

§ 50
LA IDENTIDAD EUROPEA DE ESPAÑA (ART. 93 CE)

Araceli MANGAS MARTÍN
*Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense
De la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*

SUMARIO

I. CONTEXTO DEL ART. 93 CE: LA CLÁUSULA SIN NOMBRE. —II. LA CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DEL ART. 93 CE. —III. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ART. 93 CE. —IV. DEFECTOS E INSUFICIENCIAS DEL ART. 93 CE.

I. CONTEXTO DEL ART. 93 CE: LA CLÁUSULA SIN NOMBRE

Cuando se redactó la Constitución de 1978, una de las preocupaciones de los Grupos parlamentarios fue elaborar una norma constitucional que, por un lado, nos homologase al resto de Estados democráticos occidentales y, por otro, habilitase la atribución del ejercicio de competencias soberanas para poder aspirar a la adhesión a las Comunidades Europeas y protegiese los efectos propios del Derecho de la Unión Europea¹ en España.

El primer aspecto era político y fundamental como motor del cambio político de la dictadura a la democracia. El segundo aspecto era más técnico y trataba de articular las relaciones entre la soberanía nacional y el Derecho nacional con las atribuciones que se harían a las instituciones europeas y la aplicación obligatoria, inmediata y preferente del ordenamiento de la UE.

El objetivo de la plena integración se había planteado en plena dictadura cuando se solicitaron negociaciones comerciales como primer paso. Pero en noviembre de 1962, el Parlamento europeo dio la respuesta con un *no* rotundo a las aspiraciones españolas al enunciar la llamada «doctrina *Birkelbach*», que planteaba con claridad las *condiciones políticas* que los Tratados fundacionales en la época no habían expresado directamente²: un régimen democrático de libertades, *exigibles tanto para*

¹ Aunque en 1977, cuando solicitó el ingreso, o en 1986, cuando se adhirió España, estas tres organizaciones internacionales tenían nombres específicos para cada una de ellas y, en conjunto, se denominaban oficialmente Comunidades Europeas, en este trabajo se simplificará la mención por el vigente oficialmente, desde 2009, de «Unión Europea».

² Los Tratados no expresaban como hoy (art. 49 TUE, desde la reforma de Ámsterdam en 1997) la vinculación de la integración europea a los principios de la democracia pluralista y del respeto de los derechos humanos, pero había documentos políticos como la *Declaración sobre la Identidad Europea*, Copenhague, diciembre de 1973, *Boletín CE*, (1973-12), págs. 125-126. Más tarde se acordaría la *De-*

la asociación como para la adhesión, truncaba las aspiraciones del Gobierno de la dictadura y relegaba a nuestro país a la única posibilidad de relación estable con la Comunidad Económica Europea mediante un acuerdo comercial.

Como las condiciones básicas de naturaleza jurídico-política (pluralismo político y elecciones libres para elaborar una Constitución democrática) no se reunieron hasta 1977, la barrera resultaba radicalmente infranqueable. Por muy difíciles problemas —y vetos arbitrarios bajo la presidencia de Giscard d’Estaing— que la economía haya planteado, estos no han sido de naturaleza excluyente como eran en su día los políticos.

Una mirada al Derecho Constitucional comparado de la época en los entonces diez Estados miembros enseñaba que había que incluir un precepto que ofreciera la suficiente legitimación de Derecho interno para permitir el acto jurídico internacional —la adhesión— por la que se adquiere la calidad de Estado miembro, es decir, que en el propio acto constituyente se debía dotar a las instituciones de España del poder jurídico de consentir atribuciones de competencias nacionales a instituciones internacionales.

Era bien sabido que, a diferencia de otros tratados, la adhesión a la Unión Europea, ya entonces, es un acto jurídico internacional de naturaleza compleja que requiere la conformidad con el orden jurídico interno del país que se adhiere. De un lado, que se acepte todo el acervo o conjunto de normas en vigor en cuya adopción no se ha participado. De otro, que se comprometa a aceptar y cumplir en el futuro todos los actos que adopten las instituciones por los procedimientos de adopción y efectos previstos en los tratados.

Todas las Constituciones de los Estados miembros dedicaban (y dedican) un precepto singular que articula la cohabitación del ordenamiento nacional con la primacía y eficacia directa e inmediata de las normas originarias y derivadas de la UE. La Constitución Española también habría de tener un artículo bisagra como lo ha sido el art. 93.

El primer borrador conocido del texto constitucional ya incluía un engranaje: «La atribución a organizaciones internacionales mediante tratado, de competencias previstas por la Constitución, podrá ser otorgada mediante ley votada por la mayoría de 3/5 del total de los diputados, siempre que se efectúe en régimen de paridad» (entonces, art. 7.3 del «borrador»). Su redacción varió algo —y se empeoró— cuando tomó cuerpo la primera versión oficial tras pasar por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso: «Se podrá atribuir por un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho In-

claración común del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977, JOCE., núm. C 103 (27 de abril de 1977), pág. 1, o la *Declaración sobre la democracia del Consejo Europeo de Copenhague*, de 8 de abril de 1978, *Boletín CE* (1978-3), pág. 5, o la *Declaración solemne sobre la Unión Europea*, adoptada por el Consejo Europeo de 19 de junio de 1983, en Stuttgart, confirmando que «el respeto y mantenimiento de la democracia representativa y de los derechos humanos es un elemento esencial de la pertenencia a la Comunidad» (*Europe, Documents*, 22 de junio de 1983, punto 1.2).

ternacional, en régimen de paridad» (art. 6.3). Conviene recordar que los debates en el Congreso (Comisión y Pleno, muy escasos) y en el Senado (muy amplios y de gran altura) sobre el actual art. 93 se limitaron a su primer párrafo³, pues el segundo párrafo fue objeto de la invención *in extremis* de la Comisión Mixta Congreso-Senado a fin de armonizar el texto de una y otra fase. La Comisión Mixta aceptó las modificaciones del Senado y añadió un párrafo *ex novo*: el párrafo 2 de este art. 93.

Era claro que el conjunto de la Constitución de 29 de diciembre de 1978 servía sobradamente al propósito político de la *europaización* de España; y que su art. 93, aunque no mencionaba expresamente el propósito de la integración europea, reunía los caracteres esenciales que facilitaron el camino de la integración desde un punto de vista jurídico-constitucional y los efectos que dicha integración ha tenido sobre el Derecho español.

Hay que reconocer que ni en el borrador inicial ni en ninguna de las versiones en las que evolucionó su redacción definitiva se mencionó en el art. 93 CE a las organizaciones europeas para las que estaba pensado ni incluyó mención alguna a la integración europea. Sin embargo, la lectura de los debates en las Comisiones de Asuntos Constitucionales y plenarios del Congreso y Senado de la época no deja espacio a la duda sobre lo que los parlamentarios españoles tenían en mente y mencionaban en los debates con claridad y fruición: era la anhelada adhesión a las Comunidades Europeas.

Era la «cláusula europea» sin nombrar a Europa.

II. LA CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DEL ART. 93 CE

La Constitución Española solo se ha reformado dos veces, y siempre por «culpa» de la integración europea, si bien la segunda reforma de la Constitución no afectó al art. 93 CE; no era un problema de insuficiencia de la *cláusula sin nombre*.

No era un precepto perfecto, no. Sin embargo, no tenía defectos relevantes en su párrafo primero. Su párrafo primero era muy conciso, muy técnico, bastante correcto en sus términos, tomado de la experiencia de otras Constituciones de Estados miembros, como la belga, y evitando los errores de expresión de otras. En fin, es cierto que es un precepto sin concesiones a la retórica europeísta, que tampoco tenía por qué hacerlas. No obstante, quizás es algo críptico y poco expresivo de los efectos del Derecho de la Unión sobre el sistema jurídico interno.

En todo caso su corrección técnica parecía suficiente. Así lo confirma, de un lado, que no hubo insinuaciones ni dudas por parte de la Comisión Europea sobre el fundamento constitucional español para garantizar la primacía y efecto directo del

³ Los debates en el Senado tuvieron una altura notable (la mayoría de los senadores eran personas muy cultas y de gran nivel de formación); por ejemplo, pueden verse algunos debates memorables en *Diario de Sesiones*, núm. 50 (6 de septiembre de 1978, págs. 2322-2327) y núm. 63 (30 de septiembre de 1978, págs. 3148-3151).

Derecho de la UE en España, a diferencia de lo que sucedía con la Constitución portuguesa, que tuvo que ser reformada para proseguir las negociaciones de adhesión por exigencia comunitaria (no habían previsto en 1974 la atribución del ejercicio de competencias ni los efectos del Derecho común, además de excesos verbales revolucionarios incompatibles con un régimen de libre mercado).

De otro, y muy importante, su bondad técnica se prueba por el hecho de que ha soportado nuevas atribuciones de ejercicio de soberanía nacional en la media docena de reformas de los tratados de la UE. En muchas de ellas se han acometido comprometedoras atribuciones de competencias que afectaban a núcleos básicos de la soberanía. Y las ha soportado —salvo la reforma del art. 13.2 (sufragio pasivo)—.

Así, las reformas del Acta Única Europea en 1987 (perfeccionamiento del mercado interior, las bases de la unión monetaria); o el Tratado de Maastricht en 1992 (moneda, cruce de fronteras, ciudadanía europea —salvo en la materia apuntada de sufragio pasivo—, inicio de la PESC). O el Tratado de Ámsterdam en 1997 (asilo, cooperación judicial civil, penal y policial, cooperaciones reforzadas) o el Tratado de Niza en 2001 (reforma institucional). También el art. 93 CE sirvió de fundamento a la ratificación del Tratado de Lisboa de 2007 (con su Carta de Derechos Fundamentales) y a otras reformas del Derecho originario (como el Acta Electoral Europea en 2002, las decisiones sobre recursos propios, etc.). O ha servido para tratados intergubernamentales entre miembros de la UE como el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 2 de febrero de 2012, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), de 2 de marzo de 2012 —al que España se tuvo que anticipar con una reforma constitucional; ver *infra*—.

La resiliencia del art. 93 ha tenido una única excepción. En efecto, en una ocasión (1992, Tratado de Maastricht) el art. 93 CE no resistió una reforma europea y España tuvo que modificar su Constitución, y, posiblemente, no tanto por exigencia de los compromisos europeos como por una deficiente hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional. Fue la primera reforma de la Constitución Española.

El control previo de constitucionalidad (art. 95 CE) se estrenó con ocasión del proceso de ratificación de la reforma de Maastricht en 1992 por el Gobierno de la Nación. El Gobierno solicitó del TC que examinara si el Tratado de Maastricht se adecuaba a la Constitución y, en particular, sobre la compatibilidad del entonces art. 8.b.1 del Tratado de la Comunidad Europea —derecho de sufragio pasivo de los *ciudadanos de la Unión* en las elecciones municipales, actual art. 22.1 TFUE— con el art. 13.2 CE (que excluía este derecho para los *extranjeros*).

El TC, en una discutible declaración de 1 de julio de 1992 (BOE de 24 de julio), limitó su examen al segundo problema y no contestó al requerimiento general del Gobierno ni examinó la constitucionalidad de la nueva institución de la «ciudadanía de la Unión», descartando que pudiera haber tal ciudadanía de la UE. Para el TC, los seres humanos o eran españoles o eran extranjeros, sin que se pudieran troquelar otros estatutos jurídicos creables al amparo del art. 93 CE, deduciendo que el art. 13.2 CE no permitía el voto de los extranjeros, calificación aplicable sin mati-

ces a los comunitarios según el TC en la época. Había, pues, incompatibilidad entre el art. 13.2 con el Tratado, sin que le sirviera para nada el apoderamiento de competencias del art. 93 CE⁴.

Así que las Cortes Generales aprobaron la primera reforma de la Constitución modificando el art. 13.2 (BOE de 28 de agosto de 1992) en el sentido de añadir los términos «y pasivo» para permitir el ejercicio del derecho de sufragio activo «y pasivo» (elegibilidad) a los extranjeros en general. Obviamente, el Tratado de Maastricht no exigía otorgar el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros, sino a los ciudadanos de la UE.

Las reformas introducidas por los Tratados de Ámsterdam y Niza no suscitaban dudas de su compatibilidad constitucional en España. Fue la reforma fracasada del Tratado constitucional europeo la que, por segunda vez, plantearía dudas. En este caso fue el Consejo de Estado el que recomendó al Gobierno solicitar el control previo del TC. El Gobierno planteó varios aspectos sobre la prestación del consentimiento al fracasado *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* de 29 de octubre de 2004, inducido por un no muy afortunado dictamen del Consejo de Estado. Las tres posibles contradicciones entre el mencionado Tratado *non nato* y la Constitución Española eran en torno a la primacía del Tratado europeo, al ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales y al alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta. En esencia, son aspectos heredados por el Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009, por lo que tiene interés recordarlos, pues muestran cómo una buena hermenéutica del TC, que extrajo las potencialidades del art. 93 CE, permitió superar las dudas y mostrar la resiliencia —palabra de moda hoy— del precepto constitucional.

El TC constató, con acierto y buena fundamentación (declaración de 13 de diciembre de 2004, BOE de 4 de enero de 2005), que la primacía se limita a los ámbitos cuyo ejercicio es atribuido a la UE y que su formulación explícita en el fallido Tratado no altera la primacía que ya había aceptado España en 1986; a su vez, que la Carta (hoy arts. 51 y 52 de la Carta de Niza) no plantea, al menos en abstracto, ningún problema de articulación con nuestro sistema de derechos fundamentales. En definitiva, que no existía contradicción alguna entre el fracasado Tratado europeo de 2004 y la Constitución Española, por lo que podía procederse a prestar el consentimiento de España a dicho tratado internacional.

La segunda y última reforma constitucional en España no vino precedida de ninguna reforma europea que exigiera un acondicionamiento de la Constitución. Fue para evitar el rescate financiero de España durante el Gobierno de Rodríguez Zapatero y volver a gozar de la confianza de los mercados internacionales. Fue la dureza con la que la crisis de 2007-2008 afectó a España por los excesos y velocidad de endeudamiento del Gobierno de Rodríguez Zapatero lo que llevó a la UE y a Estados Unidos a exigir una reforma constitucional expreso que incluyera la obliga-

⁴ Frente a la correcta posición del Consejo de Estado, que se servía de la interpretación adecuada del art. 93 para salvar la contradicción.

ción de disciplina presupuestaria. Se exigió incorporar un mandato nuevo a la Constitución Española.

Más exactamente, se exigió a España que se anticipara en 2011 a la reforma que en materia disciplina presupuestaria se estaba pergeñando⁵ en el que más tarde sería el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza —TECG— de 2012. España modificó su Constitución para incluir la regla del equilibrio presupuestario (reforma del art. 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, *BOE* del mismo día). España se anticipó así a la exigencia del art. 3.2 del TEGC que prevé que las principales obligaciones contenidas en el art. 3.1 se incorporen «al Derecho nacional de las Partes Contratantes mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, *preferentemente de rango constitucional*, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales» (*BOE* 2 de febrero de 2013, subrayado añadido).

Claro que si ha resistido el art. 93 CE con una reforma mínima («y pasivo») y un precepto muy renovado en un contexto de crisis financiera excepcional, qué se puede decir de una Constitución que ha resistido cuarenta años sin otras reformas ni adaptaciones a las nuevas exigencias sociales y políticas a pesar de las impresionantes transformaciones de la sociedad y la economía y a la luz de los innumerables escándalos y abusos de las fuerzas políticas.

III. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ART. 93 CE

No voy a analizar pormenorizadamente la interpretación del precepto por parte del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Ya se ha hecho en algunos buenos manuales de Derecho de la Unión y trabajos monográficos.

Después de una jurisprudencia bastante correcta por parte del TS desde 1986 y tribunales inferiores, el TC se aferró a una visión muy cerrada y poco comprensiva con las necesidades de la integración europea y de los compromisos jurídicos de España. Un TC debe ser independiente de los poderes del Estado, pero no independiente del Estado y de sus obligaciones jurídico-internacionales. Tardó décadas en entender el sentido y alcance del art. 93 CE⁶.

⁵ El acuerdo político básico había sido adoptado por el Consejo Europeo —sin oposición del Gobierno de España— el 24 y 25 de marzo de 2011 en el Pacto por el Euro Plus: «Los Estados miembros participantes se comprometen a traducir en legislación nacional las normas presupuestarias de la UE establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Los Estados miembros seleccionarán el instrumento jurídico nacional específico que se emplee, pero se cerciorarán de que posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco)» (texto en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la UE*, comp. A. Mangas Martín. Madrid: Tecnos, 2017, 21.ª ed., XII.i.13, pág. 646).

⁶ El hecho de que el TC no extrajera las virtualidades del art. 93 CE llevó a pensar en la conveniencia de su reforma, pues había desnaturalizado «el sentido y la intención del legislador constitucio-

Hay una diferencia de calidad del análisis del art. 93 CE entre la casi disparatada declaración de 1992 que obligó a reformar el art. 13.2 y la finura jurídica de la declaración de 2004 y la compatibilidad con el *non nato* Tratado constitucional europeo (y por ende con su heredero, la reforma del Tratado de Lisboa al TUE).

Aunque al TC le ha costado unos veinte años, poco a poco se ha ido normalizando, hasta cierto punto, la relación entre ambos tribunales (Constitucional y de la Unión Europea) y el reconocimiento de la primacía y eficacia directa y sus consecuencias. En la STC 145/2012, de 2 de julio, había declarado que «... el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas» (FJ 5). Impecable.

El TC, por fin, planteó su primera cuestión prejudicial solicitando al TJUE la interpretación de una norma (la «euroorden») y su desarrollo por una ley en España ante la duda de colisión con el derecho de defensa en caso de condena en ausencia (TJUE, de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, y STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, *Melloni*). Se han escrito ríos de tinta ensalzando hasta el paroxismo la mayor tutela judicial del delincuente huido en España frente a la mayor protección de la sociedad y de las víctimas del delito en la mayoría de los Estados miembros de la UE que permiten el proceso penal en rebeldía.

Otro giro muy positivo, perfecto, se observa en una sentencia de 2015 en la que hace un razonamiento correcto sobre el control del respeto a la primacía del Derecho de la UE que puede llevar a cabo y que efectúa en ese caso. Frente a su heterodoxa jurisprudencia anterior negándose a hacer respetar el mandado constitucional de obligatoriedad de los Tratados, por fin acepta que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio TJUE». Se refiere a la obligación de dejar inaplicada una norma nacional (el control difuso o desconcentrado) y señala que «[E]sta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea» (STC 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, FJ 5, c). Lo que yo había propugnado desde 1986.

El TC ha recordado en ocasiones «la adecuación del principio de primacía del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento constitucional, con base en el art. 93 CE.

nal», hasta el punto de que «la interpretación desafortunada por el TC ha impedido un buen anclaje del Derecho comunitario en España y hace necesaria una reforma de nuestra Constitución». Araceli MANGAS MARTÍN, «Incidencia del proyecto de tratado constitucional europeo sobre la Constitución Española», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*. Madrid: UAM-Eurolex, 2005, págs. 954 y 966.

Principio de supremacía que se integra no solamente por el conjunto de normas del Derecho primario y derivado de la Unión, sino también por la jurisprudencia emanada de la jurisdicción comunitaria que así lo ha reconocido». En este caso reconoció que las directivas de la UE son vinculantes antes de su transposición cuando el Estado incumple el plazo previsto para ello y otorgó el amparo a un ciudadano a cuyo abogado se le denegó el acceso al expediente policial abierto tras su detención por la Guardia Civil, situación que tampoco fue subsanada posteriormente por el juez de instrucción, que desestimó la solicitud de *habeas corpus* (STC 13/2017, de 30 de enero de 2017). Ortodoxia europea.

IV. DEFECTOS E INSUFICIENCIAS DEL ART. 93 CE

No obstante, aunque el art. 93 CE y el conjunto constitucional ha resistido no tanto numantínamente sino simplemente ajeno a la evolución política y social de España y del mundo, no deja de ser sintomático, como ya he señalado, que las dos únicas reformas de la Constitución Española han venido por mor de la evolución de la integración europea.

En diversas campañas electorales se ha utilizado la ausencia de mención a la UE como la justificación de la necesaria reforma del art. 93 CE (por ejemplo, en los programas electorales del Partido Socialista). Como si el precepto hubiera nacido escaso y elusivo y nos hubiera dado problemas en nuestra integración. No cabe criticar el art. 93 CE en su contexto, pues en 1978 era comprensible que no se quisiera mencionar a las Comunidades Europeas sin asegurar el resultado del proceso negociador. Otras Constituciones de Estados miembros entonces no lo hacían; comenzaron las menciones expresas cuando el Tratado de Maastricht se adentró en el corazón de la soberanía nacional de sus Estados miembros (moneda, cruce de fronteras y diplomacia).

Y tal como se redactó el precepto durante el debate constitucional, con un solo párrafo bastante conciso hasta el añadido final, podía servir sabiamente para cualquier otra prestación de consentimiento de España en otros tratados —no de la UE— que conllevara atribuciones del ejercicio de competencias soberanas. Además se trataba de que sirviera para futuras reformas de los Tratados de la UE —como así ha sido—⁷.

Los parlamentarios que aprobaron la Constitución, aun pensando en la adhesión a las Comunidades, estimaron con buena lógica jurídica que el art. 93 CE po-

⁷ En este sentido hay que calificar como afortunada la enmienda presentada en la Comisión de Constitución del Senado al proponer redactar en plural el párrafo referente a que «se podrá autorizar la celebración de *Tratados por los* que se atribuye...», porque, a juicio del enmendante —el administrativo Lorenzo Martín-Retortillo Baquer— «parecía lógico que la posibilidad prevista por el precepto no se agotase en la única ocasión [...]». *Diario de Sesiones* (Senado), núm. 50 (6 de septiembre de 1978, pág. 2322).

dría servir para hipotéticas situaciones análogas diferentes de la particular de adhesión a las Comunidades y no agotarse en su *leitmotiv*. Gracias a su *abstracta* redacción sirvió de fundamento constitucional para la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y para sus eventuales reformas —como el Protocolo de Kampala de 2010—, o las decisiones de un órgano internacional dotado de poderes normativos coercitivos como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas —verbigracia las relativas a la creación de los tribunales penales *ad hoc*— o eventuales reformas del Convenio Europeo de Derechos Humanos u otras situaciones comparables.

La reforma del art. 93 es muy aconsejable, pero no es el problema mayor de nuestra rancia Constitución de 1978 o del debilitamiento de la democracia en España o del oscuro sistema de distribución de competencias. Algunos partidos políticos lo utilizan como señuelo, pero las costuras se han roto por otras opciones, malas prácticas y deficiencias que el tiempo ha puesto en evidencia.

De entrada, ya he dicho que la estructura y opción jurídica del art. 93 CE es correcta. En efecto, las cláusulas constitucionales de apertura al sistema de integración europeo responden a dos patrones básicos: unas prevén la limitación de competencias o renuncia abdicativa del ejercicio de competencias soberanas sin abordar las consecuencias; otras prevén la atribución o renuncia traslativa (es decir, limitación interna y aceptación de la competencia normativa del beneficiario) de tales competencias que pasarán a ejercer las instituciones de conformidad con el Tratado y no con la Constitución nacional en la que tienen su origen. Nuestros tribunales internos podrán seguir fundando la primacía en la propia Constitución Española (art. 93), es decir, en la cláusula europea.

La Constitución Española optó por el segundo modelo, más pragmático, y que facilita su acomodación a la progresividad del sistema europeo y sus reformas del Derecho originario.

Pero caben bastantes mejoras.

1) *El primer párrafo del art. 93 CE*

Un apartado de la futura cláusula europea debe seguir siendo *sin nombre* o mención a la Unión Europea: debe ser abierta, abstracta y general para que pueda servir a ámbitos organizativos internacionales distintos al de la integración europea que exijan sacrificar aspectos del ejercicio de la soberanía nacional en aras de valores superiores (los bienes comunes globales).

Es cierto que no explicita —se deduce de la renuncia traslativa— que, en las competencias cuyo ejercicio se atribuye, el Derecho nuevo va a operar con sus exigencias propias. Sin duda, hoy la transparencia y comprensión fácil por todos, operadores jurídicos y ciudadanía, exigiría reconocerlo expresamente: que el Derecho nacido de la celebración de tales Tratados se aplicará de conformidad con sus propias condiciones, aceptadas por la prestación del consentimiento al Tratado con la autorización de las Cortes.

Debería, pues, añadir que «la aplicación de las normas y actos adoptados de conformidad con las competencias atribuidas se hará en las condiciones establecidas en los propios tratados». De esa forma, expresamos que el fundamento de la eficacia y primacía de las normas internacionales aceptadas con este fundamento constitucional se encuentra en la Constitución Española misma, lo que no vulnera en la práctica la ortodoxia internacional y, en su caso, europea.

En otro orden de ideas, el primer párrafo actual del art. 93 tiene un ángulo algo restrictivo y debería ampliarse de modo que no solo permita atribuir competencias *ex constitutione*, sino crearlas *ex novo*, en el sentido de que no solo las competencias que prevé la Constitución pueden atribuirse a las instituciones internacionales o europeas, sino aceptar la provisión de competencias nuevas —no absorbidas de la Constitución— con efectos internos. La realidad ha desmentido tozudamente esa limitación constitucional y la ha *desbordado*; fue la base del error del TC al estimar en su declaración de 1992 —ciudadanía europea y derecho de sufragio pasivo— que solo se puede ceder lo que está en la Constitución (el sufragio activo). Frente a esa interpretación literal, simple, que no tiene en cuenta el contexto y finalidad de la integración, la práctica en el día a día de nuestra integración muestra que la atribución de competencias se refiere también al reconocimiento de competencias *nuevas* en favor de las instituciones europeas, aunque tales competencias no se posean por los órganos internos (por ejemplo, la armonización de legislaciones).

Los tratados internacionales que se autorizan con esta base jurídica pueden por igual atribuir competencias existentes o *crear nuevas competencias* en favor de las instituciones comunitarias (la armonización de legislaciones es una competencia inexistente en la CE o en otras europeas) o crear *instituciones* no previstas en la Constitución (por ejemplo, la ciudadanía de la UE o el fiscal europeo) o crear nuevos derechos (elecciones al Parlamento Europeo, libre circulación por todos los Estados miembros, protección diplomática-consular por los otros Estados miembros, derecho de petición ante las instituciones europeas) o extender derechos constitucionales a otras personas —comunitarias o extranjeras— tales como libre circulación y residencia en España, elecciones municipales, derechos sociales, derechos de consumidores y usuarios, etc. De hecho y de *derecho* así ha ocurrido. La futura cláusula europea debería reflejar lo que es normal en la realidad jurídica. Por ello, junto a la atribución del ejercicio de «competencias», cabe añadir «o derechos».

También la soñada reforma constitucional debería eliminar la referencia a la ley orgánica ya para articular la autorización, ya para reflejar la mayoría parlamentaria. Esta es demasiado corta para la trascendencia de este tipo de tratados, al requerir solamente la mayoría absoluta en el Congreso y la simple en el Senado. Y como estos tratados producen *mutaciones* constitucionales evidentes, debemos situarnos en línea con los Estados miembros, que exigen una mayoría reforzada que legitime democráticamente este proceso y lo asimile a la mayoría cualificada mínima necesaria para la reforma constitucional.

La cláusula general completaría y perfeccionaría el párrafo primero de modo que: «Por mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados y mayoría absoluta

del Senado se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuye a una organización internacional el ejercicio de competencias o la creación de nuevos derechos. La aplicación de las normas adoptadas de conformidad con las competencias atribuidas se hará en las condiciones establecidas en los propios tratados».

2) *El párrafo segundo del art. 93*

Este párrafo trató de colmar una laguna que se advirtió en el Senado y que la mayoría parlamentaria de la Unión de Centro Democrático se negó a ver. La Comisión Mixta Congreso-Senado era competente para armonizar diferencias y se extralimitó; aquí no había diferencias entre el texto del Congreso y del Senado, sino acuerdo en no regular la ejecución del Derecho que deriva de la atribución de competencias. Pero eran conscientes de su error, en eso estaban de acuerdo. Y se salvó *in extremis* con ese segundo párrafo, muy defectuoso e incoherente con el propio sistema constitucional. No fue, pues, objeto de debate parlamentario, sino de improvisación de última hora; fue redactado bajo la supervisión y dirección de un presidente de la Comisión Mixta no jurista, y es seguramente el párrafo que más necesitado está de una buena reforma. Un error de bulto de ese párrafo *inventado* es confundir la obligación del cumplimiento de un tratado con la responsabilidad internacional del incumplimiento; y otro concatenado con el anterior es atribuir la responsabilidad internacional a las Cortes o al Gobierno según convenga. Muy fuerte.

Todo Estado —el Estado en su conjunto— es el responsable único de garantizar el cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado en el orden internacional y también este mismo ordenamiento concreta la responsabilidad de forma *exclusiva* al Gobierno de cada Estado, de todo Estado. Un Estado o una organización internacional jamás se han dirigido ni se dirigirán a un Parlamento para exigir responsabilidad; es al Gobierno del Estado. En modo alguno un Parlamento nacional (las Cortes) asumen responsabilidad ante otros sujetos internacionales; sobra esa mención a las Cortes Generales.

Si lo que quiere decir en el art. 93 CE es que los tratados deben ser cumplidos, la obligación de cumplir (distinta de la garantía o responsabilidad internacional) entonces sí afecta a las Cortes y al Gobierno, si bien al igual que al conjunto de poderes del Estado que el art. 93 CE olvidó: Poder Judicial, Comunidades Autónomas, Tribunal Constitucional, municipios, etc.

Igualmente, la expresión «y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión» es pobre e incoherente⁸. Y debería eliminarse en su totalidad. Veamos por qué.

⁸ Siendo cierto que así se denominan las declaraciones que se acuerdan en numerosas organizaciones, sin embargo, precisamente las resoluciones en general no son obligatorias por lo que ni necesariamente hay que cumplir ni garantizar o responder de su cumplimiento —dejando a salvo las contadas resoluciones de la Asamblea General que adquieren por la conjunción de unas condiciones valor consuetudinario obligatorio y las decisiones adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas—. Es probable que el legislador constitucional quisiese referirse al Derecho derivado,

Se debe prescindir del discutible y algo trasnochado término *supranacionales* y hacer un texto más sencillo. También resulta excesivo e incoherente hablar de «titulares de la cesión»; el buen párrafo primero deja claro que *no hay cesión de competencias* propiamente ni puede ni debe haberlas jamás, sino una atribución del ejercicio. No hay titularidad de las instituciones internacionales, sino un efecto sustitución en el ejercicio. No hay cesión, pues siempre cada Estado miembro puede recuperar el ejercicio de todas las competencias atribuidas mediante la retirada de todas o de algunas mediante la reforma de los Tratados. No hay cesión.

Lo adecuado sería la eliminación del segundo párrafo y pensar en estructurar el art. 93 en apartados omnicomprensivos de la apertura internacionalista de España. Y abordar en ellos la identidad política europea de España con apartados nuevos que la expresen y, además, condensen lo que supuestamente se quiso resolver en el actual párrafo segundo y tan mal se hizo. En unos nuevos apartados se encuentra el lugar adecuado para mencionar explícitamente a la Unión Europea y al proceso de integración de Estados y ciudadanos europeos.

La anhelada reforma del art. 93 debe incluir un nuevo apartado —que no debe ser necesariamente el segundo— en el que se reconozca con una fórmula concisa y omnicomprensiva a todos los actores internos (estatales, autonómicos, locales, institucionales, jurisdiccionales, etc.) llamados a participar en el desarrollo y ejecución del Derecho de la UE (para sustituir el párrafo segundo actual). Debemos expresar que el compromiso concreto del cumplimiento del Derecho de la UE compete a todas las instituciones internas en el marco de sus respectivas competencias, sin perjuicio de dar relevancia constitucional a determinadas funciones singularizadas para las Cortes y las CCAA en un apartado posterior. También se debería expresar que estas normas pueden crear derechos y obligaciones directamente exigibles por los ciudadanos ante las autoridades internas.

Por ello, un apartado del art. 93 —sustituyendo el propósito del confuso párrafo segundo actual— debería reconocer algo imprescindible y coherente con el Estado de Derecho europeo que somos: que «el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea corresponde a todos los poderes del Estado en el marco de sus respectivas competencias reconocidas en la Constitución y las leyes. Los Tratados y los actos de la Unión Europea podrán crear directamente derechos y obligaciones en las condiciones previstas en dichos Tratados. Los órganos jurisdiccionales y administrativos españoles garantizarán la salvaguardia de dichos derechos y obligaciones de conformidad con los Tratados, el Derecho derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

Las normas y actos derivados de la UE quedarían así, en principio, al margen de la Constitución Española (no es su patrón de compatibilidad). Su base jurídica es el Derecho de la UE, así como el procedimiento de adopción, los efectos y su control jurisdiccional vienen predeterminados por el *ius commune*. Estaríamos incorporando de forma explícita al bloque de la constitucionalidad el principio de la eficacia

concepto bien preciso y técnico, que también podría utilizarse como opción respecto del inadecuado «resoluciones».

directa y, aunque sin mencionarla explícitamente, el de la primacía, así como el de tutela judicial de los derechos nacidos de una norma comunitaria y la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por su incumplimiento. Estaríamos reconociendo que le atribuimos y reconocemos la competencia de crear derechos y obligaciones y que tendremos el derecho al juez garantizado para su disfrute de conformidad con el juez legal del Derecho de la UE, que es el Tribunal de Justicia de la UE.

Y habría que abordar, por su relevancia constitucional, el papel de las Cortes y de las Comunidades Autónomas.

Ciertamente, el control político sobre la actividad europea del Gobierno se corresponde con el general que deben ejercer las Cortes. No creo que fuera determinante de una nueva dinámica de control aludir a ese específico control, si bien la reciente experiencia del largo periodo del Gobierno en funciones ejerciendo de legislador a través del Consejo de la UE es lo que puso de relieve la insuficiencia de la Ley de Gobierno, y no de la Constitución. No obstante, creo que debe preverse la facultad de las Cortes de velar por el respeto del principio de subsidiariedad y reconocer la participación europea de las CCAA, mención de la que carece actualmente. Por ello, el art. 93 CE debería incluir un apartado específico que reconozca que: «Una ley orgánica regulará la facultad de las Cortes de velar plenamente por el respeto del principio de subsidiariedad y proporcionalidad, así como las modalidades de su participación y control en la actividad de España en el proceso de integración».

La Constitución de 1978 se olvidó de las Comunidades Autónomas tanto para la fase ascendente (participación en la posición de España en la formación de normas europeas) como en la fase descendente (en el desarrollo y aplicación). Todo ello está regulado de forma dispersa mediante acuerdos y normas diversas. Un nuevo apartado de la cláusula europea debería ser el fundamento de una norma orgánica sistemática: se debería reconocer que «las Comunidades Autónomas participarán en la formación y aplicación del Derecho de la Unión Europea con arreglo a sus competencias. Una ley orgánica regulará las distintas modalidades de participación, incluida su presencia directa, cuando sea posible, en las instituciones de la Unión».

3) *La identidad política europea de España*

La Constitución debería explicitar la vocación y compromiso con la integración europea. Y para ello debe incorporar conceptos y elementos fundamentales del Derecho primario de la UE al bloque de constitucionalidad. Esto tendrá importantes y clarificadoras consecuencias para el Derecho interno español y, en especial, para el control por el Tribunal Constitucional.

El sobrio y elegante Preámbulo de nuestra Constitución debe contener una alusión a nuestro compromiso con Europa, añadiendo un nuevo párrafo al último actual, precisamente dedicado a los compromisos del pueblo español con la comunidad internacional. No obstante, esa alusión en el frontispicio constitucional también debería reaparecer en el art. 93 reformado para expresar que España es un

Estado miembro de la UE y nuestro compromiso político por impulsar el proceso de la integración europea.

Nuestra identidad europea debe quedar blindada como parte del acervo constitucional. No es una unión perpetua con la UE, pues España sigue siendo un Estado soberano y la voluntad del pueblo español es la última palabra. No obstante, la ruptura con Europa no puede quedar al albur de una mayoría absoluta del Congreso y simple del Senado y debería contar con un amplio respaldo parlamentario y popular similar al de una reforma constitucional. Hoy, en 2017, una inquietante alianza en el Congreso podría plantear la denuncia de los Tratados por mayoría absoluta o la mera ruptura de la integridad territorial de España por mayoría simple (art. 94.1 en relación con el art. 74.2). La Constitución Española es muy débil y descuidada con la existencia y conservación misma de España.

El nuevo art. 93 debe manifestar que España comparte los valores, objetivos y principios de la UE, lo que justifica y compensa las limitaciones de soberanía. España asume sus obligaciones en la UE con lealtad recíproca en el respeto a nuestra identidad nacional y constitucional. Hay que marcar límites. La Constitución debería reconocer expresamente en ese art. 93 que: «España se compromete a contribuir al proceso europeo de unión de Estados y de sus ciudadanos como Estado social y democrático que comparte los valores, objetivos y principios de la Unión Europea, en un marco de lealtad recíproca y respeto a la identidad nacional proclamada por el título preliminar y título I de la Constitución».

Así, enunciaríamos nuestro compromiso inequívoco, pero también que hay límites a la integración. Desde hace muchos años (1986) sostengo que la atribución de competencias no es ilimitada e incontrolada en ningún Estado miembro. A esos límites, por primera vez, se refería con elegancia la propia declaración del TC de 13 de diciembre de 2004 como límites inevitables materiales no recogidos expresamente en el art. 93 y que derivan implícitamente de la Constitución.

En efecto, las normas de la Unión no podrían afectar a los principios básicos del sistema constitucional de cada Estado miembro (en nuestro caso, el título preliminar: el Estado de Derecho, la unidad nacional, la estructura autonómica, los principios del ordenamiento, etc.) ni a los derechos fundamentales y libertades (título I). Además, el TJUE debe velar por el respeto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, principios que son comunes a las Constituciones de los Estados miembros. En definitiva, la Constitución de cada Estado miembro no es ajena al propio Derecho de la UE y a la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual tiene por misión garantizar «el respeto del Derecho» (art. 19.1 TUE) en la interpretación y en la aplicación de los Tratados y del Derecho derivado. A su vez, los derechos fundamentales protegidos por el orden europeo tienen que dejar de ser *meras* pautas interpretativas y tienen que pasar a ser *Derecho en vigor* del que se deduzcan derechos y obligaciones exigibles ante la sede constitucional. Puesto que el Derecho de la UE es invocable ante los jueces ordinarios españoles, el Alto Tribunal no podrá negarse a garantizar la tutela judicial de un sistema normativo que forma parte del bloque de constitucionalidad.

Igualmente, un nuevo apartado del art. 93 CE debe hacer referencia a los tres grandes bloques normativos de la UE: el mercado interior, el espacio de libertad, seguridad y justicia y la Unión Económica y Monetaria. Y comprometernos con la acción exterior, la seguridad y la defensa de Europa identificando los valores de su política exterior y de defensa. Además, la Constitución de 1978 es pobre en la mención de valores de una política exterior —solo un renglón en el Preámbulo—, y la Unión Europea es nuestro anclaje internacional por excelencia.

La razón es clara: porque se han producido y se seguirán produciendo verdaderas *mutaciones* constitucionales. Baste recordar algo visible para el ciudadano de la calle: la Constitución dice que «el sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad» (art. 149.1.11 CE) es competencia del Estado, lo que ya no se sostiene. No es que haya que derogar ese precepto que tiene su sistemática correcta, pero la *lex specialis* que es el art. 93 CE tiene que reconocer, de forma suave, que la soberanía monetaria es un ámbito atribuido de forma exclusiva a la UE, y de forma concreta al Banco Central Europeo. Lo mismo podría decirse del bloque normativo de control de fronteras (inmigración, emigración, extranjería, asilo). Es competencia del Estado, de España, pero compartida y sujeta a la normativa de la UE. Hay que hacer algún *reajuste* que aluda a los grandes ámbitos materiales de la atribución.

Por todo ello, un nuevo apartado del art. 93 debe reconocer que: «España participará plenamente en la construcción de un mercado interior, en el marco de una unión monetaria, a fin de promover el progreso social y económico de la ciudadanía de la Unión en un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como lograr la solidaridad, la paz y la seguridad en Europa y en el mundo».

En conclusión, la cláusula europea de nuestra Constitución reformada deberá reflejar lo que ya sucede en la realidad normativa y judicial de España después de treinta años de integración exitosa y de lealtad ejemplar. Hay cierto divorcio entre el vigente art. 93 CE y la realidad de nuestro compromiso político y vocación europea. Debemos «normalizar» en la CE lo que es normal para los poderes del Estado y la ciudadanía: la apertura a la Unión Europea. Y por tanto acomodar el art. 93 CE al compromiso real y a la evolución actual y futura: expresar los valores y objetivos que compartimos y *hasta dónde* los compartiremos, es decir, qué resulta intocable ante nuevas reformas de la UE sin una previa reforma agravada o fundamental de la Constitución, así como ante propuestas intempestivas de denuncia de estos tratados y retirada de la UE.

Ni reconocemos constitucionalmente nuestra identidad europea ni la protegemos. Es momento de despejar dudas.

