

# LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA: LA REFORMA DE LA CONSTITUCION (\*)

MANUEL ARAGON

Quiero que mis primeras palabras sean de agradecimiento a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado por haberme invitado a participar en estas prestigiosas Jornadas de Estudios que, en sus sucesivas celebraciones anuales, se han constituido, sin lugar a dudas, en uno de los principales referentes doctrinales del Derecho público español.

Yo formo parte, por así decirlo, del grupo de los pioneros de estas Jornadas, ya que, desde sus inicios, he participado en casi todas ellas, unas veces como mero asistente, otras como comunicante y, en alguna ocasión anterior, incluso como conferenciante. Me siento, pues, muy satisfecho de concurrir otra vez a esta cita, pero al mismo tiempo también me siento muy abrumado por la responsabilidad que he contraído. Ojalá que mi intervención de hoy no desmerezca mucho de la altura intelectual que caracteriza a estas Jornadas de Estudios.

Dicho esto, voy a entrar, sin más preámbulos, en el objeto de mi conferencia: «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución».

Para tratar de este asunto voy a articular mi exposición de la siguiente manera: primero examinaré el problema planteado al Tribunal Constitucional por el requerimiento del Gobierno formulado al amparo de lo previsto en el artículo 95.2 de la Constitución y comentaré la Declaración del Tribunal, de 1 de julio de 1992, mediante la cual se resolvió dicho proceso; después analizaré brevemente la reforma de nuestra Constitución llevada a cabo el 27 de agosto de 1992, como consecuencia, precisamente, de aquella decisión del Tribunal, y por último trataré de

---

(\*) Texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, celebradas en Madrid en diciembre de 1993.

algunos de los problemas constitucionales sobre el Tratado de la Unión Europea que en España no han sido planteados, pero que sí lo han sido en otros países comunitarios, al objeto de ver hasta qué punto a nosotros también nos afectan.

\* \* \*

Comenzaremos, pues, con la primera parte de mi conferencia: con el problema planteado al Tribunal Constitucional por el requerimiento del Gobierno.

A diferencia de lo ocurrido en otros Estados de la Comunidad, especialmente en Francia y Alemania, donde se plantearon y examinaron con la debida amplitud las posibles contradicciones entre el Tratado de la Unión Europea y la Constitución nacional, en España ese debate se redujo, al menos en sede institucional, a un único problema: la compatibilidad con nuestra Constitución del artículo 8.B.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que, según la redacción dada por el Tratado de Maastricht, atribuye a «todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional» el «derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

Como nuestra Constitución, en su artículo 13.2, sólo tenía prevista la posibilidad de que, por tratado o ley, se atribuyese a los extranjeros el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales y el aludido texto del artículo 8.B.1 del Tratado extiende ese derecho también al de sufragio pasivo, el Gobierno, antes de la prestación definitiva del consentimiento del Estado, requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre ambos preceptos al objeto de dilucidar si la ratificación del Tratado de la Unión Europea exigía previamente la reforma de la Constitución.

El requerimiento del Gobierno defendió, en primer lugar, la compatibilidad entre el Tratado y la Constitución con dos tipos de argumentos. Uno (que ya había sido sustentado por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 20 de junio de 1991 y 9 de abril de 1992) basado en una interpretación amplia del artículo 93 de la Constitución, precepto que, a juicio del Gobierno (y del Consejo de Estado), permite atribuir a la Comunidad Europea competencias sobre regulación de la participación de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales, de tal manera que la extensión al derecho de sufragio pasivo que realiza el Tratado puede ser autorizada por la Ley Orgánica de Ratificación, sin que ello suponga contradicción con el texto del artículo 13.2 de la Constitución, que sólo quedaría excepcionado en el ámbito comunitario, conservando su vigencia para los supuestos de extranjería no comunitaria. En resumen, se venía a decir que no haría falta, pues, la reforma previa de la Constitución porque la vía prevista en el artículo 93 era, por sí misma, capaz de producirla.

El otro argumento se basaba en una interpretación amplísima (por llamarla de alguna manera) del artículo 11.1 de la Constitución, precepto que, a juicio del Gobierno (mediante un sorprendente razonamiento que no se encontraba, quizá por razones obvias, en los dictámenes del Consejo de Estado), deja la suficiente libertad al legislador para que éste, al regular la nacionalidad, pueda atribuirla, a los solos efectos del derecho de sufragio en las elecciones municipales, a los ciudadanos de cualquier otro país comunitario, evitándose así, mediante una simple reforma legal, la contradicción entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución.

No obstante, y de manera subsidiaria, por si el Tribunal estimase que la contradicción era insalvable por aquellas vías interpretativas y hubiera que acudir a la reforma constitucional (hipótesis que tampoco era descartada en los dictámenes del Consejo de Estado), el Gobierno planteaba, en último lugar, el problema del procedimiento de reforma, sosteniendo la pertinencia, en ese supuesto, de utilizar la vía del artículo 167 de la Constitución y solicitando al Tribunal que se pronunciase también sobre dicho extremo.

La decisión que adoptó el Tribunal el 1 de julio de 1992 resolviendo este asunto es de una extraordinaria importancia no sólo por lo que se refiere al caso planteado, sino incluso por las consideraciones generales que allí se contienen sobre el significado de la competencia del propio Tribunal en el control previo de los Tratados, en esta primera ocasión que la ejerce.

Dado que el Gobierno, en su requerimiento, parece sostener una concepción muy laxa del cometido que al Tribunal atribuyen los artículos 95.2 de la Constitución y 78 de su Ley Orgánica, hasta el punto de pedir no sólo un pronunciamiento sobre la constitucionalidad *stricto sensu*, sino también una opinión sobre las alternativas para solventar la hipotética contradicción constitucional por vías legislativas, llegándose a decir incluso que con la puesta en marcha del control previo de los Tratados no se inicia un procedimiento contencioso, sino que se solicita un dictamen, lo primero que hace el Tribunal es aclarar, de manera contundente, esa cuestión, rechazando el significado que a su competencia atribuye el Gobierno. Y así dirá que «ha de comenzar por precisarse que lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo»; añadiendo que, «al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales». Por ello seguirá diciendo el Tribunal: «Aunque la forma de dicha declaración no puede merecer la calificación legal de “sentencia”, es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante y, en cuanto tal, produce *erga omnes* todos los efectos de la cosa juzgada.»

Por otra parte, y como en el requerimiento del Gobierno se solicita un pro-

nunciamento acerca de la existencia o no de contradicción entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución, el Tribunal se cuida de dejar bien aclarado que su función no puede quedar limitada a contrastar el precepto del Tratado únicamente con dicho artículo constitucional, sino con la totalidad de la Constitución. Así, el Tribunal dirá que basará su declaración «en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante», de tal manera que cuando se utiliza la vía prevista en el artículo 95.2 de la Constitución el examen del Tribunal habrá de estar referido «al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del Tratado que hayan sido sometidas a control previo», repitiéndose más adelante que «hemos de analizar [...] la eventual contradicción del futuro artículo 8.B.1 del Tratado CEE con la Constitución y no sólo con el artículo 13.2 de la misma (único precepto individualizado en el *petitum* del escrito del Gobierno), pues es, como se ha dicho, la Constitución *in toto*, y no sólo algunos de sus preceptos, la que ha de erigirse en punto de referencia por este Tribunal». En definitiva, el Tribunal, muy correctamente, viene a aclarar que el parámetro de control es la Constitución en su conjunto y que, en consecuencia, es trasladable a este proceso lo que respecto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad de la ley dispone el artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal, esto es, que el Tribunal podrá fundar su declaración «en infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso».

Examinado este punto, que nos parecía relevante subrayar por la muy atinada doctrina que ahí se contiene acerca del significado de la competencia del control previo de los Tratados internacionales, ya es hora de entrar en el problema concreto que se había planteado. Veamos la respuesta que da el Tribunal a las argumentaciones del requerimiento del Gobierno.

Una de las razones que en ese requerimiento se esgrimen a favor de la compatibilidad entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución se basa en lo que antes hemos denominado como interpretación amplísima del artículo 11.1 de la Constitución. Se trata, a mi juicio, del argumento más débil de los contenidos en el requerimiento y el Tribunal, con toda razón, lo considera completamente inaceptable. La contradicción literal entre el texto del artículo 8.B.1 del Tratado y el texto del artículo 13.2 de la Constitución, vendrá a decir el Tribunal, no puede salvarse a través de una «hipotética equiparación legislativa de los ciudadanos de la Unión Europea "a efectos" del derecho de sufragio municipal, como ciudadanos españoles», de un lado porque significaría lisa y llanamente incumplir la propia Constitución concediendo a quienes no son nacionales un derecho fundamental que el propio texto constitucional expresamente les niega, y de otro, porque aquí no cabe acudir (como pretende el Gobierno) al expediente de la *fictio iuris*, ya que esa figura no permite obtener a su través lo jurídicamente im-

posible, como sería reformar la Constitución al margen de los procedimientos expresamente previstos para ello.

La verdad es que el argumento del Gobierno no deja de ser sorprendente (como ya adelanté antes y como también ha sido calificado por un comentarista bastante autorizado), dada la escasa (por no decir nula) consistencia jurídica que presenta. Cuando la Constitución determina, en su artículo 11.1, que «la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley», no deja por ello en manos del legislador, con absoluta libertad, la definición de cuáles son nacionales y cuáles extranjeros, ya que eso, de un lado, significaría apoderar sin límites al legislador para atribuir como quiera la ciudadanía, es decir, para configurar a su antojo al propio soberano, con lo cual el poder constituyente quedaría enteramente sometido al poder constituido; y de otro lado supondría vaciar de contenido el límite que establece el artículo 13.2 de la misma Constitución. Nuestra Norma fundamental (cualquiera Norma fundamental digna de ese nombre) no puede ser burlada por el grosero expediente de la desvirtuación legislativa de sus mandatos. Por ese camino quedaría sin eficacia la Constitución misma, si el legislador pudiese evadirse del cumplimiento de la inviolabilidad del domicilio considerando que no son domicilios los que a él no le parezcan oportunos, o considerando que es delito flagrante lo que no lo es (el ejemplo es reciente), etc. No creo que haga falta extenderse sobre más hipótesis de parecida factura. Si la Constitución impide que los extranjeros sean titulares del derecho de sufragio pasivo, el impedimento no puede salvarlo el legislador convirtiendo, a esos solos efectos, a los extranjeros en nacionales; el único modo de eliminar el límite es reformando el precepto constitucional. Como muy bien dice el Tribunal, «este límite constitucional desaparecería (y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución)» si se aceptara la interpretación expuesta por el Gobierno, «según la cual pudiera el legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 de la Constitución». Pido excusas por haberme detenido en este punto, que no hubiera merecido mayores comentarios si no fuera por lo llamativo que resulta que en un escrito jurídico de un órgano constitucional se contengan argumentos tan poco serios.

La otra razón que el Gobierno esgrime para sostener la compatibilidad entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución es de mayor calibre. Es decir, es ya una argumentación de cierto peso, técnicamente construida, aunque sea bastante discutible (como lo son, por fortuna, la inmensa mayoría de las argumentaciones jurídicas).

Este argumento parte de que existe, efectivamente, una antinomia entre el texto del artículo 8.B.1 del Tratado y el texto del artículo 13.2 de la Constitución, pero sostiene que para salvarla no es preciso acudir a los procedimientos de refor-

ma constitucional contenidos en el Título X, ya que el artículo 93 de la Constitución presta cobertura suficiente para resolver, por sí mismo, el problema. La tesis se sustenta en un entendimiento del citado artículo 93 que había alcanzado cierto predicamento en un sector de la doctrina española y que había asumido el propio Consejo de Estado. Según ese entendimiento, el artículo 93 contiene una cláusula de apertura a la construcción europea que legitima la autorruptura constitucional; lo que significa que el artículo 93 viene a establecer una vía de reforma de la Constitución al margen de los procedimientos que para ello se contienen en el Título X: por ello, se dirá, mediante la Ley Orgánica de Autorización se permite la ratificación de Tratados comunitarios que modifiquen el texto constitucional, siempre que no alteren el núcleo básico de la forma del Estado, es decir, siempre que no contradigan los principios y valores fundamentales. Como la extensión del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos comunitarios no afecta a ese núcleo básico, la aparente contradicción entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución se salva utilizando la vía del artículo 93, que es un procedimiento de reforma alternativo al previsto en el artículo 167.

El Tribunal Constitucional rechazará esa argumentación, negando que por el artículo 93 pueda reformarse la Constitución, ya que ese precepto sólo permite transferir el ejercicio de competencias, pero no disponer de la Constitución misma. Mediante Ley Orgánica, dirá el Tribunal, puede autorizarse la ratificación de Tratados que «transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por tanto, el ámbito de aplicación, pero no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado». La colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y un Tratado no puede ser salvada por el artículo 93 y no tiene otro cauce de resolución que el establecido en el artículo 95.1 de la Constitución, precepto que viene a excluir radicalmente de nuestro Ordenamiento la validez de cualquier Tratado *contra Constitutionem*. En consecuencia, dirá el Tribunal, la colisión entre el artículo 8.B.1 del Tratado y el artículo 13.2 de la Constitución sólo puede resolverse a través de los procedimientos de reforma que nuestra Norma fundamental establece en su título X.

Esta es, en resumen, la respuesta que da el Tribunal a la argumentación del Gobierno a que nos venimos refiriendo. Sin embargo, como el problema planteado es de una extraordinaria complejidad y la decisión del Tribunal sobre este punto de una enorme trascendencia, el asunto requiere ser examinado con cierto detenimiento.

Ante todo quizá convenga que adelante la opinión que me merece la tesis del Tribunal acerca del significado del artículo 93. Creo que se trata de una tesis acertada, aunque quizá en algún punto el Tribunal no la argumenta con la amplitud y los matices que la complejidad del problema requiere.

La idea de que el artículo 93 permite que un Tratado reforme la Constitución, idea sustentada por distinguidos juristas españoles y por el propio Consejo de Estado en sus dos dictámenes sobre el Tratado de Maastricht, me parece (y me ha parecido desde siempre) inadmisibles en nuestro Ordenamiento, ya que el artículo 95.1 de la propia Constitución la excluye con toda claridad. Ni el artículo 93 es una alternativa al artículo 95 ni tampoco una alternativa al artículo 167. La invalidez de los Tratados *contra Constitutionem* está firmemente establecida como regla general (sin excepción alguna) por el artículo 95.1 de la Constitución y confirmada por el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es muy difícil no estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional en este punto, como también es muy difícil no estar en radical desacuerdo con la tesis del requerimiento del Gobierno, requerimiento en el que se llega a sostener, textual y rotundamente, «la inexistente rigidez de la Constitución española frente al proceso de construcción europea». Lo que equivale a decir que a favor de Europa todo vale, de manera que la totalidad de la Constitución quedaría en manos de una simple Ley Orgánica. Hasta eso no creo que hayan llegado ni siquiera los europeístas federalistas más enfervorizados. Como muestra de un acto de fe basado en el voluntarismo político, puede que no esté mal; como muestra de un razonamiento jurídico que ha de tener por base el Estado de Derecho, no puede ser más disparatado.

Ahora bien, que la Constitución no puede reformarse por la vía del artículo 93 no significa, sin embargo, desconocer que mediante la utilización de dicho artículo 93 se produce una lógica alteración de la atribución constitucional de competencias. Y digo lógica alteración porque justamente aquel precepto está destinado a ello, es decir, habilita precisamente para que dicha alteración se produzca, esto es, para que las competencias se transfieran de los órganos estatales a los comunitarios, pero esa alteración no supone, en modo alguno, reformar la Constitución, sino cumplirla. A nadie se le ocurriría sostener que cuando por la Ley Orgánica prevista en el artículo 150.2 de la Constitución se transfieren competencias de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas se está reformando la Constitución. En uno y otro caso se alteran (se modifican) los ámbitos de aplicación de reglas constitucionales (así, por ejemplo, materias que, según el art. 149.1, son de competencia del Estado, pueden pasar a ser de competencia de la Comunidad Europea o de las Comunidades Autónomas), pero se trata de simples traslados competenciales previstos por la propia Constitución y que, en consecuencia, no vienen en modo alguno a contradecirla.

Esas son, pues, las alteraciones o modulaciones que la Constitución permite respecto de sus propias reglas y que por ello, por estar permitidas, no significan su reforma. Pero nada más. De manera que lo que la Constitución ha previsto es el traslado de competencias y no la modificación de los límites que a esas competencias la propia Constitución impone, límites que ni el artículo 93 ni el 150.2 le-

gitan para levantar. Por ello, mediante las operaciones de transferencia se pueden trasladar competencias de los poderes constituidos, no del poder constituyente. Tanto las normas estructurales sobre existencia y composición de órganos como las normas materiales sobre valores, principios, derechos y obligaciones que la Constitución contiene (y no sólo, pues, los principios y valores fundamentales, como incorrectamente sostienen algunos) quedan fuera del ámbito de aplicación de las reglas constitucionales sobre traspaso de competencias; su alteración sólo podría producirse mediante la reforma de la Constitución.

El Ordenamiento constitucional español es bien distinto, en esta materia de la autorización de los Tratados comunitarios, al de otros países europeos. En Irlanda, la ratificación del Tratado comunitario puede suponer reforma de la Constitución justamente porque esa ratificación se produce allí mediante reforma constitucional. En Italia, la capacidad reformadora del Tratado se admite (no por toda la doctrina), pero porque su Constitución no contiene una cláusula equivalente a la de nuestro artículo 93. En Inglaterra, la cuestión es más simple: su Constitución es flexible. En Holanda, la capacidad de que el Tratado comunitario excepcione (en su ámbito de aplicación) la vigencia de normas constitucionales está expresamente reconocida por la propia Constitución y, en coherencia con ello, se exige para la ratificación del Tratado un procedimiento idéntico que para la reforma constitucional. Por cierto que el requerimiento de nuestro Gobierno en el punto que ahora examinamos, parece que está teniendo en cuenta la Constitución holandesa y no la Constitución española. Esta ilusión no es rara, porque también parecen haberla sufrido algunos de nuestros juristas de relieve.

Tales construcciones, por razones evidentes y que no hace falta repetir, no pueden trasladarse a nuestro Ordenamiento. Más próximos, en este punto, a nuestro sistema constitucional están Alemania, Francia y Portugal, por ejemplo, y allí, para ampliar el derecho de sufragio según la previsión del artículo 8.B.1 del Tratado, tuvieron que reformar previamente, en tal sentido, sus respectivas Constituciones. En Alemania tenían, además, una previsión constitucional análoga a la de nuestro artículo 93 y entendieron, correctamente, que no ofrecía cobertura para ello y que era necesario acudir a la reforma constitucional. En Bélgica y Luxemburgo el Consejo de Estado dictaminó a favor de la necesidad de la reforma de la Constitución, y aunque primero se ha ratificado el Tratado, está prácticamente decidido que la reforma se efectuará (sobre el tema que nos ocupa del derecho de sufragio) antes de que entre en vigor la Directiva comunitaria sobre la materia.

Como puede observarse, la tesis de la autorruptura constitucional ni es sólida ni es de general aceptación en el Derecho constitucional europeo, aparte de incompatible con la Constitución española. Ello no significa, como antes se dijo, desconocer que la puesta en marcha del artículo 93 produce alteraciones textuales en la propia Constitución, lo que es evidente (alteraciones relativas a las cláusulas

las que atribuyen competencias a cada uno de los poderes públicos, incluyendo, claro está, porque es lo mismo, a las cláusulas sobre reserva de ley). Ocurre, simplemente, que tales alteraciones están previstas (y por ello habilitadas) en la propia Constitución (art. 93), por lo que su puesta en marcha no supone modificación, sino cumplimiento de la Constitución misma. Pueden transmitirse competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, pero no, claro está, la competencia de reformar a la propia Constitución, aunque sólo fuera por la simple razón (que no es la única, como antes hemos explicado) de que el legislador, mediante Ley Orgánica, no puede disponer de lo que no tiene.

Cosa bien distinta son las relaciones entre el Derecho comunitario derivado de los Tratados y el Derecho de producción nacional, relaciones interordinamentales que han de sustentarse en posiciones de mayor flexibilidad, aunque sólo sea porque aquel Derecho comunitario no sólo ha de aplicarse en uno de los Estados miembros, sino en todos los Estados que integran la Comunidad. Pero ocurre que la ratificación del Tratado (es decir, de lo que aún no es Derecho comunitario originario) no puede ser entendida, en modo alguno, a través de ese género de consideraciones, sino a través del contraste de esa futura Norma y de la Constitución nacional, ya que el Tratado sólo puede ser ratificado, esto es, sólo puede nacer a la vida del Derecho en la medida en que la Constitución estrictamente lo permite.

En fin, y en vista de la complejidad que tiene el problema del que venimos tratando, se me ocurre que quizá el Tribunal Constitucional debiera haber aclarado mejor todo este punto para no abonar el terreno de las críticas simplistas a su doctrina.

Una vez delimitado lo que permite, y lo que no permite, el artículo 93, el problema, sin embargo, no queda enteramente resuelto, porque cabe preguntarse si, reducida la capacidad de transferir al ámbito de competencias propias de los poderes constituidos, dicha capacidad es ilimitada. Ese problema se lo han planteado tanto el Consejo Constitucional francés como el Tribunal Constitucional alemán con diversas argumentaciones. El Tribunal Constitucional español no entra en ese terreno y se limita a sugerir que entre nosotros el problema en cuestión (que no es otro que el de la soberanía) queda resuelto desde el momento en que el artículo 93 no permite el traslado de la titularidad, sino sólo del ejercicio de la competencia. Pero, claro está, esa es únicamente una faceta del problema, pues con afirmar que la transferencia no significa cesión definitiva lo único que se resuelve es un límite de cualidad, pero no de cantidad. ¿Aunque la transferencia no suponga una cesión definitiva, puede transferirse todo? Entiéndase, ¿todo lo que el poder constituido puede transferir? El Tribunal, como he dicho, no entra en este asunto, y tampoco le hacía falta para resolver el caso. Se trata, pues, de un problema constitucional no planteado y sobre el que volveré más adelante en la última parte de mi conferencia.

Pasemos, por fin, al último punto del requerimiento del Gobierno: la petición al Tribunal de que se pronuncie acerca del procedimiento de reforma, si entendiese, como así fue, que el artículo 93 no resuelve la contradicción y ha de acudir a la reforma constitucional. El Gobierno estima que la vía es la del artículo 167 y no la del 168, y el Tribunal le da, aquí sí, toda la razón. A mi juicio, el asunto es claro y no hace falta detenerse en comentarlo. Sólo cabe apuntar que el Tribunal, al contrastar el artículo 8.B.1 del Tratado con el artículo 1.2 de la Constitución (después de determinar que no hay colisión con el art. 23), expone que sólo cabría plantearse la hipótesis de que se afecta a la soberanía si se otorgase el derecho de sufragio a los no nacionales para la elección de órganos que ostentasen potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, lo que no es el caso en las elecciones locales. Precisamente por estimarse que afecta a la soberanía, la reforma de la Constitución francesa (realizada para poderse ratificar el Tratado de la Unión Europea), que viene a extender allí el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos comunitarios, impide (art. 88.3) que éstos puedan ejercer las funciones de alcalde o de adjunto o que participen en la designación de los electores senatoriales y en la elección de senadores.

Si me he detenido en este punto es simplemente para poner de manifiesto otro problema más: el de los límites a la reforma de la Constitución cuando esa reforma tiene por objeto la integración en una entidad supranacional. En Francia y Alemania se lo han planteado, entre nosotros podría entenderse, a primera vista, que el problema es inexistente en la medida en que nuestra Constitución no pone límites a su reforma por la vía del artículo 168. Creo, sin embargo, que en España el asunto no es tan simple, y aunque no tan complicado como en Alemania, tiene la suficiente complejidad como para que yo suspenda ahora mi juicio sobre él y lo deje para otra ocasión.

\* \* \*

Paso ahora a referirme, brevemente, a la reforma de nuestra Constitución, que se llevó a cabo el 27 de agosto de 1992.

Esa reforma constitucional, que se limitó a añadir el término «y pasivo» en el texto del artículo 13.2, no reduciendo, pues, esta ampliación del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los ciudadanos de otros países comunitarios, sino dejándolo abierto a cualquier otro extranjero, recibió el apoyo de todos los grupos parlamentarios y no necesitó de referéndum en cuanto que éste no fue instado por quienes podían hacerlo, según determina el artículo 167 de la Constitución.

Aparte de otras cuestiones sobre las que ahora no viene al caso extenderse, entre ellas la muy correcta confirmación, en esta primera ocasión en que se pro-

duce, de que las reformas constitucionales no pueden instrumentarse, entre nosotros, mediante una «ley de reforma», sino mediante un texto que sólo puede elaborarse, aprobarse y promulgarse con la estricta denominación de «reforma de la Constitución» (sin que ello plantee, sin embargo, un problema irresoluble acerca de la posibilidad del control de constitucionalidad de la propia reforma), me parece que debe llamarse la atención acerca de la extensión del sufragio pasivo a los nacionales de cualquier Estado extranjero.

Es cierto que el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal no obligaba a las Cortes Generales a reducir el alcance de la reforma a los estrictos términos del problema constitucional planteado. Sin embargo, también es cierto que el aval del Tribunal sólo alcanza a la extensión del sufragio pasivo respecto de los ciudadanos comunitarios, debiendo entenderse que lo que traspassa ese ámbito ha sido decidido libremente por el poder constituyente-constituido en uso de sus propias facultades, lo que significa que cabe plantearse si, efectivamente, nuestra Constitución permite que por la vía del artículo 167 pueda introducirse en nuestro Ordenamiento la posibilidad de que los extranjeros no comunitarios sean elegibles para los órganos de gobierno municipal.

Al fin y al cabo, y aunque el Tribunal, en su Declaración, sólo se refería a la no afectación del artículo 1.2 en cuanto que tales órganos no ostentan potestades ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía, se hace difícil desligar este asunto de su significación comunitaria y por ello supranacional. Ese presupuesto, del que el Tribunal parte (aunque no lo explicita en su argumentación) porque es justamente el que delimita los términos del caso planteado, impide trasladar, al menos de manera automática, la doctrina del Tribunal a otros casos distintos. La pertenencia a una Comunidad de Derecho, basada en la libertad y la democracia, es decir, en unos principios compartidos en cuanto a la legitimación y ejercicio del poder, Comunidad a la que los Estados han atribuido importantes competencias, esto es, la pertenencia a lo que es ya la Unión Europea, presta una indudable coherencia teórica al *status* de la «ciudadanía comunitaria» y a la correspondiente posibilidad de que esos ciudadanos puedan ser elegidos para el desempeño de los cargos de gobierno municipal en cualquier país de la Comunidad donde residan. Esa coherencia no cabe encontrarla, desde luego, en relación con ciudadanos de otros Estados que no formen parte de la Unión Europea. En esos casos no sería nada irrazonable plantearse el problema de si la ampliación al derecho de sufragio pasivo afecta a la soberanía nacional. Dejo el problema simplemente apuntado; de todos modos, me hubiera parecido preferible (es, claro está, una opinión meramente personal) que la reforma del artículo 13.2 se hubiera referido sólo al ámbito marcado por el artículo 8.B.1 del Tratado, esto es, a los ciudadanos comunitarios.

\* \* \*

Pasemos, por fin, a la última parte de mi conferencia: a los problemas constitucionales no planteados en España en relación con el Tratado de la Unión Europea. Y no se plantearon, claro está, porque el requerimiento del Gobierno se limitó a esa única cuestión que hemos venido analizando, y el Tribunal, como órgano jurisdiccional que es, no podía extralimitarse del objeto fijado en el *petitum*. Es cierto que nada impedía al Gobierno haber ampliado su requerimiento a otros aspectos del Tratado de la Unión al objeto de disipar así posibles controversias futuras y obtener del artículo 95.2 de la Constitución los beneficios que depara en orden a la plena verificación de la validez del Tratado. Ocurre, sin embargo, que nuestro sistema ofrece muchas dificultades para que se inste del Tribunal, en la vía del control previo, un examen de tal amplitud.

Aunque los términos del artículo 95.2 amparan sobradamente la posibilidad de que el requerimiento al Tribunal verse sobre la totalidad del Tratado (a la manera francesa, podría decirse), la propia definición que el Tribunal ha hecho de su competencia parece poco compatible con ese examen completo que, por serlo así, es decir, por ser completo o exhaustivo, se convertiría, casi necesariamente, en una actividad más consultiva que jurisdiccional. De otra parte, al reconocérsele únicamente la legitimación al Gobierno y a las Cámaras para plantear el control, es muy difícil que quien concluye el Tratado (o la mayoría par arrentaria que le apoya) esté muy dispuesto a cuestionar ampliamente la constitucionalidad del mismo. Distinto es el caso en Francia, donde se admite sin reparos el carácter consultivo de la actividad que en esos casos desempeña el Consejo Constitucional y donde, además, la legitimación para instar el control no sólo se atribuye al primer ministro y a las Cámaras, sino también al presidente de la República, aparte de que como fruto, precisamente, de la reforma constitucional realizada con ocasión del Tratado de Maastricht, dicha legitimación se ha extendido a la minoría parlamentaria (60 diputados o senadores). También es distinta la situación en Alemania, donde cabe el recurso de amparo frente al acto de autorización de un Tratado por las Cámaras, con la posibilidad de que, en tal caso (como así ha ocurrido con el Tratado de la Unión), la impugnación pueda funcionar como una especie de control previo. En resumen, pues, nuestro Ordenamiento no impide que al Tribunal Constitucional se hubiera sometido el examen de la totalidad del Tratado, pero lo facilita muy poco, y esto debería ser entre nosotros objeto de una seria reflexión. Quizá conviniera plantearse la oportunidad de atribuir, mediante reforma del artículo 95.2, legitimación (al modo francés) a las minorías parlamentarias para instar el control previo de los Tratados internacionales.

Ahora bien, el hecho de que en España se haya visto reducido el control del Tribunal sobre el Tratado al asunto concreto del sufragio pasivo en las elecciones municipales no significa que, al menos en teoría, no quepa plantearse entre nosotros otros problemas de constitucionalidad, de los que sí han tratado el Consejo

Constitucional francés (especialmente en su Decisión de 9 de abril de 1992) y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en su sentencia de 12 de octubre de 1993).

Uno de esos problemas se refiere a las cláusulas del Tratado relativas a la política económica y monetaria común, la adopción de una moneda única europea y la creación de un Banco Central Europeo (podríamos extender el ámbito también a las competencias sobre política exterior o sobre política de seguridad y de inmigración común, etc., pero prefiero referirme sólo a esta materia económico-monetaria, que no es la única que plantea problemas constitucionales, aunque sí sean los más llamativos).

Tanto en Francia como en Alemania se ha entendido (el Consejo Constitucional francés, al exigir la reforma constitucional en ese sentido; el Tribunal Constitucional alemán, al tener en cuenta la reforma constitucional, también en ese sentido realizada) que no bastaba con una cláusula constitucional genérica para la atribución de tales competencias, sino que se precisaba de una mención constitucional específica. Cabría preguntarse entonces si entre nosotros es suficiente la cobertura del artículo 93 para que se hayan transferido a la Unión Europea tales competencias económicas y monetarias que afectan tan directamente a lo que los franceses denominan «condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía» o que se integran en lo que llaman los alemanes «derechos de soberanía».

Aunque la Declaración de nuestro Tribunal no se refiere, claro está, a esas materias (sobre las cuales no se le había consultado), parece que de la doctrina general que establece respecto del significado del artículo 93 cabe derivar que en nuestro Ordenamiento las únicas competencias que, *ex art. 93*, no pueden transferirse, son aquellas mediante las que un órgano participa en la creación de otros órganos constitucionales. Todas las demás competencias atribuidas por la Constitución podrían ser transferidas, sin límite alguno, sin que esa carencia de límites resulte incompatible con el principio de la soberanía nacional, dado que en nuestro artículo 93 está claro (a diferencia de lo que sucede con fórmulas análogas de las Constituciones de otros países comunitarios) que la transferencia no admite el traspaso de la titularidad de la competencia, sino sólo de su ejercicio.

A mi juicio, y aun admitiendo que así se garantiza *ex Constitutione* el carácter no irreversible del traspaso (por eso hay transferencias y no auténtica cesión del poder), tal interpretación es cuanto menos discutible, y no exactamente porque yo participe de lo que podría llamarse la idea francesa de soberanía, sino porque me parecen muy sólidos los argumentos que, sobre esta cuestión, se apuntan por el Tribunal Constitucional alemán cuando afirma que la extensión de las competencias de la Comunidad Europea encuentra un límite en el principio democrático, ya que, en la medida en que la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder de la Comunidad no opera a través del Parlamento Europeo (dadas sus escasas competencias), sino de los Parlamentos nacionales, un vaciamiento de los

poderes de éstos supondría también vaciar del contenido el principio de legitimación del poder en que la Constitución se funda. Cabe decir, entonces, que la Constitución impone límites a la capacidad de transferir en función del desarrollo institucional de la Comunidad a la que se transfiere.

Es cierto que podría decirse que, así considerados, esos límites no son autónomos, sino heterónomos, en cuanto que no operan por sí mismo, sino en relación con los que se derivan de la propia naturaleza de la Unión Europea, dependiendo de ésta y no de la Constitución misma la capacidad que tengan tales límites para desplegar su eficacia. Pero ocurre que, con la doctrina de nuestro Tribunal, que establece, muy correctamente, la distinción, de un lado, entre traspaso de titularidad (no permitida) y traspaso de ejercicio (permitida), y de otro, entre transferencia de competencias «constituidas» (permitida) y transferencia de competencias «constituyentes» (no permitida), la posibilidad de transferir, dentro de ese marco, pero ilimitadamente, parece muy difícil de aceptar, ya que presupondría la capacidad de transformación de nuestro Estado (sin reforma de la Constitución) en una entidad que seguiría siendo estatal, pero vacía prácticamente de poderes, y la correspondiente capacidad de transformación de la Unión Europea (también sin reforma de nuestra Constitución) en un Estado federal *de facto*, aunque no fuese *de iure*. Creo que tales transformaciones sólo podrían ser producto del ejercicio de un poder constituyente que, por principio, está prohibido transferir por el artículo 93, puesto que requeriría de la reforma expresa de nuestra Constitución. El problema es delicado y en tal sentido me parece que no cabe sostener que esté resuelto en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que se contiene en su Declaración de 1 de julio de 1992.

Otro problema, muy especialmente tratado por la sentencia alemana, se refiere a las condiciones constitucionales en que las competencias se traspasan. En dicha sentencia se afirma que tanto el principio democrático como el principio federal en que se basa la organización institucional del Estado alemán imponen que se arbitre suficientemente la participación del Parlamento nacional y de los *Länder* en la adopción de los actos comunitarios por el Gobierno Federal. Tales mecanismos se han llevado a la Constitución mediante la amplia reforma efectuada de sus artículos 23, 24, 45, 50 y 52. La necesaria participación del Parlamento nacional para hacer compatible el principio democrático con la transmisión de competencias a la Comunidad también está expresamente recogida en las reformas constitucionales realizadas en Francia y Portugal. Nosotros no hemos alterado nuestra Constitución en ese sentido, pero habrá que admitir que la vigencia del principio democrático y del principio autonómico, vigencia que no puede ser alterada, como ha dado a entender muy bien nuestro Tribunal Constitucional, por la utilización del artículo 93, impone que, mediante medidas de Derecho interno (legislación y reglamentos de la Cámara) se establezcan los mecanismos que ga-

ranticen la participación de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas en la adopción de actos comunitarios por el Gobierno español. Podría decirse, incluso, que ahora, después de la sentencia alemana (muchas de cuyas consideraciones pueden ser trasladadas, me parece, a nuestro Ordenamiento), hay más razones aún para reformar el Senado y convertirlo en verdadera Cámara de representación territorial.

La sentencia alemana también se plantea un problema de indudable trascendencia, como es el de la caracterización misma del traspaso competencial y las garantías constitucionales frente a la desvirtuación comunitaria de ese carácter. El Tribunal Constitucional federal alemán señala que la ley de transferencia ha de fijar «de manera suficientemente precisa» las competencias que se transfieren, y ello significa que la Comunidad carece de poderes para desvirtuar o ampliar el ámbito de lo estrictamente transferido, objetivo que sólo puede conseguir mediante la reforma expresa de los Tratados comunitarios. En consecuencia, se dirá, una interpretación extensiva del Tratado que suponga realmente su ampliación sin acudir a su reforma «no tendrá efecto vinculante para Alemania». Pero junto con esta llamada de atención, claramente dirigida al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal alemán añadirá otra advertencia dirigida a todos los órganos comunitarios, afirmando que, para salvaguardar la exigencia de que la Unión Europea no se extralimite de las competencias transferidas, «el Tribunal Constitucional Federal (cito textualmente) verificaría si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se mantienen dentro de los límites de los derechos de soberanía que les han sido conferidos o si los quebrantan».

Como puede apreciarse, se configuran las competencias comunitarias como estrictas competencias de atribución y se limita extraordinariamente la capacidad de ampliación competencial por la vía de los poderes implícitos prevista en el artículo 235 del Tratado CEE (vía que tanto se había utilizado por el Consejo y tan flexiblemente se había convalidado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad). Y más aún, se proclama la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inaplicación en el territorio alemán de los actos jurídicos comunitarios que pudieran dictarse fuera del ámbito de poder expresamente atribuido.

En España el problema no ha sido, ni siquiera indirectamente, aludido por nuestro Tribunal Constitucional en su doctrina sobre el artículo 93, pero me parece que en cuanto que allí se otorga una indudable trascendencia jurídico-constitucional al hecho de que se permite transferir el ejercicio, pero no la titularidad, de la competencia, esa doctrina conduce probablemente en este punto a una tesis muy próxima a la defendida por el Tribunal alemán.

El último problema del que quería tratar se refiere a la relación Derecho comunitario-derechos fundamentales, cuestión también objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán.

Aclarando (y en algún punto, expresamente rectificando) sentencias anteriores sobre el mismo problema, la sentencia de 12 de octubre de 1993 vendrá a sostener que los derechos fundamentales están protegidos en Alemania frente a todos los poderes públicos estatales o supranacionales que puedan afectarlos y que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal podrá controlar los actos comunitarios que los vulneren. En todo caso, añadirá que «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado se desarrollará en “una relación de cooperación” con el Tribunal Europeo; aclaración que intenta suavizar, por así decirlo, la tesis que se establece, pero que no desvirtúa ni un ápice el principio en que se sustenta: en caso de contradicción entre el Derecho comunitario y los derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional alemán hará prevalecer éstos sobre aquél.

Tampoco, directamente, este problema es abordado por la doctrina de nuestro Tribunal contenida en su Declaración de 1 de julio de 1992, pero de lo que en ella se dice acerca del supuesto que le fue planteado y acerca del significado que cabe atribuir al artículo 93 (hay que reformar la Constitución para modificar derechos; sólo pueden transferirse competencias, cuyo ejercicio, además, quedará sometido a los mismos límites que la Constitución impone a los poderes constituidos), de esa doctrina, pues, de nuestro Tribunal, parece desprenderse, en cuanto a la relación entre el Derecho comunitario y los derechos fundamentales de la Constitución española, análoga solución a ésta que, en su sentencia, ha adoptado el Tribunal Constitucional alemán.

\* \* \*

Todo lo que hemos venido examinando hasta ahora me conduce a unas consideraciones de conjunto que quisiera exponerlas a modo de conclusión.

La construcción europea se ha venido realizando mediante un proceso sustentado en el voluntarismo político de los Gobiernos y en el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Este modo, funcionalista, ha resaltado hasta fechas recientes bastante eficaz, pero, como todo funcionalismo, tiene sus limitaciones. Y ha sido precisamente el gran paso adelante en el proceso de integración realizado por el Tratado de la Unión Europea el que los ha puesto de manifiesto. Quizá porque cuando se pretende una mayor unificación, el funcionalismo ha de ser complementado, valga la palabra, con el estructuralismo. Establecer una ciudadanía europea, eliminar las fronteras, crear una política común en materia económica, imponer una moneda única, etc., son pasos decisivos que aproximan al federalismo, esto es, a la transformación sustancial de lo que surgió, y es todavía una comunidad de Estados soberanos. No es de extrañar, pues, que con ocasión de este Tratado se hayan planteado, por fin, los problemas del Dere-

cho constitucional que, en etapas anteriores, habían quedado subyacentes y sólo aparentemente velados por el Derecho comunitario.

La enfáticas declaraciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad acerca del carácter irreversible de la cesión de competencias por los Estados miembros y de la incondicionada primacía del Derecho comunitario sobre las normas de producción interna (incluidas las normas constitucionales), declaraciones repetidas en diversas sentencias de aquel Tribunal («Costa Enel», «Internationale Handelsgesellschaft», «Simmenthal», etc.) no podían servir para ocultar la realidad que los Tribunales constitucionales español, francés y alemán han puesto de manifiesto: que mientras Europa sea una unión de Estados soberanos y no una federación, la validez del Derecho comunitario en los países europeos se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.

No creo que esta constatación, que ha encontrado su mejor (aunque no única) expresión en la sentencia de 12 de octubre pasado del Tribunal Constitucional alemán, suponga una reacción anticomunitaria, sino la puesta de manifiesto de una exigencia ineludible: la de que no puede avanzarse más en la construcción europea sin cumplir con las reglas del Estado de Derecho. Puede decirse, pues, que ha llegado la hora del constitucionalismo en el proceso de integración europea o, con otras palabras, que el Derecho comunitario ya no puede seguir avanzando sin la ayuda del Derecho constitucional. Por ello, más que un retroceso en el camino de la integración, estas decisiones del Consejo constitucional francés, del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Constitucional alemán son una llamada de atención frente a un excesivo voluntarismo en la construcción jurídica del proceso de integración. Espero que los «euro-optimistas» inteligentes caigan en la cuenta de que los «constitucionalistas» no son enemigos de la Unión Europea, sino valedores de su solidez, ya que esa Unión sólo será firme si las intenciones políticas (por muy buenas que sean) no sacrifican las exigencias del Derecho para el logro de sus objetivos. Constatar que Europa no es aún un Estado federal, con todas las consecuencias jurídicas que esa constatación comporta, es, me parece, un buen camino para lograr que un día pueda llegar a serlo.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

Al momento de dictarse esta conferencia ya han sido varios los trabajos publicados sobre los problemas constitucionales planteados en España con motivo de la ratificación del Tratado de la Unión Europea, en los que se comenta, con muy diversa intensidad, la Declaración de nuestro Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992; así, R. ALONSO GARCÍA: «Maastricht y la reforma de la Constitución española», en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 63 (1992); A. LÓPEZ CASTILLO y J. POLAKIEWICZ: «Verfassung

und Gemeinschaftsrecht in Spanien. Zur Maastricht-Erklärung des Spanischen Verfassungsgerichts», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, 277; A. MANGAS MARTÍN: «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2 (1992); S. MUÑOZ MACHADO: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993; F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36 (1993). También, en la ponencia (original mecanografiado) de P. PÉREZ TREMPES: «El ordenamiento comunitario y estatal: las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del Tratado de Maastricht en el Derecho comparado», presentada en el XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Madrid, 24-26 de noviembre de 1993.