

El papel de los Tribunales Constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión (*).

Pedro Cruz Villalón

En uno de sus recientes escritos Gil Carlos Rodríguez Iglesias incorpora la fórmula: “El papel de los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”¹. El enunciado no puede ser ciertamente más oportuno en la actual fase del proceso constituyente europeo, en un momento en el que el *papel* de los parlamentos nacionales es objeto de definición en la arquitectura de la Unión² y en la que por lo demás siempre tuvieron el suyo propio tanto los gobiernos como los jueces nacionales³. La cuestión, sin embargo, no es tanto la de si resulta posible abordar el capítulo “Tribunales Constitucionales nacionales” en términos análogos a como se intenta abordar el de los parlamentos nacionales. Lo que de verdad se plantea, y creo que está detrás de la referida fórmula, es la de qué pueda y deba esperarse de estos Tribunales Constitucionales en el futuro inmediato de la Unión⁴.

Quizá fuera lo más sencillo responder que el tema “está verde” y que, por tanto, más vale no tocarlo por el momento. Por otra parte, no cabe desdeñar la posibilidad de que el proyecto de “Constitución” diseñado por la Convención siga adelante y que, a la vuelta de acaso un par de años, haya que quitarle las comillas. Después de todo, a la vista de lo que está ocurriendo con *la primera parte de la operación* –la Carta–, puede que no esté de más rebajar el

(*) Agradezco al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg su hospitalidad y apoyo, una vez más, durante la elaboración de este trabajo.

1 „Die Rolle der Verfassungsgerichte im europäischen Integrationsprozeß“: Primer apartado de la contribución al libro homenaje a Ludwig Adamovich. „Verfassungsgerichte als Gemeinschaftsgerichte?“, en B.-Ch. Funk, G. Holzinger, H. R. Klecatsky, K. Korinek, W. Mantl, P. Pernthaler (Hrsg.), „Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag“, Viena, 2002, pp. 681-692. Cfr., en esta misma línea, Jutta Limbach, „La coopération des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux. Contribution à la redéfinition des rapports entre la cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour européenne des droits de l’homme“, RUDH 12 (2000), 10-12, pp. 369 ss.

2 O „el cometido“, como reza la versión española del Protocolo, en expresión un tanto innecesaria: „Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea“. Convención Europea: „Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa“, presentado al Consejo Europeo reunido en Salónica. 20 de junio de 2003 (CONV 820/03 REV 2), p.63 (en adelante, „Proyecto convencional“).

3 Gil Carlos Rodríguez Iglesias, „Der EUGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union. NJW 53 (2000), 27, 1889-1996.

4 Para una visión de conjunto del problema, tal como en el momento presente se encuentra planteado, cfr. Franz C. Mayer, „Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem“, en, Armin von Bogdandy (Hrsg.), „Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge“, Berlin, 2003, pp. 229 ss.

escepticismo. Y si, por más que pueda parecer prematuro⁵, termina viniendo “la Constitución”, que nunca lo hará solamente de nombre, no estará de más anticipar la tesis y, por lo que hace al caso, ir retomando este capítulo de los Tribunales Constitucionales.

En el corto espacio de estas páginas, y con todas las cautelas que el caso requiere, esbozaré a grandes rasgos, poco más que en forma de tesis, un posible *papel europeo* de la jurisdicción constitucional nacional, en particular ante los procesos de ratificación que de nuevo se avecinan, y tomando como base el referido proyecto convencional tal como fue entregado en Salónica: sin duda se trata de un texto que tiene todavía un buen camino por delante, pero que bien puede que no salga *desfigurado* de la CIG. Como quiera que sea, comenzaré evocando algunas dificultades de partida (I), para a continuación ocuparme de algunos específicos rasgos de la *constitución europea*⁶ (II), de los que pudiera resultar una concreción del referido papel⁷ (III).

I. Algunas dificultades de partida

Que la asignación de una tarea comunitaria a los Tribunales Constitucionales nacionales tropieza con algunas dificultades adicionales en comparación con lo que pueda ser el caso de otros órganos constitucionales nacionales, el más visible de los cuales sería el de los parlamentos nacionales, resulta de una serie de factores bien conocidos, algunos de los cuales merecen la pena ser recordados brevemente.

a) *La estatalidad de los Tribunales Constitucionales*. A primera vista puede parecer paradójico el intento de asignar *un papel* a quienes más bien estarían llamados a jugar un contrapapel, en otras palabras, a quienes aparecen más como antagonistas que como protagonistas del proceso de integración. Esta historia, con sus diferentes incidencias y sus diferentes interrogantes abiertos es lo suficientemente conocida como para que deba ser

5 Pedro Cruz Villalón, „La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo“. REDE 1 (2002) 1, p. 9 ss.

6 A partir de aquí utilizaré la expresión „Constitución de la Unión“ para referirme a lo que hasta ahora han sido los tratados constitutivos y elementos complementarios (cfr., Gil Carlos Rodríguez Iglesias, „Zur ‚Verfassung‘ der Europäischen Gemeinschaft“, en EGRZ 23 (1996), 5/6, pp. 125 ss.); por „Constitución nacional“ entiendo, evidentemente, la Constitución del Estado miembro; finalmente utilizaré la expresión „constitución europea“ (todavía con minúscula) para referirme a la suma de ambas categorías (Gesamtverfassung, constitutio europaea). En sentido similar, Armin von Bogdandy, „Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?“, VVDStRL 62 (2003), p. 157.

7 El papel del propio Tribunal de Justicia, en cuanto él mismo tribunal constitucional, va a quedar fuera de esta reflexión, con las referencias inevitables. Cfr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, „Der Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht“, Bonn, 1992.

recordada de nuevo⁸. Baste decir, sin embargo, que es, como se reconoce⁹, una historia de luces y sombras, en la que acaso se hayan destacado más las segundas que las primeras. No ha sido poco lo que se ha pedido a los Tribunales Constitucionales, en una época en la que no se puede afirmar que se hubiera perdido memoria de los tiempos de *una Europa sin constitución*. Los Tribunales Constitucionales han hecho un considerable esfuerzo por entender e integrar la lógica de la integración europea sin por ello apartarse de su específico cometido, el control de la constitucionalidad *doméstica*.

Todo esto tiene mucho que ver con la *estatalidad* de los Tribunales Constitucionales que, sin duda, no es sino una variante o consecuencia de la propia estatalidad de las Constituciones tal como las hemos venido conociendo¹⁰. Lo que ocurre es que se ha insistido bastante más sobre esta última estatalidad, que no sobre la anterior. Los importantes esfuerzos realizados en orden a integrar los contenidos de los derechos nacionales con las declaraciones y la jurisprudencia supraestatales¹¹ no han conseguido alterar la profunda vocación estatal de los Tribunales constitucionales nacionales. Quiero decir con ello que estos órganos constitucionales han tendido a verse como garantes de una constitucionalidad nacional, de un lado en buena medida nueva y de otro –y en igual medida- pendiente muy particularmente de ellos mismos por lo que hace a las perspectivas de consolidación de aquélla. Los valores de la constitucionalidad de esa comunidad política concreta parecían depender en buena parte de la capacidad de estos Tribunales para disponer de todos los instrumentos que la Constitución nacional les otorgaba para dicha tarea, así como de su falta de predisposición a abdicar de los mismos. En este sentido es en el que cabe hablar de estatalidad: O, si se prefiere, de *introspección*. Habría, en efecto, lugar a apreciar una dimensión introspectiva de estos Tribunales en la medida en que es esencialmente hacia adentro hacia donde dirigen su mirada, en que es *dentro* donde hacen su trabajo, con una herramienta esencialmente *nacional*, la Constitución. Todo ello, cabe reiterar, con independencia de eventuales mandatos de interpretación¹².

En una palabra, y de forma bastante comprensible, los Tribunales Constitucionales han visto en la garantía de la respectiva Constitución nacional la clave de su *identidad*, de tal modo

8 Gil Carlos Rodríguez Iglesias, „Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario“, en: „Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco“. Madrid, 1993, pp. 1175 ss.

9 Loc.cit.

10 Ver así, de modo bastante representativo, Paul Kirchhof, „Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund“, en, Armin von Bogdandy (Hrsg.), cit. n. 4, pp. 893 ss.

11 Cfr. Peter Häberle, „Gemeineuropäisches Verfassungsrecht“, en: Jürgen Schwarze (Hrsg.), „Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas“, Baden-Baden 1998, pp. 11 ss.

que, si dejan espacio para otras consideraciones, ello siempre será en la medida en que la propia Constitución así lo prevea. Y es esencial retener a este respecto que esta actitud no es expresión de una reverencia supersticiosa ante un texto legal, sino que parte de la convicción de lo que la Constitución nacional representa: El esfuerzo colectivo de una comunidad por dotarse de un espacio de libertad, de autodeterminación y de derecho. Sin olvidar que ese esfuerzo es, en bastantes casos y por lo que hace al espacio europeo, más bien reciente. Ahí es donde *están* los Tribunales Constitucionales. Otra cosa será si esa opción estratégica, mayoritaria en el Estado de Derecho europeo, es o no un indiscutible y absoluto acierto, cuestión que queda ahora fuera de nuestro tema¹³.

b) *Los desafíos de la asimetría*. Desde otra perspectiva, tampoco es casualidad que los Tribunales Constitucionales hayan quedado, hasta el presente, fuera del referido esfuerzo de incorporación a la arquitectura institucional de la Unión¹⁴. Pues así como los parlamentos están presentes por definición en todos los Estados miembros, con la misma inexorabilidad que los gobiernos o los jueces, no así los Tribunales Constitucionales, con los que se manifiesta ya el principio no escrito de *asimetría constitucional* de la Unión. El Tribunal Constitucional¹⁵ se sitúa así junto a otros factores de asimetría cual es el caso de la estructura territorial, el sistema de representación política, la forma de Estado, o la propia dimensión formal de la Constitución. Los Estados miembros tienen múltiples –o al menos varias- formas de asegurar la fuerza normativa de su Constitución y, más en concreto, su supremacía sobre el resto de su respectivo ordenamiento jurídico, de entre las que el Tribunal Constitucional es sólo una de ellas: Lo que ocurre es que se trata de la más característica del constitucionalismo europeo y al mismo tiempo la predominante entre los Estados miembros¹⁶, de manera creciente además a tenor de la última¹⁷ y de las previstas¹⁸ ampliaciones.

Se plantea así, de manera previa, el conocido problema de la *heterogeneidad* de las Constituciones nacionales¹⁹. Desde la perspectiva de la Unión, las Constituciones de los

12 Art. 10.2 de la Constitución española. Cfr. Pedro Cruz Villalón, „Die Entstehung einer europäischen Grundrechtsgemeinschaft (Ein spanischer Diskussionsbeitrag)“, en: Klaus Stern (Hrsg.), „40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewährung, internationale Ausstrahlung“. Munich, 1990, pp. 211 ss.

13 Cfr. Alec Stone Sweet, „Governing with Judges. Constitutional politics in Europe“. Oxford, 2002.

14 Parecen por fortuna abandonadas las diversas propuestas de implicar a jueces de Tribunales Constitucionales en un tribunal europeo de conflictos. Cfr. Franz C. Mayer, cit. n. 4, pp. 254 s., con otras referencias; Thomas Giegerich, „Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß. Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung“, Berlín, 2003, pp. 717 ss.

15 Así, Franz C. Mayer, „Asymmetrie der Europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit“, cit. n. 4, p. 274.

16 Así, Tribunal Constitucional de Alemania, de Italia, de Austria, de España, de Portugal, de Luxemburgo, Consejo Constitucional francés y Tribunal de Arbitraje belga.

17 Tribunal Constitucional de Polonia, de Hungría, de Chequia, de Eslovaquia, de Eslovenia, de Letonia, de Lituania y de Malta. Cfr. sobre el caso de Estonia, Thilo Marauhn, „Supreme Court or Separate Constitutional Court: the Case of Estonia“, *European Public Law*, 5 (1999) 2, 301 ss.

18 Tribunal Constitucional de Bulgaria, de Rumania.

19 „dem entscheidenden Verfassungsmerkmal der Union“ (Franz C. Mayer, cit. n. 6, p. 274)

Estados miembros se sitúan, para entendernos, en las antípodas de los Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas españolas –o figuras equivalentes- respecto de la Constitución nacional. Para la Unión la Constitución nacional, en sentido formal, puede existir o no existir, del mismo modo que su *formalidad* puede encontrarse articulada en términos radicalmente diversos²⁰. Y lo mismo cabe decir de su relación con la Constitución de la Unión, planteada *quasi* soberanamente desde el respectivo ordenamiento constitucional²¹. Todo lo contrario, pues, de un Estatuto de Autonomía territorial, que encuentra en la Constitución nacional su definición y alcance. Y qué duda cabe de que el tipo de Constitución determina el tipo de su garantía. Ahora bien, no cabe desconocer que, en el curso de los últimos cincuenta años, se ha ido diseñando un tipo de Constitución claramente mayoritario cuyo exponente más visible es la Ley Fundamental alemana. Ello determina que, aunque no resulte posible formalizar de manera unitaria la articulación de la Constitución de la Unión con las Constitucionales nacionales, sí es posible y necesario generar un esquema abstracto de relación, que habría de encontrar su fundamento en el principio de “cooperación leal”²².

A partir de ahí, la heterogeneidad, ya adelantada, de los Tribunales Constitucionales nacionales es sólo la consecuencia necesaria. Llegados a este punto, sin embargo, lo normal sería abandonar la perspectiva orgánica de la que hemos partido para situarnos en un contexto *funcional*, es decir, el de la garantía jurisdiccional de la Constitución nacional, con independencia de que venga asumida o no por un específico tribunal *ad hoc*²³. Las ventajas en términos generales de una aproximación funcional son indiscutibles, a la vista del protagonismo que han venido asumiendo en esta materia diversos tribunales supremos nacionales²⁴. En esta ocasión, sin embargo, creo que es defendible un enfoque predominantemente orgánico: De un lado, como se ha visto, el Tribunal Constitucional tiene una específica conciencia propia que no permite asimilarlo sin más a un Tribunal estatal de última instancia; de otra parte, y como se verá, la específica articulación de los procesos constitucionales permite configurar su papel con arreglo a pautas más formalizadas en comparación con otros tribunales nacionales de posición equivalente.

La conclusión que hasta aquí se impone es que cualquier cosa que se proponga en relación con el *papel* de los Tribunales Constitucionales nacionales, *en plural*, siempre tendrá un valor relativo, en cuanto efectuada desde una determinada perspectiva *nacional*. Por otra

20 Thomas Giegerich, cit. n. 14, p. 663.

21 Christoph Grabenwarter, „Staatliches Unionsverfassungsrecht“, en: Armin v. Bogdandy (Hrsg.), cit. n. 4, pp. 283 ss. (285 ss).

22 Art. 5.2 del Proyecto convencional.

23 Así, Franz C. Mayer opta por la fórmula „tribunales de última instancia“, cit. n. 4 *passim*.

24 Así, en los casos de Irlanda o Dinamarca Cfr. Franz C. Mayer, cit. n. 4, p. 248.

parte, sin embargo, la circunstancia de que se esté hablando desde la perspectiva de un diseño enmarcado en el modelo mayoritario en la Unión de la garantía constitucional nacional permite esperar una proyección de esta reflexión que resulte plausible más allá del ordenamiento singular del que se parte.

II. El “bloque europeo de la constitucionalidad”

El *papel* de los Tribunales Constitucionales en el seno de la Unión no puede ser abordado sin un acuerdo previo –aunque sea un acuerdo de mínimos y para la época histórica en la que nos encontramos- acerca del orden constitucional europeo. Para no andarme con muchos rodeos, baste decir que parto de una aceptación de principio de la conocida fórmula del “Verfassungsverbund”, originalmente propuesta por Ingolf Pernice y asumida por parte de la doctrina²⁵. A partir, sin embargo, de las categorías del constitucionalismo español de los últimos veinticinco años no me resisto a utilizar, con una intención similar, la expresión “bloque europeo de la constitucionalidad”²⁶. Por supuesto, hay diferencias importantes entre el “bloque de la constitucionalidad” del Estado de las autonomías y el orden constitucional del “Verfassungsverbund”, la más evidente de las cuales sería la ausencia en este último del principio de jerarquía. Sobre la base del reconocimiento de estas diferencias, entiendo que la expresión citada tiene la decisiva ventaja de ofrecernos un paradigma –plenamente operativo en el interior de uno de los Estados miembros- de canon complejo de control de normas, de forma no muy diferente a como, en el ámbito institucional, está operando el paradigma *Bundesrat*.

a) A los imprescindibles efectos de la indagación que nos ocupa conviene señalar algunos principios²⁷ o, si se prefiere, criterios que pueden facilitar la tarea de configurar un papel de los Tribunales Constitucionales. En este sentido, comenzaría proponiendo el reconocimiento recíproco de un principio o *criterio de singularidad*. Con arreglo al mismo, la Constitución de la Unión pasaría a reconocer la absoluta especificidad –en este sentido, singularidad- de la Constitución nacional como parte del ordenamiento jurídico nacional, en

25 Ingolf Pernice, „Bestandsicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, en: Roland Bieber/P.Widmer (Hrsg.), „L’espace constitutionnel européen“, 1995, p. 262; Anne Peters, „Elemente einer Theorie der Verfassung Europas“, Berlín, 2000, pp. 205 ss.; Christoph Grabenwarter, cit. n. 21, pp. 335-337; Franz C.Mayer, cit. n. 4, pp. 262 ss.

26 Cfr. Louis Favoreu/Francisco Rubio Llorente, „El bloque de la constitucionalidad“, Madrid, 1991.

27 Sobre la tarea de construcción de una dogmática del Derecho constitucional de la Unión („das europäische Verfassungsrecht als Gebiet und Disziplin zu schaffen und näher zu umschreiben“), cfr. Armin von Bogdandy, „Europäische Prinzipienlehre“, en: id. cit. n.4, pp. 149 ss.

tanto la Constitución nacional reconocería la absoluta especificidad, desde su propia perspectiva, de la Constitución de la Unión dentro del conjunto del Derecho *extraestatal* incorporado al propio ordenamiento. Singularidad quiere significar aquí, por tanto, sigularidad como fuente del Derecho, su condición de única en su género. Entiendo que esta nota de singularidad no se encuentra, como regla, suficientemente afirmada en ninguno de ambos ámbitos. Desde la perspectiva de la Unión, la línea divisoria que *–pro futuro–* debe separar a la Constitución nacional respecto del resto del Derecho nacional puede ser marcada mucho más nítidamente de lo que ha venido siendo el caso hasta ahora²⁸. Del mismo modo, algunos ordenamientos, entre ellos el español, pueden hacer un importante esfuerzo a la hora de distinguir entre la Constitución de la Unión y, para empezar, el Derecho de otras organizaciones a las que se haya atribuido o se pueda atribuir “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”²⁹.

Aplicado a las Constituciones nacionales, el criterio de singularidad exige, pues, la renuncia por parte de la Constitución de la Unión a tratar a la Constitución nacional como un elemento más, indiferenciado, de los ordenamientos nacionales, sobre el que el principio de primacía vendría a proyectarse como sobre cualquier otra norma de aquéllos. Dicho de otra manera, la forma como un Estado miembro articula su propia Constitución y configura la posición de la misma en el conjunto de su constitucionalidad, debe entenderse parte integrante de la “identidad nacional”³⁰. Aplicado, por fin, a la Constitución de la Unión la singularidad implica que las Constituciones de los Estados miembros reconocen la absoluta especificidad de esta norma respecto de cualquier otro Derecho de origen convencional: La Constitución de la Unión, en efecto, marca y define de manera singular y única al Estado miembro, al igual que a su propia Constitución nacional, que no será ya la misma.

b) El otro principio o criterio que conviene en esta ocasión subrayar es el que podríamos calificar como “*metaconstitucionalidad recíproca*”. Tanto la Constitución de la Unión (art. 6.1 TUE; artículo 2, inciso segundo, del Proyecto convencional³¹), como la Constitución nacional (paradigmáticamente, artículo 23 GG)³² contienen mandatos que se

28 Vease, como expresivo botón de muestra, el modo absolutamente indiferenciado como aparece redactada la „cláusula de primacía“ en el Proyecto convencional (en la versión en castellano, habría que añadir): „La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros“ (Art. 10.1).

29 Artículo 93 de la Constitución española (cláusula genérica de apertura). Es claro que con esta sola y exclusiva base no cabe avanzar mucho en la determinación de la singularidad como norma de la Constitución de la Unión desde esta perspectiva nacional.

30 Art. 5.1 del Proyecto convencional.

31 „La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación“.

32 Ver los distintos supuestos en, Christoph Grabenwarter, cit. n. 21, pp. 297 ss.

proyectan recíprocamente sobre el orden constitucional *del otro*, configurando en este sentido lo que podríamos calificar como una metaconstitucionalidad que opera en sentido recíproco, generando tendencialmente *estabilidad* constitucional³³. Este principio o criterio supone que la Constitución de la Unión puede legítimamente decir algo sobre el orden constitucional de los Estados y, a la inversa, la Constitución nacional puede pronunciarse legítimamente sobre el orden constitucional de la Unión. A este respecto es esencial que estos *metacontenidos* coincidan materialmente, en otras palabras, que las exigencias que un orden dirige a otro coincidan entre sí, al menos tendencialmente. Cualesquiera contenidos adicionales (e.g., subsidiariedad) deben verse como excepcionales, por su potencial distorsionador o cuando menos de incremento de la complejidad. Lo importante en todo caso es entender el sentido de estas cláusulas, la salvaguardia y legitimidad del conjunto del orden constitucional europeo. Pues bien, el solo enunciado de este principio anuncia ya un posible *papel*, tanto de los Tribunales Constitucionales como del Tribunal de Justicia, en definitiva, del sistema europeo de jurisdicción constitucional, sobre el que habrá de volverse inmediatamente.

c) Por último, y siempre sobre la previa base del anterior principio o criterio, se plantea la afirmación de un principio o criterio, este ya no recíproco, de *adaptación*³⁴ de la *Constitución nacional* a la Constitución de la Unión, criterio que, tras lo que se acaba de decir, sólo puede ser relativo, pero no por ello menos operativo como regla³⁵. Es claro que la propia lógica del sistema lleva a reclamar una conducta de adecuación de las Constituciones nacionales a las sucesivas reformas que, hasta el presente y seguramente en el futuro, van caracterizando al proceso de integración europea³⁶. No es necesario argumentar mucho para entender que las eventuales contradicciones que puedan ir surgiendo entre una Constitución de la Unión *en marcha* y una pluralidad de Constituciones nacionales sólo pueden resolverse, como regla³⁷, a través de una adaptación de éstas a aquélla, y no de otro modo. Este principio de adaptación anuncia igualmente un posible *papel* de los Tribunales Constitucionales en la constitución europea.

En conclusión, por lo que a este punto respecta: Parece necesario avanzar en la configuración de unas reglas de juego, escritas o no, entre la Constitución de la Unión y las Constituciones nacionales, que podrían parecerse a los principios o criterios más arriba

33 Ibid. p. 336: „System wechselseitiger Stabilisierung“.

34 Sobre el concepto de adaptación (Anpassung), *ibid.*, cit. n. 4, pp. 283-284.

35 Thomas Giegerich, cit. n. 14, p. 685.

36 *loc. cit.*: „Deber de los Estados miembros de efectuar una reforma constitucional conforme con el Derecho comunitario“.

37 Habría lugar así a formular un principio de “resistencia relativa”, no incondicional, de la Constitución nacional frente a la Constitución europea (“vorrangsfeste Bestände” y a la inversa “bedingtes Vorrangsprinzip”: Franz C. Mayer, cit. n. 4, p. 273).

enunciados, a partir de las cuales se diseñaría, casi naturalmente, un *papel europeo* para los Tribunales Constitucionales nacionales.

III. El control de la “constitucionalidad europea”

Al menos tratándose de Europa, no debe extrañar que a una estructura constitucional compleja corresponda un sistema complejo de jurisdicción constitucional en el que tanto el Tribunal de Justicia como los Tribunales Constitucionales habrán de desempeñar un papel propio. Y es que, en la medida en que las Constituciones nacionales continúen cumpliendo una función decisiva en cada uno de los Estados miembros y, por consiguiente, en el orden constitucional europeo, habrá que contar con estos órganos constitucionales que, de modo tan característico, dan el perfil del Estado de Derecho tanto en la *vieja* como en la *nueva* Europa³⁸. Por lo que hace, sin embargo, al *papel europeo* que podría corresponderles cabe identificar, en primer lugar un objetivo general y, en segundo lugar, una pluralidad de formas de articulación.

a) *El objetivo: La generación de un espacio constitucional europeo.* “Control de la constitucionalidad europea” puede ser una fórmula adecuada para designar los distintos instrumentos que pueden contribuir a lograr un *espacio constitucional europeo*³⁹ sometido a reglas, pacificado y, en ese sentido, alejado de la especie de *estado de naturaleza* en el que, al menos principalmente, se encuentra. Lo que singularizaría, por tanto, a este modo de control es que no se proyecta, como fórmula, sobre la garantía, sin más, de la supremacía de este orden constitucional complejo sobre el resto de los respectivos ordenamientos, sino que estaría dedicado a generar, *en su propio interior*, un espacio tendencialmente despejado de disfunciones. En este sentido habría que comenzar por reconocer que este espacio constitucional de algún modo ya existe: Lo que ocurre es que se trata más bien de una situación resultado de un afortunado estado de cosas que no la consecuencia de una ordenación vinculante. La cuestión es, pues, si resulta viable una *racionalización* en este ámbito⁴⁰.

b) *Las formas de articulación.* Por lo que hace ya al modo de alcanzar este objetivo, y ciñéndonos a los Tribunales Constitucionales nacionales, cabría distinguir tres supuestos⁴¹. En primer lugar, el control preventivo, que tiene lugar antes de encontrarnos con dos normas con la

38 Sobre el Tribunal Constitucional Federal como modelo („Modellcharakter“), cfr. Peter Häberle, „Das Verfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit“, en: Peter Badura und Horst Dreier (Hrsg.), „Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht“, Tubinga, 2001, pp. 311 ss. (321 ss.).

39 Tomo la expresión, con un sentido más específico, del título de la obra colectiva, Roland Bieber/Pierre Widmer, „L’espace constitutionnel européen“, cit. n. 25.

40 Así, Franz C. Mayer, cit. n. 4, p. 253.

41 Cfr. Christoph Grabenwarter, cit.n. 21, p. 329.

misma pretensión de validez, la Constitución de la Unión y la Constitución nacional; en segundo lugar, el control sucesivo entre dos normas vigentes, con la consiguiente necesidad de principio de acudir a la regla de la primacía; en tercer lugar, la garantía recíproca de la constitucionalidad, como cláusula última de salvaguardia.

aa) *En el umbral de la primacía: El control previo.* Desde una perspectiva que hay que reconocer *típicamente europea* en el sentido cultural de la palabra, se plantea el objetivo, o por lo menos la tentación, de eliminar de manera general y abstracta *–ex ante–* cualquier contradicción que pueda surgir entre los dos órdenes constitucionales, el nacional y el europeo. Esta labor, sin duda, y en medida variable según su configuración concreta, puede suponer un alejamiento de la función jurisdiccional, pero por otra parte ofrece indudables ventajas en el marco de un sistema constitucional como el emergente en Europa, que rehuye el principio de jerarquía en su configuración clásica. Ello no supone excluir de manera apriorística la posibilidad de que las contradicciones puedan surgir *ex post*, pero sí parte de la conveniencia de que las mismas queden identificadas antes de que el conflicto tenga lugar entre dos normas igualmente vigentes. Dos subtipos o supuestos de control cabe aquí, a su vez, individualizar: el que toma como punto de partida una reforma de la Constitución de la Unión, y el que parte de una reforma de la Constitución nacional.

Empezando por el primero, lo esencial a destacar en este punto es que la expresión misma (control previo de la Constitución de la Unión) es engañosa desde el momento en que el sentido de esta función no es, en la normalidad de los casos, la preservación del contenido de la norma constitucional nacional, sino más bien el de hacer operativo el principio o criterio de adaptación de la Constitución nacional a la prevista reforma de la Constitución de la Unión. Lo que se persigue es, pues, despejar el camino a la reforma de la Constitución de la Unión antes de que deba operar el principio de primacía. El artículo 95 de la Constitución española ofrece un buen ejemplo a partir de sus conocidos dos apartados: mandato genérico de adaptación previa a los tratados, seguido de la posibilidad de recabar el parecer previo del Tribunal Constitucional. El único supuesto de aplicación ocurrido hasta el presente⁴², pone claramente de manifiesto la atención a los dos objetivos de este mecanismo: Posibilitar la inserción de España en los avances de la integración, evitando la transgresión de la Constitución nacional⁴³.

42 „Declaración“ de 1 de julio de 1992 acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución Española y el art. 8 B, apartado 1 del TCCEE en la redacción que resultaría del art. G B, 10 del Tratado de la Unión Europea.

43 Naturalmente, el Tribunal Constitucional no es insustituible en esta función: El Parlamento puede por sí apreciar la necesidad o no de reforma: Pero no cabe duda de que en la medida en que puede corresponderle un control sucesivo, incidental o abstracto, la lealtad tanto a una como a otra Constitución llevaría a pedir una Declaración del Tribunal Constitucional. Todo parece indicar que el mecanismo debe ser utilizado de nuevo con

Junto a este tipo de control previo en sentido formal deben tomarse aquí en consideración las formas de control que operan sobre los actos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado de obligarse, pero antes de que los mismos sean eficaces⁴⁴. Los procesos nacionales de ratificación de la nueva reforma en ciernes volverán a poner de manifiesto la relevancia de este modo de control.

El segundo de los subtipos, concerniría al control previo de las reformas de la Constitución nacional, se entiende de aquéllas no condicionadas ya por una reforma de la Constitución de la Unión. En pura lógica, el control previo de la reforma de la Constitución de la Unión debe tener su exacta correspondencia en un control previo de la reforma de la Constitución nacional. Pues está claro que la Constitución de la Unión, tal cual en cada momento es, se erige en un límite material de principio al poder nacional de reforma constitucional. La idea de partida es, como se indicaba, la de que el constituyente nacional es ya un constituyente limitado, en la medida en que sólo puede moverse en el ámbito que le permite la Constitución de la Unión (en este sentido, *autonomía constitucional*). El deber de mutua lealtad en el seno de la Unión implica que no se impulse una reforma de la Constitución que nazca en contradicción con el Derecho de la Unión.

Ahora bien, el sólo enunciado de esta pretensión pone de manifiesto la dificultad de esta variante de control previo, en particular en un contexto como el español que no reconoce otro derecho aplicable a la reforma que no sea el procedimental, y aun éste carente de un proceso de control⁴⁵. Y es que los Tribunales Constitucionales nacionales no son hoy por hoy “intérpretes supremos” de otra Constitución que no sea la nacional. Formalmente, en el caso español, podría ser suficiente con “darle la vuelta” al artículo 95 CE, es decir, prever la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie de forma previa sobre los proyectos de reforma cuya *uropeidad* sea dudosa. Desde un punto material, sin embargo, no se oculta la trascendencia de una previsión constitucional de este tipo.

bb) *Primacía y control sucesivo: La configuración de un privilegio jurisdiccional de la Constitución nacional.* Dado que la capacidad del control previo en orden a garantizar este espacio constitucional es limitada, forzoso es dar entrada, al menos como hipótesis, a la posibilidad de que la Constitución de la Unión deba afirmar su primacía sobre la Constitución

ocasión de la actual reforma. Apenas hace falta decir que coincido con Francisco Rubio Llorente, “El referéndum superfluo y el necesario”, “El País”, 11 de julio de 2003.

44 Así, típicamente, el recurso de amparo frente a la ley de autorización de la ratificación del Tratado de Maastricht con anterioridad a su promulgación por el Presidente Federal (Sentencia de 12 de octubre de 1993, BverfGE 89, 155, 164-165).

45 Muy otro es el contexto en las Constituciones con cláusulas de limitación material, como es el caso de la Ley Fundamental, donde el control material de la reforma de la Constitución se encuentra perfectamente asimilado.

nacional, como pretensión legítima en la generalidad de los casos⁴⁶. La cuestión, por tanto, no es tanto la de discutir esta inexorabilidad de principio cuanto la de *articularla*. Articular la operatividad –como regla- del principio de primacía frente a la Constitución nacional implica en mi opinión tratar de localizar un expediente distinto a la pura y simple aplicación judicial preferente con la que se opera frente a la ley nacional. Se trataría, en otras palabras, de identificar un tratamiento específico para el caso de que la primacía deba proyectarse sobre la Constitución nacional.

Ante esta hipótesis, ¿sería mucho pedir la configuración de un “privilegio jurisdiccional” para la Constitución nacional? Dicho de otra manera, ¿podría tolerar el funcionamiento de la Unión la previsión, en determinados ordenamientos nacionales, de alguna cautela procesal que evitara el automatismo de la aplicación judicial preferente del Derecho comunitario? “Privilegio jurisdiccional” no podría equivaler en este caso al conocido “monopolio de rechazo”, sino algo bastante menos acostumbrado. Con todas las dudas que el caso plantea, una posible configuración de este tratamiento singular de la Constitución nacional podría consistir en disponer la extensión del deber judicial de plantear la cuestión de inconstitucionalidad –o equivalente- en aquellos supuestos en los que en principio se planteara la inaplicación –en favor del Derecho comunitario- de una norma nacional con rango de ley que *parezca* ser consecuencia directa de un mandato constitucional (en términos de algún modo análogos a la “cuestión interna” española⁴⁷): Si la ley que el juez nacional debe dejar sin aplicación *parece*, por tanto, derivar necesariamente de la Constitución nacional, habrá de plantearse esta especie de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual tendrá así la posibilidad de comprobar si es posible efectuar una interpretación de la norma legal (y en último término también del precepto constitucional del que es consecuencia) que no entre en contradicción con el Derecho europeo, tal como resulta –cabría añadir- de la interpretación del Tribunal de Justicia. En caso contrario...comenzarían las dificultades: Una posibilidad podría ser entonces la de que el Tribunal Constitucional planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁴⁸, de tal modo que a éste todavía le quedase la posibilidad de efectuar una interpretación conforme del Derecho comunitario que evitara la

46 Habrá que ver, como todo lo demás, cómo queda al final –y si queda- la cláusula de primacía en el Proyecto convencional. Y, sobre todo, cómo y por quién o quiénes es interpretada. En todo caso, su comprensión en términos de aplicación preferente (“Anwendungsvorrang”) no cambia mucho las cosas para la Constitución nacional. Posiblemente una de las consecuencias indirectas más relevantes de la constitucionalización formal es la casi inevitable transformación del principio jurisprudencial de primacía en cláusula constitucional de primacía: Pues es difícil que una Constitución lo sea y al mismo tiempo deje estos detalles para la creación judicial del derecho.

47 Art. 55.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Cfr. Joaquín Urías, „La cuestión interna de inconstitucionalidad“. Madrid, 1996.

contradicción con la Constitución nacional (tal como el Tribunal Constitucional nacional viniera entendiéndola). Si ello tampoco fuera posible...crecerían las dificultades: A la vista de este *nudo gordiano*, cabría proponer aún que el Tribunal Constitucional nacional estuviera habilitado para dejar en suspenso el precepto constitucional considerado incompatible con el Derecho comunitario en tanto se produce la reforma de la Constitución nacional⁴⁹. Forzoso es, por lo demás, reconocer que todo esto no parece viable sin fuertes dosis de lealtad mutua por parte de ambos órdenes de tribunales.

cc) *Por último, la “garantía recíproca de la constitucionalidad”*. En la teoría del Derecho constitucional nacional hay cierta afición a descubrir “cláusulas de cierre”. No estoy seguro de que deba calificarse así una última función que cabría calificar como “garantía recíproca de la constitucionalidad”, pero sí es la que debe cerrar esta exposición. Como es claro, esta función sería inmediata consecuencia de la referida presencia de una “metaconstitucionalidad recíproca” y supondría la participación de estos Tribunales en los supuestos excepcionales en los que dicha supranormatividad se encuentre cuestionada. Al igual que a la inversa, claro es, por parte del Tribunal de Justicia. Ahora bien, conocido es como la articulación de la Constitución de la Unión (tanto la existente como la prevista) en este punto no configura una garantía jurisdiccional, sino por el contrario política⁵⁰. Del lado nacional, a juzgar al menos por el caso alemán, la lógica del sistema llevaría a la intervención del Tribunal Constitucional. Hay que ser desde luego conscientes de los enormes peligros implícitos en una implicación del Tribunal de Justicia en estos procesos; pero no será fácil negar que algunas ventajas también se derivarían para el conjunto del sistema⁵¹. En todo caso parece claro que este sistema multilateral de metaconstitucionalidad plantea una pretensión de judicialización que deberá ser atendida de un modo u otro.

Para terminar: Emprendido el camino de la constitucionalización -casi puede decirse que hasta sus últimas consecuencias-, la proyección de la prevista cláusula de primacía sobre la Constitución nacional no puede seguir situada en la confluencia de proposiciones del género “no tiene necesariamente que ocurrir”, o “esperemos que no ocurra”: Tal cosa sólo podía

48 Sobre supuestos de planteamiento de cuestión prejudicial por Tribunales Constitucionales o equivalentes, cfr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, cit. nota 1, pp. 683 ss.; Franz C. Mayer, cit. n. 4, pp. 234 ss.

49 El caso de las mujeres en la Bundeswehr puede ser enormemente aleccionador en todo este contexto. Cfr. Armin A. Steinkamm (Hrsg.), „Frauen im militärischen Waffendienst. Rechtliche, politische, soziologische und militärische Aspekte des Einsatzes von Frauen in den Streitkräften unter besonderer Berücksichtigung des Deutschen Bundeswehres und des Österreichischen Bundesheeres, Baden-Baden, 2001, en particular, Peter Dreist, „Zu guter Letzt – rechtzeitige Verfassungsänderung für den Waffendienst von Frauen in der Bundeswehr, pp. 546 ss.; cfr. Igualmente, Volker Epping, „Frauen zur Bundeswehr! – Zu den Konsequenzen der Entscheidung des EuGH vom 11. Januar 2000 in der Rechtssache Tanja Kreil gegen die Bundesrepublik Deutschland -“, Der Öffentliche Dienst 53 (2000), 8-9, pp. 188 ss.

50 Art. 7 TUE, art. 58 del Proyecto convencional.

pretenderse cuando no estábamos por la Constitución. Ante el futuro constitucional de la Unión, el papel de los Tribunales Constitucionales nacionales debe orientarse hacia la generación de un *espacio constitucional europeo*, capaz de ir superando el estado de naturaleza en el que, de otro modo y al menos en su planteamiento de partida, van a cohabitar de momento *veinticinco más una* Constituciones. Quizá demasiadas, y seguramente también demasiados Tribunales Constitucionales: Pero esto último tiene más difícil remedio.

51 Cfr., sobre el supuesto más próximo hasta ahora producido, las sanciones contra Austria, Franz Schorkopf, „Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich“, Berlin, 2001.