del Poder Judicial que adopte por mayoría de tres quintos la propuesta de nombramiento no sólo de su Presidente, de su Vicepresidente y de los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponde designar, sino también la de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, la de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y aun la del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal, o Tercera de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia. De igual modo, la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, ha revalidado, según se anunciaba, la propuesta de su Anteproyecto atinente a la provisión de la Plaza del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, y, autorizado, por último, a que los Magistrados del Tribunal Supremo, una vez jubilados, sean «designados Magistrados eméritos del Tribunal Su-

(40) El cual, según aclaraba, «hace referencia a que, al igual que ocurre con el resto de los órganos constitucionales de los otros dos poderes del Estado, no puede ostentarse la titularidad de los mismos sin prestar efectivamente la función que tienen encomendada».

premo, cuando así lo soliciten, siempre que reúnan los requisitos legalmente establecidos y de acuerdo con las necesidades de refuerzo en la Sala correspondiente», haciendo extensiva esta disposición a los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, cuando medie una propuesta en tal sentido del Fiscal General del Estado y sea oído el Consejo Fiscal.

3. Una característica destacada de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, es la enorme influencia que recibe de las observaciones realizadas acerca de su Anteproyecto por ese órgano consultivo. El cual llegó a sugerir en su Informe al respecto un texto para la misma provisto de Preámbulo y de parte articulada, de tal ascendiente en el legislador que se renuncia a la tarea, por extenuante, de precisar cuales son sus manifestaciones concretas. En todo caso, dicha Ley realiza una reforma en profundidad del Consejo de Estado que alcanza a su composición, estructura y funciones. Pues, en primer lugar, dispone que quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno adquieran la condición de Consejeros natos de Estado con carácter vitalicio. En segundo término crea la Comisión de Estudios que, presidida por el Presidente del Consejo de Estado e integrada por dos Consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el Pleno a propuesta del Presidente, así como por el Secretario General, ordenará, dirigirá y supervisará la realización de los estudios, informes o memorias encargadas por el Gobierno y, una vez concluidos, emitirá juicio acerca de su suficiencia y adecuación al encargo recibido, de igual modo que elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional encomendadas por el Gobierno al Consejo de Estado y las someterá al Pleno. Además y, en íntima relación con ello, contempla la posible colaboración con el Consejo de Estado del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, al que podrá encomendarle la realización de tareas determinadas para llevar a cabo los estudios, informes o memorias o la elaboración de anteproyectos que el Gobierno encargue al Consejo de Estado; sin perjuicio de lo cual, también podrá éste solicitar la colaboración de otros organismos autónomos o unidades y servicios administrativos. En tercer lugar, le asigna la Ley Orgánica al Consejo de Estado nuevas e importantes funciones. Para empezar, como se deduce de cuanto se ha venido diciendo, realizará por sí o bajo su dirección, los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende, teniendo presente, en estos dos últimos casos los objetivos, criterios y límites que le señale el Gobierno, acerca de los cuales puede, sin embargo, hacer las observaciones que estime pertinentes. Además, deberá ser consultado en relación con los Anteproyectos de reforma constitucional,

cuando la propuesta no haya sido elaborada por el Consejo de Estado, los Anteproyectos de leyes y las Disposiciones reglamentarias relativos a la ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo. Por último, interesa destacar que el dictamen del Consejo de Estado será preceptivo para las Comunidades Autónomas que carezcan de órgano consultivo propio, en los mismos casos previstos por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, para el Estado cuando hayan asumido las competencias correspondientes.