

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Declaración correspondiente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

Con el mayor respeto para la opinión de los Magistrados que con su voto han hecho posible la indicada Declaración, he de manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación y conclusiones en la medida en que se refieren al art. I-6 del Tratado.

1. El citado precepto no ofrece dudas en cuanto a la primacía del Derecho comunitario sobre la legalidad infraconstitucional. Así pues, las cuestiones surgen respecto de la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución. La mayoría de mis compañeros ha entendido que esta primacía deriva ya del texto actual del art. 93 CE, conclusión que aparece rodeada de una doble línea de razonamiento: por una parte, se entiende que el texto del Tratado hace “difícilmente concebible” que el Derecho comunitario pueda tener un desarrollo “inconciliable” con la Constitución española y, por otra, para el caso que se produjese ese resultado, se indica que este Tribunal resolvería los problemas “a través de los procedimientos constitucionales pertinentes”. En definitiva, se piensa que el art. 93 ya en su redacción actual abría el cauce para que el Derecho comunitario desplazase la Constitución, y se añade una cláusula final de garantía por virtud de la cual, en su caso, este Tribunal adoptaría las medidas necesarias “en última instancia” para “la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado”. Así pues, la primacía del Derecho comunitario se reconoce con indudable cautela, pues se articula una a modo de reserva “de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución”.

En mi opinión, sin embargo, el texto actual del art. 93 CE sólo habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución precisamente en los términos que resultan de dicho precepto: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias, en lo que ahora importa, normativas, para que pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el

Derecho de la Unión Europea. En este ejercicio, éstos tienen toda la amplia libertad de configuración normativa que deriva de la Constitución, pero sin margen para apartarse de ésta, salvo en el aspecto subjetivo mencionado.

Y todavía con carácter previo creo conveniente establecer ya algunas precisiones:

A) Es claro que la primacía o prevalencia del Derecho comunitario y consiguiente desplazamiento de la Constitución sólo tiene virtualidad práctica en la medida en que la norma desplazante –el Derecho comunitario– tenga un contenido diferente a la norma desplazada –la Constitución–.

B) El desplazamiento de la Constitución significa que dentro del territorio español, en una materia regulada por aquélla, no se va a aplicar la Constitución. Esto es, claramente, utilizando la terminología de la DTC 1/1992, “disponer” de la Constitución.

En efecto, decíamos entonces que «en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones». Dado que comparto plenamente la doctrina sentada en dicha Declaración, mi discrepancia de la que ahora formulamos resulta inevitable. En realidad, mi voto particular no es más que la aplicación de esa doctrina a las preguntas que se nos han formulado.

C) En la misma línea, dejo ya constancia de que no comparto la valoración de nuestra jurisprudencia que se hace en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Declaración de la que discrepo. Con cita de varias Sentencias de este Tribunal, se afirma que “nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario sobre el interno”, en el ámbito de aquél. Pues bien, creo que es precisamente esa

jurisprudencia la que permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte en concreto sobre la Constitución: bastará leer en las citadas SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, a), y 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, que “en conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.”. Es decir, el acto podrá ser válido con arreglo al Derecho comunitario, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado. No veo aquí, en modo alguno, primacía del Derecho comunitario con desplazamiento de la Constitución.

2. En definitiva, la cuestión planteada es la de si el art. 93 CE, en su actual redacción, es suficiente para habilitar ese desplazamiento de nuestra Constitución, habida cuenta de su naturaleza de norma suprema, afirmada “de modo inequívoco y general en su art. 9º.1” (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1).

Examinaré separadamente ambos preceptos, para llegar a la conclusión derivada de su conexión:

A) El art. 9º.1 CE (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) cumple una función capital en nuestra Constitución, dentro de su Título Preliminar: no sólo refleja la imperatividad, la fuerza obligatoria del Derecho –lo que es una obviedad–, que opera sobre los ciudadanos y también sobre los poderes públicos –nota instrumental del Estado de Derecho ya proclamado en el art. 1º.1– sino que, y esto es lo relevante, expresa la naturaleza normativa de la Constitución que se integra en el ordenamiento jurídico, y que además es, precisamente, la norma suprema.

Ciertamente, son numerosos los preceptos de la Constitución en los que aparecen estas notas –naturaleza normativa, carácter supremo–, pero todos ellos vienen a ser manifestación, consecuencia de aquéllas; es justamente el art. 9º.1 CE el que cumple el cometido de hacer expresa directamente esa condición de la Constitución, que no podía faltar dentro de su Título Preliminar, que es la quintaesencia de nuestra Norma Fundamental, en cuanto “que contiene los principios inspiradores de la misma “ (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

B) El art. 93 CE abre la posibilidad de que mediante ley orgánica se pueda autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

La literalidad de la norma habilita para que se modifique subjetivamente el ejercicio de alguna competencia prevista en la Constitución, pero tal modificación es, en esa literalidad, estrictamente subjetiva: será un sujeto distinto al previsto en la Constitución el que pueda ejercer la competencia para elaborar las normas que las exigencias de la Unión Europea reclamen, con toda la amplísima libertad de configuración que abre la propia Constitución, pero tal competencia, en su contenido objetivo, estará sujeta a las exigencias “derivadas de la Constitución”. La primacía del Derecho comunitario en los actuales términos del art. 93 CE significa que las atribuciones de competencias hechas en la Constitución quedan desplazadas por las hechas en el Tratado, de suerte que serán ejercidas por otros sujetos, pero no hay más desplazamiento de la Constitución que el que acaba de indicarse.

Así lo señalaba expresamente la DTC 1/1992: “el art. 93 CE no puede ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidas en la Norma Fundamental (...) pues el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar

a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas, *quoad exercitium*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93. Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma Fundamental”.

Es claro, pues, que la literalidad que hoy presenta el art. 93 CE no permite que el ejercicio de las competencias a que se refiere pueda servir para apartarse de la Constitución, o, lo que es lo mismo, aquel precepto no habilita el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario, salvo en lo relativo al sujeto al que se atribuye el ejercicio de la competencia.

C) Sobre esta base, ¿puede entenderse el art. 93 CE, en su actual texto, habilitación suficiente para que a través de un tratado el Derecho comunitario desplace no sólo la normativa infraconstitucional –lo que no ofrece duda– sino también la propia Constitución, norma jurídica suprema, tal como declara “de modo inequívoco” el art. 9º.1 CE (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1)?

La mayoría de mis compañeros entiende que sí, basándose en que el art. 93 CE era precisamente el medio constitucional para nuestra integración en la hoy Unión Europea, de suerte que, sobre su base, con la Ley Orgánica 10/1985 venían a acogerse los principios propios del Derecho comunitario, entre los que figura el de primacía.

De lo que es, sin duda, una base cierta –el art. 93 CE cumplía la función de establecer el cauce para la integración de España en las Comunidades Europeas– se extrae una conclusión que no lo es tanto: ¿realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del

Derecho comunitario no sólo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma? y, ya en otro sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que, objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?

En mi opinión las respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa.

a) Ante todo, ha de atenderse al propósito del constituyente precisamente en 1978, momento de la redacción del precepto, y no a la Ley Orgánica 10/1985, nacida del art. 93 CE, y que no es dato para la interpretación de la Constitución —ésta no se interpreta por aquélla, sino aquélla por ésta—. Ciertamente, en 1978, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había ya establecido el principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, primacía que la Sentencia Internationale Handelsgesellschaft, de 17 de diciembre de 1970, había concretado en estos términos: “la invocación de atentados sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado”. Y no creo que pueda pensarse que fuera designio del constituyente admitir la primacía del Derecho comunitario en esos términos, cuando eran varios los Tribunales Constitucionales que oponían serias reservas a una primacía así concebida. Más aún, nuestro Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, este mismo año 2004, rechazaba esa primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución. Así la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, reiterando la doctrina de la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, a), declaraba: “en conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.”

b) Pero no se trata sólo de que esa aceptación de la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución por nuestro constituyente no me parezca concluyente, sino que, además, y esto es lo relevante, no aparece reflejada de ninguna manera en el art. 93 CE, que en último término establece algo de un contenido perfectamente concretado y definido.

Nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que “el respeto de la Constitución que el art. 9 de la misma impone a todos los Poderes Públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo sea pensable cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales” (SSTC 72/1984, de 14 de junio, FJ 6, y 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6). Y también reiteradamente ha declarado que “la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución –STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5-, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)” (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5).

Y aquí, como he señalado, la actual literalidad del art. 93 no permite que el ejercicio de las competencias a las que se refiere dicho precepto pueda servir para apartarse de la Constitución. No hay ambigüedad en el propio precepto, ni tampoco tal ambigüedad puede derivar de la conexión con el art. 9º.1 CE que proclama la supremacía de la Constitución. Dicho con la terminología de la Sentencia citada, no resulta “pensable” una interpretación del art. 93 CE que se aleje del que hoy es su texto literal para habilitar un desplazamiento de la Constitución en algo más que en la pura atribución de competencias. Como ya he indicado, la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución, es decir, el desplazamiento de ésta por aquél, adquiere virtualidad práctica cuando la norma desplazante tiene un contenido distinto al de la norma desplazada y, así las cosas, el efecto de ese desplazamiento es que la

Constitución Española, dentro del territorio español, en una materia regulada por ella, deja de ser aplicada para ser sustituida por otra de contenido diferente. Ciertamente, el desplazamiento no implica una derogación o reforma de la Constitución, pero el resultado práctico viene a ser, al menos temporalmente, coincidente: inaplicación de la Constitución y aplicación de un precepto de sentido normativo diferente. Con ello se habría producido una “disposición” de la Constitución que excede ampliamente de lo actualmente permitido por el art. 93 CE que, como he subrayado, apodera para una modificación puramente subjetiva del régimen constitucional de las competencias, pero en modo alguno permite que el ejercicio de éstas se desarrolle fuera de la sujeción a la Constitución. Así, la DTC 1/1992 señalaba terminantemente que dicho precepto no habilita para “disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones”.

c) Y es que, en realidad, concluyendo, el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español (art. 1º.2 CE), que sólo puede producirse como efecto de un decisión del constituyente que ha de resultar “de modo inequívoco” de la propia Constitución. Y no acierto a ver en la actual redacción del art. 93 CE esa decisión inequívoca de habilitar el desplazamiento de la Constitución por el Tratado y el Derecho derivado más allá del aspecto subjetivo ya indicado.

3. De lo expuesto deriva que nuestras respuestas a la primera y tercera de las preguntas que se nos han formulado hubieran debido ser que existe contradicción entre la Constitución española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el art. 93 CE no es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado. En cuanto a la cuarta pregunta, dado que no se ha producido deliberación sobre este punto, no creo procedente exponer mi reflexión al respecto.

Y para adecuada constancia de mi opinión discrepante, suscribo el presente Voto particular, en Madrid, a trece de diciembre de dos mil cuatro.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto a la Declaración emitida por este Tribunal Constitucional el 13 de diciembre de 2004 bajo el número 6603/2004.

1.- Con el máximo respeto para el criterio y decisión adoptados por la mayoría de mis compañeros del Tribunal emito este Voto Particular con el fin de motivar mi discrepancia con la Declaración y ello, tanto porque disiento de parte de su estructura analítica como de varios de los apartados dispositivos que le sirven de colofón.

Lo primero en cuanto que estimo que si la formulación de las preguntas dirigidas a este Tribunal por el Gobierno se hizo siguiendo un orden lógico y de prioridades, a este debemos ajustar nuestra respuesta, sin que, para mi, aparezca justificada su alteración.

Lo segundo, porque por más que trate de justificarse conclusión tan terminante como la que alcanza la mayoría de los componentes de este Tribunal y se plasma en el primer y tercer apartado de la Declaración afirmando que “no existe contradicción entre la C.E. y los artículos I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004” y “que el art. 93 C.E. es base suficiente para la prestación de consentimiento del Estado al Tratado referido”, con todo respeto afirmo que no me resultan ni válidos ni suficientes -por lo forzado de su instrumentación y por la debilidad de su contenido- los argumentos que se plasman en la referida declaración jurisdiccional para mantener tal determinación conclusiva.

2.- Al desarrollo de mi posición dedico las siguientes líneas, no sin antes señalar que parto para tal misión –asumiendo la reflexión finalista que se contiene en el fundamento jurídico primero de dicho pronunciamiento- sobre la función específica que el legislador encomienda a este Tribunal en el art. 95-2º de la Constitución (regulada en su cauce procesal por el art. 78 de la L.O.T.C.) y que no es otra –tomo aquí literalmente las palabras de la Declaración con la que muestro en este voto mi disentimiento –que “asegurar la supremacía de la Constitución sin perjuicio alguno para los compromisos internacionales que España pueda contraer, procurando evitar que la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el ordenamiento las normas pactadas”.

Por otra parte, debo añadir que estoy de acuerdo con el discurrir argumental que –por referencia a nuestra Declaración de 1 de julio de 1992- se desarrolla en el referido fundamento jurídico primero, aún cuando no comparto el contenido de la explicitación que se ofrece en el fundamento jurídico segundo para justificar la diferenciación de los parámetros que enmarcan aquella Declaración y las que presiden la actual decisión del Tribunal cuando se afirma: *“lo que dijimos en la DTC 1/1992 se situaba en unas coordenadas precisas, consistentes entonces en la existencia de una contradicción entre el art. 8b del Tratado de Maastrich con el texto de la Constitución (art. 13-2º), siendo estas coordenadas en las que*

debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual, que opera en el marco de unas coordenadas diferentes, en las que tal contradicción con el texto no se da” (sic), dado que tal distinción está exclusivamente basada en una pura delimitación formal operativa que en nada puede afectar a la esencialidad de la cuestión ni a la función que a este órgano constitucional le corresponde según los propios términos que anteceden al referido primer inciso expositivo, en tanto que la justificación ofrecida para dicha consideración es del siguiente tenor: “Tal dimensión fue la única considerada en la citada Declaración tan solo a fin de determinar si el art. 93 CE era mecanismo adecuado para excepcionar el límite que el art. 13.2 C.E. establecía a la extensión a los extranjeros por tratado o por ley del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales, concluyéndose ante contradicciones atinentes al texto de una norma constitucional sustantiva que dicho precepto no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X C.E.. Pero si es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, modulándose así, por tanto, como reconocimos en aquella Declaración, el ámbito de aplicación y ordenación del ejercicio de las competencias cedidas (FJ 2)” (sic).

Si allí también se decía que no era el art. 93 instrumento para contrariar o rectificar los mandatos constitucionales, ni para disponer de la Constitución misma, ni cauce legítimo para su reforma implícita o tácita, no encuentro razón convincente para coincidir con el tratamiento jurisdiccional mayoritario que resuelve algunas de las cuestiones sometidas a nuestra consideración pues, únicamente otorgo a las referidas afirmaciones el valor de un recurso dialéctico a través del cual se reconducen los argumentos que las subsiguen en los fundamentos posteriores, estableciendo una premisa de la Declaración muy reveladora -por la dosis de anticipación que contiene- de su parte dispositiva.

3.- También he de discrepar de las que –en el propio fundamento jurídico segundo- se anuncian como “algunas consideraciones previas sobre el alcance y contenido del art. 93 C.E.”, no sólo porque de tal acotamiento paradójicamente habla por sí solo su extenso tratamiento (folios 13, 14 y 15 de la resolución), sino porque con la simple invocación de dicha propuesta expositiva aparece justificada implícitamente una alteración del orden de respuesta del planteamiento del Gobierno en lo que se refiere al citado art. 93 de la C.E. que me resulta inaceptable porque en sí misma constituye una real mutación, (tal como lo demuestra tanto el contenido del fundamento jurídico noveno como la numeración ordenada de la parte dispositiva de la Declaración), salvo que se asuma sin reservas el lenguaje eufemístico que impregna muchos pasajes de la resolución y con el que, según mi criterio, se trata de propiciar el sentido de un fallo que ya, en virtud de esas primeras objeciones y, jurisdiccionalmente hablando, rechazo por heterodoxo.

4.- Desde esa perspectiva discrepante con el enfoque precitado, he de desgranar ahora las razones que me separan de quienes –la mayoría de los componentes del

Tribunal afirman contundentemente ya en el fundamento jurídico cuarto de la Declaración que “no existe la contradicción” a que se refiere el apartado primero del requerimiento formalizado por el Gobierno a este Tribunal acerca de la existencia o no de aquélla entre la C.E. y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pues “con base a lo dispuesto en el art. 93 de la C.E. y dadas las concretas previsiones del Tratado ya señaladas en el fundamento jurídico precedente no es posible apreciar contradicción alguna entre el art. I-6 del Tratado y el art. 9-1º de la C.E., no dándose en definitiva, el supuesto normativo del art. 95-1º C.E.”.

En este punto, hago míos los argumentos de un ilustre miembro de este Tribunal, experto constitucionalista, que antes de ejercer la función jurisdiccional, ha publicado textualmente:

“La afirmación explícita por la Constitución Europea de su primacía sobre los ordenamientos interno, incluida la propia Constitución, supone una auténtica antinomia con el art. 9-1 de la Constitución nacional, insalvable por vía imperativa, y que exige reforma constitucional según la doctrina del Tribunal Constitucional mantenida en la Declaración sobre el Tratado de la Unión Europea de 1 de julio de 1992-“ (sic).

“En el caso del Tratado Constitucional, la antinomia se produce con un precepto especialmente protegido por lo que cualquier reforma que se haga, se ubique formalmente en un lugar u otro, parece que ‘afecta’ al art. 9-1º, lo que conduce a que la opción debería ser la reforma agravada.

Ciertamente, esta solución plantea los problemas técnicos y políticos que suscita el procedimiento de reforma agravada previsto en la Constitución, extraordinariamente complejo y con el coste menor si se decide bien el momento. Pero, a su vez, la supremacía de la Constitución, tal y como se ha concebido en nuestra Norma Fundamental y tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, parece imponer esta solución. Y no debe olvidarse que sería muy peligroso desde el punto de vista político proceder de manera constitucionalmente incorrecta a la hora de dar un paso tan importante como es el de la participación española en este nuevo reto de la integración europea; por mucha legitimidad que se pudiera obtener en un referéndum consultivo, sería una legitimidad viciada desde la perspectiva constitucional. Mal estaría arrancar de forma inconstitucionalmente correcta en este nuevo camino de “constitucionalización” de Europa sólo porque nuestro constituyente fue excesivamente rígido a la hora de regular la reforma constitucional (recuérdese que como forma de valorar la propia Constitución) o porque desde los poderes públicos se dejen llevar de esa especie de miedo atávico que la reforma constitucional ha inspirado y que mal casa con la idea misma de Constitución. Ésta no hay que cambiarla si no es necesario, pero tiene que cambiarse cuando ella misma lo exige o cuando la realidad política lo aconseja, y ambas cosas sucederán ante la ratificación, nada más y nada menos, de la primera ‘Constitución Europea’”. (sic).

5.- Para alcanzar la conclusión de la que discrepo, he de acudir de nuevo al texto mayoritariamente aprobado, el cual, después de referirse a la supremacía que se proclama en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y a las garantías que aseguran los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales a través de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad (Fundamento Jurídico 3º), hace referencia a una cláusula de cierre argumental con la que se despejarían todas las dudas planteadas por el Gobierno de la Nación a la vista de la recomendación formulada por el Consejo de Estado, órgano que, después de analizar la proclamación explícita y formal en el Art. 16 de la Constitución Europea del principio de primacía del Derecho de la Unión, cuestiona el posible conflicto entre este precepto y nuestra Constitución, entendida ésta como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha cláusula –contenida en el inciso final del fundamento jurídico 4º - literalmente dice:

“En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución Europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a replantearse los problemas que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes; ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el Art. 1-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su Art. 1-6, y que permite definir en su verdadera dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros” (sic)

Pues bien, y en primer lugar, tan contundente y actualizado descarte de la problemática referida a la “conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución”, no sólo no me resulta de recibo una vez que –tomando literalmente palabras del dictamen del Consejo de Estado- “el Tratado eleva a norma de la Constitución para la Europa la primacía del Derecho comunitario. Dicho principio, que se ha calificado como una ‘exigencia existencial’ de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c .ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Polito), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), 9 de marzo de 1978 (Simenthal), entre otras muchas, y significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario sino del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno cualquiera que sea el rango de éstas incluido el constitucional. Opera, pues, contra cualquier fuente ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y

respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado” (sic), sino que, desde una perspectiva fundada en la preservación de los intereses reales de la nación española y no en la de la consolidación de postulados teóricos, no me consuela contemplar –por irreal y utópica- la hipótesis de nuestra renuncia a la integración política y, esencialmente, económica en la Unión Europea.

De ahí mi esfuerzo –que no por baldío he de dejar de expresar- para tratar de prevenir una alternativa de aislamiento en el concierto comunitario cuando, ante la duda de contradicción ya identificada, se nos ofrece la oportunidad de operar sobre bases de consenso o asentimiento popular que aseguren la adopción de una decisión que ha sido trasladada a este Tribunal, pues, tanto me intranquiliza la de tener que renunciar en un futuro no lejano a nuestra integración en la Unión Europea para preservar la conservación de la soberanía del pueblo español y la supremacía de nuestra Carta Magna, como la alternativa de permanecer integrado en un Comunidad de Estados regida por una norma suprema sobre la que yo, superando las dudas manifestadas por el Gobierno y el Consejo de Estado acerca de su contradicción con el Título Preliminar (específicamente con al art. 9-1º) de nuestra Constitución, me inclino hasta la certeza de tal antinomia.

6.- Por todo lo que antecede, postulo la puesta en marcha de las prevenciones normativas que establece el art. 168 del Texto Constitucional, pues la distinción entre primacía y supremacía para justificar la compatibilidad de la C.E. con regímenes de aplicación que den preferencia a normas internacionales siempre que éstas se hayan incorporado al ordenamiento nacional en la forma constitucionalmente prescrita y pretendan esta aplicabilidad preferente en virtud del régimen propio asumido por la Constitución, -con lo que, en definitiva, esa aplicabilidad preferente es reconducible a una concreta previsión constitucional, que de poder ser valorable como limitación de la Constitución, sería en todo caso autolimitación-, queda reducida a un puro recurso dialéctico, una vez que la posibilidad de recuperar la supremacía constitucional se configura por el momento como un planteamiento teórico –no empírico- que por sus imprevisibles consecuencias y, desde una perspectiva realista, yo no puedo en este momento asumir.

7.- Todas las cautelas que destila el texto jurisdiccional mayoritariamente votado y a las que ha hecho precedente referencia, evidencian –según mi modesta opinión- los riesgos de una aceptación integral y sin reservas de la propuesta constitucional comunitaria, la cual, de seguro y, cuando menos, propiciará constantes pronunciamientos de este Tribunal ante desarrollos normativos de la Carta Magna Europea. Curémonos en salud antes de abrir la cancela de las más que seguras decisiones terapéuticas de corrección interpretativa, aplicativa o de preservación de nuestra integridad constitucional propiciadas por una conclusión como la que aporta la declaración adoptada por este Tribunal.

Considero que las merítadas prevenciones no serían exigibles o adquirirían “per se” necesarias dosis de legitimación popular si, en lugar de un acuerdo jurisdiccional

homologante de una contradicción que considero esencial –tal es la afectación del art. 9-1º CE-, se pusieran en marcha las prevenciones establecidas en el precitado art. 168 de la C.E.

8- En definitiva, creo que estamos ante un real traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión . Por ello y, aún cuando sólo se asuma esa premisa desde posiciones dubitativas, la trascendencia de la cuestión exige, a mi modesto entender, la activación del mecanismo reforzado de homologación del referido art. 168 a fin de preservar o, en su caso, rectificar, el contenido esencial que el constituyente quiso y delimitó para, entre otros, el Título Preliminar de nuestra Carta Magna.

En su consecuencia, no creo que pueda suscribirse sin duda alguna y con la solemnidad que implica una Declaración de esta naturaleza la afirmación de que no hay contradicción entre uno y otro texto, cuando voz tan autorizada como la del actual Presidente del Consejo de Estado ha afirmado públicamente a mediados del pasado año lo que a continuación transcribo en su literalidad:

“La convocatoria de otro referéndum, no consultivo, sino decisorio, es indispensable para hacer compatible la “Constitución” europea con la española y, en consecuencia, también para legitimar aquélla sin deslegitimar ésta, la única que realmente tenemos.

El argumento que lleva a esta conclusión es muy simple, perfectamente lineal ya mi juicio incontestable. El artículo I-10 de esta nueva “Constitución” en forma de Tratado Internacional, y que sólo como Tratado puede ser modificada o derogada, dispone que “la Constitución, y las normas dictadas por las instituciones europeas en ejercicio de sus competencias, prevalecerán sobre el derecho de los Estados miembros.” Esta cláusula de supremacía, que recuerda la del art. VII de la Constitución norteamericana y que obliga a dejar de lado, no sólo las leyes españolas, sino incluso la propia Constitución, cuando aquéllas o ésta estén en contradicción con el Derecho europeo, incluidos, por supuesto, los reglamentos y las directivas, decisiones y resoluciones, es incompatible con el principio de supremacía de nuestra propia Constitución, inherente a la idea misma de Constitución como norma y explícito además en el art., 9-1 y otros preceptos del propio texto constitucional.

La afirmación de la supremacía del derecho europeo sobre los derechos nacionales no es en rigor una novedad, ni un invento de la Convención. El Tribunal de Justicia, que ha hecho de ella el fundamento de toda su jurisprudencia, viene reiterándola desde comienzo de los años sesenta y es ese principio el que ha llevado a sostener que Europa (las Comunidades primero, y la Unión Europea, después) tenía ya su propia Constitución antes de que la Convención iniciara sus trabajos. El origen puramente jurisprudencial del principio y la naturaleza simplemente “material” de la Constitución que sobre él se asentaba, no ocultaban la oposición lógica entre las dos pretensiones de supremacía recíprocamente excluyentes, la de la “Constitución” europea, de una parte, y las

distintas Constituciones nacionales, de la otra, pero han permitido abordarla como si fuera un problema de relación entre tribunales, e ir sorteándola con construcciones más o menos afortunadas, como ha hecho el Tribunal Constitucional alemán, o más bien ignorándola, como ha tendido a hacer el nuestro. El Tratado de Maastricht, con el que se creó la Unión Europea, no incorporó ese principio, que sin embargo daba por supuesto. A pesar de ese silencio, algunos Estados que toman en serio sus propias Constituciones, como Alemania y Francia, se sintieron ya obligados a reformarlas para salvar la contradicción implícita, que era la importante, no la explícita y trivial que dio lugar a la reforma de la nuestra. Por eso ahora quizás esos Estados no se sientan obligados a reformarlas otra vez para ratificar el nuevo Tratado, aunque esa actitud sólo me parece fundada en el caso de Alemania, que en 1992 abrió también la posibilidad de que los sucesivos Tratados europeos sirvieran de vía para la reforma de la Constitución. En el caso de España, la consagración ya perfectamente explícita del principio de supremacía como norma “constitucional”, hace imposible la ratificación del nuevo Tratado que instituye la “Constitución” de la Unión sin reformar previamente la nuestra, cuyo artículo 93 autoriza a las Cortes para atribuir a una “organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, pero no para poner en manos de esas organizaciones e instituciones la decisión sobre su propio contenido.

Ese poder sobre la propia Constitución es el efecto real de la cláusula de supremacía. Al aceptarla, estamos transfiriendo a las instituciones europeas la potestad de reformar nuestra Constitución, siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estimen necesario hacerlo. El hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresas, no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo español para establecer su propia Constitución. La incompatibilidad manifiesta entre el Tratado propuesto por la Convención y la Constitución española hace imposible por eso ratificar aquél sin reformar antes ésta, que es lo que en ella se prevé para casos como éste. Si la ratificación se hace sin esa reforma, los jueces españoles seguirán encontrándose ante un dilema sin solución cuando se encuentren en la necesidad de aplicar normas europeas contrarias a nuestra Constitución, y nuestro Tribunal Constitucional podrá seguir desentendiéndose, como hasta ahora, de la obligación que nuestros jueces tienen de aplicar el derecho europeo cuando las circunstancias del caso lo exijan. Sobre todo, y eso es con mucho lo peor, para hacer posible una “Constitución” europea, habremos reducido definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guiñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio.

Aunque esta reforma imprescindible puede circunscribirse quizás al art. 93 de la Constitución, es evidente que su contenido afecta a preceptos capitales del Título Preliminar y que, en consecuencia, ha de hacerse siguiendo el engorroso procedimiento previsto para estos supuestos, que implica, entre otras cosas, la aprobación de la reforma por dos legislaturas sucesivas y, tras ello, la celebración de un referéndum.” (sic).

Por todo ello y, entendiendo que mi coincidencia con los posicionamientos doctrinales reproducidos textualmente –de ahí sus citas de autoridad- sirven para reforzar definitivamente la discrepancia contenida en este Voto Particular, emito el mismo con mi anticipado respeto al resto de los componentes del Tribunal de los que disiento y con el concreto alcance que su propio contenido le otorga en relación con los reseñados fundamentos jurídicos y con los tres primeros apartados de la parte dispositiva de la Declaración.

En Madrid, a trece de diciembre de dos mil cuatro.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas en el requerimiento (asunto num. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los artículos I-6, II -111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Declaración que al respecto formula el Pleno de este Tribunal , que fundo en las siguientes consideraciones:

1.- No puedo compartir la principal conclusión a la que se llega, es decir, que no existe contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la Constitución Española.

En efecto, el art. 9,1 CE dice lo siguiente:

“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Por su parte el art. I-6 de la que se proyecta como Constitución para Europa y sobre la que versa expresamente la primera pregunta que se ha formulado por el Gobierno de la Nación, dice :

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros.”

La patente antinomia entre la literalidad de ambos preceptos no es posible anularla, a mi juicio, con ninguna interpretación que tienda a hacerlos compatibles apartándose del tenor de sus respectivos textos.

El art. 9.1 CE ha sido reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica forense, como la expresión del principio de seguridad jurídica, que se asienta en el respeto a la jerarquía normativa, de manera que resulta fundamental la ausencia de dudas razonables sobre que normas tienen prevalencia sobre otras y sobre todas ha de estar la Constitución de España, como ha declarado este Tribunal .

Pues bien, esa prevalencia (que es el concepto y la palabra mas comúnmente usados) va a quedar desplazada -aunque solo sea en las cuestiones que afecten al ejercicio de las competencias atribuidas a la UE- por la Constitución y el Derecho Europeos, quebrando la que , de otro modo, seria absoluta e indiscutible prevalencia de la Constitución Española sobre cualquier otra norma jurídica. Situación a la que tal vez sea inevitable llegar para alcanzar plenamente la deseada unión de Europa, pero no debe discurrir por mas camino que el de las propias normas jurídicas, incluidas las de nuestra Constitución.

Dejando las cosas así, es decir, declarando que no existe contradicción, los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien- en el caso de nuestro tribunales ordinarios –plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación que, cualquiera que sea la probabilidad y frecuencia con que pudiera producirse, constituye un grave quebranto de la seguridad jurídica, un peligro que no puede negarse, que no es razonable correr, ni conjurar recurriendo a la posible intervención posterior del Tribunal Constitucional o a la impensable posibilidad de retirarse de la Unión Europea, conforme prevé el art. I-60 de la que pretende ser su Constitución. Mucho mas razonable y prudente y sobre todo necesaria, es la opción de reconocer la contradicción y adoptar ya la reforma constitucional para regularla o , como mínimo, tomar en

la interpretación del Tratado y del art. 93 CE precauciones que no se han incluido en la declaración, al menos de la manera expresa y contundente que serían, a mi juicio, necesarias.

2,- Ciertamente es que desde el ingreso de España en las , entonces llamadas , Comunidades Europeas , el 1º de Enero de 1986, se fue abriendo paso en nuestro sistema jurídico la aplicación de los Reglamentos y Directivas Comunitarias , incluso –estas últimas- sin necesidad de transposición o antes de que se produjera , llegándose a otorgar, con naturalidad, la primacía a las normas europeas, con desplazamiento de nuestro derecho interno, lo que ha venido siendo particularmente intenso en materia económica y tributaria; sin embargo, no puede olvidarse que lo que nunca se llegó a plantear fue la supeditación de la aplicación de nuestra Constitución al derecho europeo, al contrario, se daba por supuesta la primacía de aquella, aceptándose únicamente que el desplazamiento del derecho propio afectaba solo a normas infraconstitucionales (SSTC 28/1991.FJ5 y 64/1991. FJ4).

Tampoco puede olvidarse que, salvo con ocasión del Tratado de Maastricht y en el concreto extremo de la plena participación de los ciudadanos de la Unión en procesos electorales municipales, nunca se consultó a este Tribunal sobre el encaje entre derecho europeo y derecho español en el campo reservado a la Constitución Española.

Por lo tanto, nuestra Declaración de 1 de julio de 1992 es la única referencia jurisprudencial y precisamente lo que hizo fue reconocer la necesidad de reforma constitucional, rechazando cualquier interpretación que pretendiera sustraerse al texto del precepto constitucional que establecía únicamente el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales para los que no fueran españoles, (art. 13, 2 CE), frente al texto del art. 8B, apartado 1 del Tratado constitutivo de CEE conforme a la nueva redacción dada por el art. G del Tratado de la Unión Europea, que extendía aquel derecho a todo ciudadano de la Unión que

resida en un estado miembro que no sea nacional , tanto para ser electores como para ser elegibles en las referidas elecciones locales. Es decir, en aquella Declaración quedó perfectamente claro que las contradicciones textuales entre la Constitución y Normas Europeas contenidas en un Tratado no podían resolverse por vía interpretativa, sino con la reforma constitucional.

No habiendo tenido ocasión este Tribunal de hacer ningún otro pronunciamiento, dado el carácter rogado de nuestra intervención, a instancia del Gobierno o de cualquiera de las Cámaras Legislativas, las situaciones de hecho y las que jurídicamente han sido aceptadas por los poderes públicos españoles respecto al encaje del derecho comunitario europeo, no pueden servir para impedir ahora un pronunciamiento claro, habida cuenta, además, que el Tratado que pretende establecer una Constitución para Europa es, en gran parte, una refundición de los anteriores, pero dando un salto cualitativo importante.

En efecto, el nuevo Tratado sí altera la situación anterior, no solo en la forma –llamar Constitución y articularla como tal ya es importante- sino también en el fondo, porque constituye a la Unión Europea con una personalidad jurídica única, como sujeto político, con clara vocación confederal, sino es que ya en si misma supone dicha confederación; porque, además, se establece una “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, antes inexistente, lo que provoca que converjan derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, en el Convenio Europeo y en la Carta de la Unión; porque las competencias exclusivas de la Unión y las que se declaran compartidas (a las que no se da carácter exclusivo ni exhaustivo) tienden a la expansión, como ha venido sucediendo, sin perjuicio de algunos movimientos en sentido contrario motivados por razones económicas; porque las cautelas de la llamada “alerta temprana” , la intervención de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de la Unión Europea en materia de aplicación del principio de subsidiariedad , revelan la posibilidad cierta de conflictos

competenciales futuros , que han llevado al Consejo Constitucional Francés a declarar que una ausencia de control nacional de decisiones obliga a reformar su Constitución.

Por estas razones no comparto el criterio de que el nuevo Tratado deja las cosas como estaban, pero es que, aunque así fuera, el texto del art. I-6 de la proyectada Constitución proporciona estado normativo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión que ha venido estableciendo la supremacía del derecho europeo sobre cualquier norma de derecho interno, incluidas las constituciones nacionales. A título de ejemplo baste la Sentencia del Pleno de aquel Tribunal de 2 de julio de 1996 en la que, frente a la invocación por el Gran Ducado de Luxemburgo del párrafo segundo del art. 11 de su Constitución , declaró “ A este respecto, basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, invocar las disposiciones del ordenamiento jurídico interno a fin de limitar el alcance de las disposiciones del Derecho comunitario implicaría lesionar la unidad y eficacia de dicho Derecho, por lo que no es posible admitirlo (veáse, en particular , la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. Pg. 1125, apartado 3, y, por lo que respecta en particular al apartado 4 del artículo 48 del tratado, la Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 19)”.

Sirva esta cita literal para ilustrar lo que puede suceder si, ante contradicciones de nuestra Constitución con el derecho europeo, no se adoptan – aprovechando una ocasión verdaderamente histórica- reformas que, facilitando la aplicación de éste en forma ordenada, e incluso profundizando nuestra plena integración en Europa, establezcan también límites expresos para salvaguardar sus principios y estructuras básicas, fortaleciendo la seguridad jurídica y manteniendo, en lo esencial, la soberanía, incluso dentro de los propios criterios que preconiza la Constitución Europea, que efectivamente anuncia límites a esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, pero que deberían quedar explícitos en nuestro propio Derecho, como ha hecho la República de Portugal añadiendo, recientemente, una apartado 4 al artículo 8 de su

Constitución, que viene a introducir (esto es a constitucionalizar internamente) el texto del art. I-6 de la proyectada Constitución Europea pero “ en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del estado de derecho democrático”.

3.- El problema que ahora se nos plantea no queda obviado, a mi juicio, con la brillante construcción doctrinal en que se asienta el criterio mayoritario , del que discrepo y que parece partir del axioma de que, habiendo de enfrentarse ordenamientos –el español interno y el europeo- y no normas concretas y siendo aquellos –los ordenamientos- de distintas áreas competenciales, no hay posibilidad real de contradicción y si la hubiera la propia Constitución, que se pretende establecer con el Tratado, tiene mecanismos y previsiones para resolverlo, incluso antes de que se produzca; es más, parece señalarse la imposibilidad jurídica de contradicción atendiendo a la comunidad de valores y a los respetos que el propio Tratado expresa sobre los principios inspiradores del derecho de los Estados miembros y sus estructuras básicas (arts. I-5.1 y I.2). Es esta una actitud un tanto ingenua y poco realista, dicho sea reiterando mi respeto por quienes puedan sostenerla. A mi modesto entender sería necesario que esto quedara claro sin posibilidad de desviación alguna.

4.- La construcción doctrinal a que me refiero pivota sobre la distinción entre primacía y supremacía de las normas jurídicas por un lado y por otro, sobre la interpretación del art. 93 CE, reconociéndole contenido material o sustantivo, además del orgánico-procedimental que le atribuyó la Declaración de este Tribunal de 1º de julio de 1992.

Tratando de entender, resumidamente, la argumentación empleada, cabe decir que la supremacía de la Constitución Española (entendida como el carácter superior jerárquico de una norma y fuente de validez de las inferiores) se mantiene, a pesar de que es el Derecho Europeo el que ostenta la primacía (entendida como capacidad de desplazamiento de otras normas por su

aplicación preferente) porque es la propia Constitución Española la que otorga esa aplicación preferente del ordenamiento europeo a través del art. 93CE, que prevé la cesión de competencias derivadas de la Constitución.

Pues bien, aún admitiendo tan sutiles distinciones teóricas entre primacía y supremacía – que personalmente considero alejadas de la práctica en la aplicación del Derecho, en que vienen a confundirse- lo que no es asumible, reiterando una vez mas el respeto a la opinión contraria, es conferir al expresado art. 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho Europeo derivado de un tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución Española, sin mas que su articulación por Ley Orgánica, obviando así la reforma constitucional en cualquier caso, tanto en el pasado (la operada en el art. 13.2.CE como consecuencia de nuestra declaración 1/1992 habría sido, en realidad, innecesaria) como en el futuro.

Tan radical apartamiento de dicha Declaración 1/1992- que no comparto en principio- tenía que haberse expresado de la misma forma, es decir, de manera expresa y en la medida en que dicha nueva doctrina la corrige; pero es que, además, el art. 93 CE tiene un contenido esencialmente orgánico procedimental, como se dijo de manera contundente –recordémoslo una vez más- en la Declaración 1/1992.

En efecto, el art. 93 CE regula dos cuestiones temporalmente diferenciadas: en una primera parte su texto prevé cómo se puede autorizar (es decir, antes de prestar el consentimiento) “ la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, imponiendo que sea por Ley Orgánica y no solo por la previa autorización de las Cortes Generales, como en los demás tratados del art. 94 CE; tiene, pues, un contenido netamente procedimental. En una

segunda parte y para después de haberse prestado el consentimiento al tratado de cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, establece a qué órganos corresponde “ la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismo internacionales o supranacionales titulares de la cesión”, atribuyendo esa competencia de control, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno; por lo tanto, tiene un contenido esencialmente orgánico.

La mención, que efectivamente contiene el art. 93 CE, a la posibilidad de cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, sin establecer cuales pueden ser, ni en que forma pueden ser ejercidas, no permite otorgar al precepto un amplio contenido material y menos con la extensión y profundidad que refleja la Declaración de la que me aparto.

5.- En consecuencia, entiendo que la primera de las declaraciones que se contienen en la parte dispositiva debería reconocer que existe contradicción entre la Constitución Española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa , firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

También de forma consecuente habría que decir que no es suficiente el art. 93 de la Constitución Española para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido .

Por lo que se refiere a la pregunta que afecta a los arts. II-111 y II-112 del Tratado, estoy conforme con la ausencia de contradicción respecto a la Constitución Española.

Finalmente, no puedo pronunciarme sobre la pregunta referente al cauce del reforma constitucional que hubiera de seguirse, porque dado el contenido del debate en la deliberación, que no alcanzó a este extremo, no hice manifestación sobre el mismo y cualquiera que sea el criterio que ahora tenga, no me es posible expresarlo en este voto particular, dadas las limitaciones establecidas en el art. 90 de nuestra Ley Orgánica.

En Madrid a trece de diciembre de dos mil cuatro.