

DE LA CLÁUSULA SIN NOMBRE A LA IDENTIDAD EUROPEA DE ESPAÑA

Por la Académica de Número
Excma. Sra. D^a. Araceli Mangas Martín*

1. LA CLÁUSULA SIN NOMBRE

Cuando se redactó la Constitución de 1978, además de la preocupación por elaborar un modelo constitucional que nos homologase al resto de Estados democráticos occidentales, se hizo sentir la necesidad de un precepto específico que habilitase al Estado, a España, para consentir la atribución del ejercicio de competencias soberanas a fin de poder aspirar a ingresar en las, entonces, Comunidades Europeas al tiempo que protegiese los efectos propios del Derecho de la Unión Europea (UE)¹ en España.

La motivación primera de la inserción de una *cláusula de apertura a la integración europea* era política y, por tanto, fundamental como motor del cambio de la dictadura a la democracia. La segunda razón era técnica y trataba de articular las relaciones entre la soberanía nacional y el derecho interno —fruto de esa soberanía— con las atribuciones del ejercicio de competencias constitucionales que se tendrían que hacer a las instituciones europeas junto con la aceptación de la aplicación obligatoria, inmediata y preferente del ordenamiento de la UE.

Además, la adhesión a estos tratados era y es un acto complejo. De un lado, porque el nuevo Estado debe aceptar todo el acervo o conjunto de normas en vigor adoptadas antes de su adhesión y en cuya adopción no ha parti-

* Sesión del día 6 de marzo de 2018.

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”.

cipado. De otro, porque se compromete a partir del ingreso a aceptar y cumplir todos los actos que adopten las instituciones por los procedimientos de mayorías propios y con los efectos previstos en los Tratados.

Todas las constituciones de los Estados miembros —entonces diez Estados— dedican un precepto singular que articula la cohabitación del ordenamiento nacional con las exigencias del Derecho de la UE relativas a la primacía y eficacia directa e inmediata de las normas originarias y derivadas. La Constitución española también habría de tener un artículo bisagra como lo ha sido el art. 93 CE.

El primer borrador filtrado a la prensa del texto constitucional ya incluía un precepto bisagra: «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 del anteproyecto que llegó a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso: «Se podrá atribuir por un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho internacional, en régimen de paridad» (art. 6. 3º)².

Obsérvese que se pierde el término más adecuado de “competencias” y, además, el procedimiento de aprobación más exigente y adecuado a tamaña atribución del ejercicio de competencias.

Conviene recordar que los debates en el Congreso (comisión y pleno, muy escasos a excepción de las intervenciones y propuestas de enmienda del diputado Jordi Solé Tura) y en el Senado (muy amplios y de gran altura) sobre el actual art. 93 se limitaron a su primera frase³, pues la segunda frase del vigente art. 93 fue objeto de la invención *in extremis* de la Comisión Mixta Congreso-Senado que debió limitarse —y no lo hizo como es evidente— a fin de armonizar el texto de una y otra fase parlamentaria.

En efecto, la Comisión Mixta aceptó las modificaciones del Senado y, además, añadió un párrafo *ex novo*: la frase segunda del artículo 93.

Hay que reconocer que ni en el borrador inicial ni en ninguna de las versiones en las que evolucionó su redacción definitiva nunca se mencionó en

² *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, 5 de enero de 1978. http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF

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 1978:2322-2327 y núm. 63 (30 de septiembre de 1978):3148-3151.

el texto del precepto debatido 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 Plenos del Congreso y Senado de la época no deja espacio a la duda sobre lo que el constituyente español tenía en mente y mencionaban en los debates con claridad y fruición: la anhelada adhesión a las Comunidades Europeas.

Era la “cláusula europea” aunque sin nombrar a Europa. La cláusula sin nombre, sin rostro, pero sin duda de muchas caras.

2. LA CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DEL ART. 93

La Constitución española solo se ha reformado dos veces, y siempre a causa de la integración europea, aunque en circunstancias procedimentales y jurídicas distintas. Y se debe precisar que la evolución de la integración, mediante las periódicas reformas de los Tratados, ha suscitado además la utilización por dos veces del mecanismo constitucional de *control previo de la constitucionalidad* de los tratados —previsto en el art. 95 CE— originando dos importantes pronunciamientos en forma de Declaración —si bien de naturaleza obligatoria— por parte del Tribunal Constitucional a requerimiento del Gobierno de España e inducido a ello por sendos dictámenes del Consejo de Estado para examinar la eventual reforma de la Constitución.

No es un precepto perfecto, no, en especial por su segunda frase. Es cierto que el art. 93 no tenía/no tiene defectos relevantes en su primera frase. Es conciso y muy técnico, de buena factura; 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 abstracto, generalista para diversas situaciones, sin concesiones a los ideales y valores europeístas, si bien entonces tampoco había excesivas referencias a esos valores en otras constituciones de Estados miembros. No obstante, por conciso es quizás poco expresivo y didáctico de los efectos del derecho de la Unión sobre el sistema jurídico español.

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 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 (dado que no habían pre-

visto en la Constitución aprobada en 1976 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 muchas y nuevas atribuciones de ejercicio de soberanía nacional en la media docena de reformas de los tratados de la UE en las que se han acometido comprometedoras atribuciones de competencias que afectan a núcleos básicos de la soberanía nacional, aunque no sin dificultades de interpretación.

La capacidad de adaptación (resiliencia en expresión *cursi de moda*) del art. 93 ha tenido algunos límites.

En efecto, en una primera ocasión el art. 93 CE no resistió al innovador Tratado de Maastricht de 1992 —verdadero salto cualitativo en la integración— y España tuvo que modificar su Constitución. Posiblemente, no tanto por exigencia de los compromisos europeos como por una deficiente hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional. El Consejo de Estado no vio problema alguno como tampoco la doctrina administrativista e internacionalista, pero para prestigiosos constitucionalistas sí había inconstitucionalidad y agravada. El Gobierno se hizo eco del debate doctrinal e inauguró la previsión del art. 95 CE del control previo de constitucionalidad⁴.

Había pues incompatibilidad —a juicio del Alto Tribunal— entre el art. 13.2 de la Constitución, que solo permitía el sufragio activo de los extranjeros si mediaba ley o convenio, con el Tratado de Maastricht que exigía consentir el sufragio activo y pasivo, sin que le sirviera para nada el apoderamiento de competencias del art. 93 CE. El Tribunal Constitucional limitó los daños en la medida en que interpretó que la reforma constitucional no sería por el procedimiento

⁴ 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 Tribunal Constitucional (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 de la C.E. (que excluía este derecho para los *extranjeros*). El Tribunal Constitucional, en una discutible Declaración de 1 de julio de 1992 (B.O.E. 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 de la Constitución no permitía el voto de los extranjeros, calificación aplicable sin matices a los comunitarios según el TC en la época. Así que las Cortes Generales aprobaron la primera reforma de la Constitución modificando el artículo 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.

agravado (disolución de Cortes, elecciones, referéndum), añadiéndose “y pasivo” al art. 13.2 CE. Fue la primera reforma de la Constitución española.

La segunda sospecha de incompatibilidad vino algunos años después; sería el —después fracasado— «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» de 29 de octubre de 2004, lo que impulsó al Gobierno de la Nación a requerir al Tribunal Constitucional. El estímulo llegó por las dudas del Consejo de Estado sobre su compatibilidad con la Constitución y las limitadas potencialidades del art. 93 CE en materias como la proclamación explícita de la primacía del Derecho de la UE y la Carta de los Derechos Fundamentales. Ante esas dudas razonadas el Gobierno decidió requerir al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre la suficiencia del art. 93 CE.

El Tribunal Constitucional constató, con acierto y fundamento suficiente, en su Declaración de 13 de diciembre de 2004⁵ que la primacía se limita a los ámbitos cuyo ejercicio es atribuido a la UE y que su formulación explícita en aquel fallido Tratado no alteraba la primacía que ya había aceptado España en 1986; a su vez, que la inserción de la Carta de Niza no planteaba, 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.

Si traigo a colación ese segundo control de la constitucionalidad de un tratado europeo *non nato* es por mostrar cómo una buena hermenéutica del Tribunal Constitucional, que extrajo las potencialidades del art. 93 CE, permitió superar las dudas⁶.

La segunda, y de momento la última, reforma constitucional es de nuevo de origen europeo y afecta al art. 135 CE. Vino exigida por una decisión política de la UE que se articuló más tarde en 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 las obligaciones en materia de disciplina presupuestaria que, por cierto, no podía absorber ni acoger el art. 93 CE⁷.

⁵ BOE de 4 de enero de 2005.

⁶ El Tribunal Constitucional 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.

⁷ Esta segunda reforma de la Constitución de 1978 no vino precedida de ninguna reforma europea que exigiera un acondicionamiento de la Constitución. Fue para evitar el rescate financiero de España

3. DEFECTOS E INSUFICIENCIAS DEL ART. 93 CE

Más allá de los tres grandes problemas suscitados y saldados con dos reformas constitucionales y otra bien abortada por el Tribunal Constitucional, el art. 93 CE ha resistido numantamente ajeno a la evolución jurídico-política de la Unión Europea y del mundo (como lo evidenciaron las reformas constitucionales en muchos Estados con ocasión de la ratificación del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional).

No cabe criticar al 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 a la Unión 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, 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 (por ejemplo, la CPI). Además se trataba de que sirviera para futuras reformas de los tratados de la UE —como así ha sido—⁸.

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 2007-08 afectó a España por los excesos y velocidad de endeudamiento del Gobierno lo que llevó a la UE y a EEUU a exigir una reforma constitucional exprés que incluyera la obligación de disciplina presupuestaria.

Más exactamente se exigió a España que se anticipara en 2011 a la reforma que en materia de disciplina presupuestaria se estaba pergeñando en el que más tarde sería el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza —TECG— de 2012. España incluyó la regla del equilibrio presupuestario mediante la reforma del art. 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (*BOE* de 27 de septiembre de 2011).

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).

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 "*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*, Compiladora A. MANGAS MARTÍN, Madrid, Ed. Tecnos, 2017, 21ª ed., XII.i.13:646

⁸ 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

La reforma del art. 93 es hoy, pues, muy aconsejable, si bien reconozco que no es el problema mayor de nuestra Constitución de 1978, ni del debilitamiento de la democracia en España, ni del oscuro sistema de distribución de competencias.

Caben, pues, algunas mejoras.

3.1. La primera frase del art. 93 CE

Un apartado de la futura cláusula de apertura debe seguir siendo *sin nombre* o sin 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, tales como la paz, seguridad, solidaridad, respeto mutuo entre los pueblos, respeto a la Carta de NNUU...).

También una eventual reforma debería eliminar la referencia a la Ley Orgánica ya sea 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.

Además, la primera frase del vigente art. 93 tiene un ángulo algo restrictivo por lo que debería ampliarse de modo que no sólo permita atribuir competencias *ex constitutione* sino crearlas *ex novo*, en el sentido de que no sólo 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 Constitución parece que solo permite atribuir el ejercicio de competencias que ya estén en la CE y no crear nuevas competencias ni nuevos derechos ni nuevas instituciones. La realidad ha desmentido tozudamente esa limitación constitucional y la ha *desbordado*; fue la base del error del Tribunal Constitucional 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).

de Tratados por los que se atribuye...” porque, a juicio del enmendante —el inolvidable administrativista Sebastián Martín-Retorcillo 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):2322].

Frente a esa redacción tan literal y para no depender de interpretaciones restrictivas o simples, que no tienen en cuenta el contexto y finalidad de la integración, la práctica en el día a día 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 es una competencia inexistente en la Constitución española o en otras europeas-). También permite 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 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 —parafraseando una movilizadora idea de la transición— elevar a la categoría constitucional de normal lo que a nivel de la realidad jurídica es simplemente normal. Por ello, junto a la atribución del ejercicio de competencias derivadas, existentes, cabe añadir “nuevas competencias, derechos e instituciones”.

La cláusula general completaría y perfeccionaría el párrafo primero de modo que con claridad se declare que *“España consiente atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la creación de nuevos derechos, instituciones y competencias. La autorización de tales tratados se hará por mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados y mayoría absoluta del Senado”*.

3.2. La frase segunda del art. 93

Esta frase 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. 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 e insuficiencias, en eso estaban de acuerdo. Y trataron de salvarlo *in extremis, sin debate parlamentario*, fruto de improvisación de última hora de la Comisión Mixta con esa segunda frase defectuosa e incoherente, incluso con el propio sistema constitucional que estaban aprobando. Y es con seguridad 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 incum-

plimiento; y otro concatenado con el anterior es atribuir la responsabilidad internacional a las Cortes o al Gobierno según convenga.

Todo Estado —el Estado en su conjunto, el Reino de España— 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 el Gobierno del Estado. En modo alguno un Parlamento nacional (las Cortes) asumen responsabilidad ante otros sujetos internacionales.

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 a los que el art. 93 CE olvidó: poder judicial, Comunidades Autónomas, Tribunal constitucional, ayuntamientos, etc.

Igualmente, la expresión “y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión” es pobre e incoherente⁹. Y debería eliminarse en su totalidad. Veamos por qué.

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”; la frase primera 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. La Unión no tiene competencias originarias sino derivadas. No hay cesión —a diferencia de la cesión en el Derecho Internacional—, pues siempre cada Estado miembro puede recuperar el ejercicio de todas las competencias atribuidas mediante la retirada o de algunas competencias mediante la reforma de los tratados.

Lo adecuado sería la eliminación de la segunda frase; pensar en estructurar el art. 93 en apartados *omnicomprensivos de la apertura internacionalista*

⁹ 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, concepto bien preciso y técnico, que también podría utilizarse como opción respecto del inadecuado “resoluciones”.

y europea de España y condensar lo que supuestamente se quiso resolver en la actual frase segunda y tan mal lo hizo.

Por ello, el art. 93 —sustituyendo el propósito del confuso párrafo segundo actual— debería reconocer que *el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea corresponde a todos los poderes públicos en el marco de sus respectivas competencias reconocidas en la Constitución y en 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 originario de la UE, así como el procedimiento de adopción, los efectos y su control jurisdiccional vienen predeterminados por el *ius commune* europeo. Estaríamos incorporando de forma explícita al bloque de la constitucionalidad el principio de la eficacia directa y, aunque sin mencionarla explícitamente, el de la primacía, así como el de tutela judicial de los derechos nacidos de una norma de la UE y la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por su incumplimiento. Y también que los ciudadanos tendremos *el derecho al juez* legal del Derecho de la UE que es el Tribunal de Justicia de la UE.

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 período del Gobierno en funciones —ejerciendo de legislador a través del Consejo de la UE— lo que puso de relieve es la insuficiencia de la Ley de Gobierno y no de la Constitución.

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 hoy regulado desde 1994 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 en un marco de lealtad, incluida su presencia directa, cuando sea posible, en las instituciones de la Unión.*

Hasta aquí he hablado de la técnica jurídica, pero hay que abordar lo que está más allá del derecho y es un presupuesto del derecho y de su deseable buena técnica.

3.3. La identidad política europea de España

La Constitución debería explicitar la vocación y compromiso con la integración europea como parte esencial del proyecto nacional de España¹⁰.

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 que España es un Estado miembro de la UE y nuestro compromiso de impulsar el proceso integrador, añadiendo un nuevo párrafo al último actual —precisamente dedicado a los compromisos del pueblo español con la comunidad internacional—.

Nuestra identidad europea debe quedar blindada como parte del acervo constitucional en el articulado.

No es una unión perpetua con la UE pues España sigue siendo un Estado soberano y la voluntad del pueblo español a través de las instituciones democráticas tiene la última palabra. No obstante, la eventual ruptura con Europa no puede quedar al albur de una mayoría absoluta del Congreso y simple del Senado como sucedería ahora y debería contar con un amplio respaldo parlamentario y popular, similar al de una reforma constitucional.

Hoy, en 2018, una inquietante alianza en el Congreso podría plantear la denuncia de los tratados por mayoría absoluta. La Constitución española es algo débil, descuidada con la existencia y conservación misma de España y nos puede dejar indefensos si se produjera una situación límite.

El nuevo art. 93 debe manifestar que España comparte los valores, objetivos y principios de la UE, lo que justifica y compensa las limitaciones del ejer-

¹⁰ Mi primera versión de esta idea la expresé en 1996 en la *Laudatio* a la investidura de Jacques Delors como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Salamanca. Más recientemente decía que “El proyecto político y cultural de España, lo que nos ha unido profundamente a los españoles, es la construcción europea misma. Hoy nuestro proyecto nacional, el proyecto de España como Nación soberana y unida, coincide con el proyecto europeo de integración” (en “España y las reformas en la Unión Europea: de la política al derecho”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, vol. 1:326).

cicio de la soberanía. Y que España asume sus obligaciones en la UE con lealtad recíproca en el respeto a nuestra identidad nacional y constitucional. Hay que marcar límites.

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 Tribunal Constitucional 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) ni a la forma del Estado (Título II). El art. 93 no permite que la integración pueda arrumbar a la propia Constitución que consiente y legitima nuestra pertenencia.

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.

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 —sólo un renglón en el Preámbulo—, y la Unión Europea es nuestro anclaje internacional por excelencia.

La razón es clara porque nuestra pertenencia ha producido y se seguirán produciendo verdaderas *mutaciones* constitucionales que se deben reconocer.

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^º de la CE) es competencia del Estado, lo que ya no se sostiene. No es que haya que derogar ese precepto que tiene su sistemática correcta, por lo que la *bisagra* que es el art. 93 CE tiene que reconocer, de forma suave y concisa, 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.

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 económica-social, normativa y judicial de España después de treinta años de integración exitosa y lealtad ejemplar. Hay *cierto divorcio* entre el vigente art. 93 CE y la realidad de nuestro compromiso político, del impacto diario en el Derecho español y nuestra vocación europea. Debemos “normalizar” en la Constitución española 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.

