

DOS PREGUNTAS JURIDICAS A PROPOSITO DE MAASTRICHT

¿Es necesario en España el referéndum para ratificar el Tratado de la Unión Europea, ¿cuáles son las consecuencias del "no" danés?.

Ricardo Alonso García
Profesor Titular de la Universidad Complutense

I. INTRODUCCION.

El 7 de Febrero de 1992 los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros firmaban en Maastricht el Tratado de la Unión Europea, que entrará en vigor, según dispone el artículo R, apartado 2, "el 1º de Enero de 1993, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad".

Para su vigencia se exige, pues, la ratificación de todas y cada una de las Altas Partes Contratantes del Tratado de la Unión, que no son otras que los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas, de conformidad con su propio Derecho interno, produciéndose una congelación de la entrada en vigor hasta el 1 de Enero de 1993 en el supuesto de que todos ellos lo ratifiquen antes de dicha fecha, transcurrida la cual habrá que esperar a la ratificación por el último Estado miembro (fecha, por cierto, no escogida al azar, sino precisamente con la intención de hacerla coincidir con la prevista en el artículo 8 A del Tratado CEE, subrayando la vinculación existente entre la transformación de la Comunidad en el marco de la Unión Europea y la consecución del mercado interior).

Dos cuestiones planteadas por la entrada en vigor del Tratado de la Unión van a ser objeto de este breve análisis: la primera, partiendo de la necesidad de que el Tratado sea ratificado por las Altas Partes Contratantes *de conformidad con su Derecho interno*, se centrará en si el Derecho español exige la celebración de referéndum para ratificar el Tratado; la segunda, partiendo de la necesidad de que el Tratado sea ratificado *por todas las Partes Contratantes*, se centrará en las consecuencias del "no" del pueblo danés a dicha ratificación.

II. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE REFERENDUM EN ESPAÑA PARA RATIFICAR EL TRATADO DE LA UNION.

En Derecho español, los dos únicos supuestos en que resulta jurídicamente obligatorio convocar referéndum son la reforma constitucional regulada en los artículos 167 y 168 de la Constitución, y la aprobación y en su caso reforma de los Estatutos de Autonomía a los que se refieren el artículo 151 y la disposición transitoria segunda de la Constitución.

Fuera de estos dos supuestos específicos, el artículo 92 de la Constitución dispone que "las decisiones políticas de especial trascendencia *podrán* ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos". Ello significa que para ratificar el Tratado de la Unión, sólo será *jurídicamente* obligatorio convocar referéndum

en la medida en que dicha ratificación exija previamente reforma constitucional con el fin de adecuar nuestro texto constitucional al texto europeo. Dicho de otro modo: si para ratificar el Tratado se considera que no es necesaria la reforma constitucional, el referéndum popular podrá en su caso plantearse en términos de conveniencia política, pero no de obligatoriedad jurídica; si, por el contrario, para ratificar el Tratado es necesario reformar previamente la Constitución, puede existir la obligación jurídica de convocar referéndum (se insiste, no como consecuencia de la ratificación en sí misma considerada, sino como consecuencia de que aquélla exija como requisito previo la reforma constitucional, para la cual la Constitución exige a su vez la obligación de convocar referéndum) en los términos que exponemos a continuación.

Nótese que acabamos de señalar que la necesidad de reformar la Constitución para ratificar el Tratado *puede* desembocar en la obligación de convocar referéndum.

Ello depende de la parte de texto constitucional que deba reformarse. En efecto, si la reforma afecta al Título preliminar (artículos 1-9, que incorporan los principios configuradores del Estado español), Sección 1ª del Capítulo II del Título I (artículos 15-29, que regulan los derechos fundamentales y libertades públicas), o Título II (artículos 56-65, dedicados a la Corona), el artículo 168 *impone* la celebración de referéndum.

Si la reforma afecta a cualquier otra parte de la Constitución, el referéndum sólo será obligatorio, según el artículo 167, si así lo solicitan una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (Congreso o Senado).

Así las cosas, el problema de la necesidad o no de reforma de la Constitución se ha planteado sobre la base de una posible contradicción entre el artículo 8 B del Tratado de la Comunidad Europea, a su vez integrante del Tratado de la Unión, y el artículo 13.2 de la Constitución, en conexión con el 23.

Según el mencionado artículo 8 B, se reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional "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".

El nudo del problema radica, como señalábamos, en la compatibilidad de dicha disposición con los artículos 13.2 y 23 de la Constitución: estableciendo éste el "derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal", matiza aquel que "solamente los españoles" serán titulares de tal derecho, "salvo lo que, atendiendo criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales".

No plantea problemas el reconocimiento a los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad que residan en España del *derecho de sufragio activo* (derecho a votar, a elegir) en las elecciones municipales, habida cuenta de que el Tratado estaría basado, por definición, en la reciprocidad, de modo que los nacionales españoles residentes en otros Estados miembros también podrían participar en las elecciones en el país de residencia.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar, con relación al *sufragio pasivo*, (derecho a ser votado, a ser elegido) si para la ratificación del Tratado es necesario reformar previamente la Constitución, conforme manda el artículo 95.

La respuesta, en principio, parece que podría ser afirmativa, si no fuera porque existe un precepto en la Constitución, el artículo 93, que permite llevar a cabo ajustes en el texto constitucional sin necesidad de su reforma.

En efecto, el artículo 93, que habilita a las Cortes Generales para autorizar por Ley orgánica "la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de las competencias derivadas de la Constitución", fue incorporado por el constituyente pensando en la entonces futura adhesión de España a la Comunidad Europea, y ha sido unánimemente interpretado en el sentido de permitir retoques del texto constitucional sin necesidad de acudir al procedimiento de reforma previsto en los artículos 167 y 168: por ley orgánica es posible, por ejemplo, ratificar un Tratado internacional en virtud del cual se ceda a una instancia supranacional potestades legislativas que, según el artículo 66 de la Constitución, corresponden a las Cortes Generales (así sucede en las Comunidades Europeas donde en los sectores por ellas abarcados la potestad legislativa reside originariamente en el Consejo y, en su caso, en la Comisión), lo que implica alteración del texto constitucional (en el ejemplo citado, el artículo 66), sin acudir al procedimiento de reforma regulado en los artículos 167 y 168.

Partiendo, pues, del artículo 93 como tercera vía de alteración del texto constitucional (vía cuya utilización no exige la celebración de referéndum), el problema radica en determinar si dicho precepto permite cualquier alteración constitucional, o si existen determinadas partes o aspectos de la Constitución -en concreto, el derecho de sufragio- cuya modificación exija en todo caso acudir al procedimiento de reforma previsto en los artículos 167 y 168.

Antes de continuar, conviene hacer dos aclaraciones. La primera, que el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 de la Constitución), ya se ha pronunciado al respecto (dictámenes 850/91 y 421/92), expresando la opinión, no vinculante, de que es posible ratificar el Tratado de la Unión previa autorización por ley orgánica, sin necesidad, por tanto, de reforma ni de referéndum (sobre la base de argumentos distintos de los que aquí van a ser esgrimidos). La segunda, que ambos dictámenes concluyen destacando la conveniencia de que, conforme dispone el artículo 95.2 de la Constitución, se requiera al Tribunal Constitucional para que declare, antes de la ratificación, si es necesaria o no la previa reforma constitucional, requerimiento que ha tenido lugar a mediados del mes de Mayo.

Lo que aquí se sostenga, por tanto, queda pendiente de lo que finalmente resuelva el Tribunal Constitucional (a mediados de Julio, según su Presidente), resolución que, a diferencia de los dictámenes del Consejo de Estado, vinculará a los poderes públicos.

Hechas estas aclaraciones, el tema debe ser abordado, creo, a partir de la lectura del propio artículo 93: lo que permite dicho precepto, sin necesidad de acudir a la reforma constitucional, es la cesión de *competencias derivadas de la Constitución*.

Ello implica posibilidad de alteraciones del texto constitucional, a través del artículo 93, de *naturaleza estructural*, con todo lo que la expresión conlleva, esto es, las competencias antes ejercidas por órganos internos, pasan a ser ejercitadas por las instituciones comunitarias, sometidas éstas, lógicamente, a sus propias reglas de funcionamiento, procedimiento, publicación de normas, etc.

Mayor complejidad plantea la cuestión de si por la vía del artículo 93 se pueden producir alteraciones de *naturaleza sustantiva*, esto es, alteraciones de las condiciones de fondo que deben respetar los órganos internos en el ejercicio de las competencias que tienen reconocidas, destacando a este respecto los derechos y libertades del Título I de la Constitución, que en cuanto constituyen un núcleo indisponible para la voluntad de cualquier institución interna (salvo reforma constitucional), difícilmente pueden pasar a considerarse, por gracia del artículo 93, núcleo disponible para las instituciones europeas.

En términos más simples: no se puede ceder lo que no se tiene. Y si el límite por excelencia a la actuación de las instituciones internas está en el respeto del contenido esencial de los derechos y libertades del Título I, malamente se puede interpretar el artículo 93 como vía para permitir a instituciones supranacionales

desconocer ese límite al que están sometidas las instituciones internas, cediendo en definitiva lo vedado a quien realiza la cesión.

Partiendo de tal premisa, ¿cuál es el núcleo indisponible para el legislador español con relación al caso que nos ocupa, que en consecuencia no puede ser cedido a instancias supranacionales por la vía del artículo 93?

En mi opinión, ese núcleo es que los españoles deben en todo caso gozar de la titularidad del derecho de sufragio; respetado ese núcleo, nada impide su ampliación a personas que carezcan de la nacionalidad española.

Dicho de otro modo, los artículos 13.2 y 23 de la Constitución no prohíben el derecho de sufragio pasivo de los no españoles, sino que se limitan, y he aquí el matiz, a no reconocerles su titularidad, lo que no impide que dicho reconocimiento pueda tener lugar por otras vías (en este caso, a través de un Tratado internacional), posibilidad esta tácita que debe añadirse a la expresamente admitida para el derecho de sufragio activo.

La cuestión, como ya señalamos, está pendiente ante el Tribunal Constitucional, habiendo adelantado su Presidente, según noticias de prensa, que puede ser necesaria una "mínima" reforma constitucional. Dejando aparte tan inoportuna declaración, estando como está el problema *sub judice*, la jurisprudencia constitucional no ofrece pautas concretas que permitan anticipar cuál vaya a ser la posición que adopte el Tribunal, pues en su Sentencia 112/91, de 20 de Mayo, en la que desestimó un recurso de amparo frente a la negativa a proclamar como candidato por el partido "Los Verdes de Andalucía", en las elecciones municipales, a un nacional belga, se limitó a señalar que el artículo 176 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (según el cual "gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado"), se refería de forma exclusiva al derecho de sufragio activo, y no al pasivo, añadiendo a continuación: por un lado, que aunque se entendiera que lo establecido en dicho precepto fuera también aplicable al derecho de sufragio pasivo (dejando en interrogante, por tanto, tal posibilidad), no lo sería en el caso planteado, al no haber entrado por entonces todavía en vigor el referido precepto; y por otro lado, que sin entrar en el análisis de cuál sería el valor y alcance interno de una norma europea que reconociera el derecho de sufragio pasivo a residentes extranjeros (dejando de nuevo en interrogante tal posibilidad), no existía -por entonces- ninguna norma comunitaria invocable a ese respecto.

Lo que sí parece claro es que son tres las soluciones entre las que puede optar el Tribunal Constitucional al respecto: 1) seguir la tesis aquí expuesta, en cuyo caso el Tratado de la Unión podría ratificarse por Ley Orgánica (sin existir, por tanto, obligación jurídica de convocar referéndum); 2) considerar que el artículo 13.2, en conexión con el 23, es contrario al Tratado de la Unión, en cuyo caso, afectando la contradicción a un derecho comprendido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, sería obligatorio, conforme impone el artículo 168, convocar referéndum; 3) considerar que el Tratado de la Unión no afecta al contenido mismo del derecho de sufragio -artículo 23-, sino tan sólo a su titularidad -artículo 13.2-, en cuyo caso el procedimiento de reforma sería el previsto en el artículo 167, que eventualmente puede exigir referéndum si así lo solicitan una décima parte de diputados o senadores.

III. SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL "NO" DANES EN LA RATIFICACION DEL TRATADO DE LA UNION.

Antes de adentrarnos en la complejidad jurídica suscitada por el referéndum en Dinamarca con relación a la ratificación del Tratado de la Unión, conviene recordar que dicha complejidad bien pudo plantearse hace seis años, con ocasión de la firma del Acta Unica Europea.

En efecto, el 14 de Enero de 1986, el líder del Partido Social Demócrata danés y ex-primer ministro Anker Joergensen, notificaba a su sucesor, el primer ministro Poul Schluter, la intención de su partido de votar en contra de la aceptación por Dinamarca del Acta Unica Europea. Horas más tarde Schluter, al frente de un Gobierno minoritario, anunciaba la convocatoria de un referéndum consultivo al respecto.

El 17 de Febrero de 1986, el Acta Unica, precedente inmediato del Tratado de la Unión Europea, fue firmado en Luxemburgo sólo por nueve países comunitarios, supeditadas las firmas de Dinamarca e Italia, respectivamente, al resultado del referéndum y a la aprobación por el Parlamento italiano, y reservando Grecia la suya a que el Acta fuera firmada por los demás Estados miembros.

Diez días más tarde, el pueblo danés, el 56,2% frente al 43,8% (de una elevada participación del 74,8%), se pronunciaba a favor del Acta Unica Europea, que su Gobierno firmó junto con el italiano y el griego el día siguiente, 28 de Febrero, en La Haya.

Quedaba así cerrada la firma del Acta por todos los Estados miembros de la Comunidad, que no su entrada en vigor, pues congelada (artículo 33) hasta "el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario" de conformidad con sus respectivas normas constitucionales -sería precisamente Dinamarca, tras el consentimiento del *Folketing* (Parlamento), respetuoso con el resultado del referéndum, el primer Estado en ratificar-, el Acta tardaría aún prácticamente un año y medio desde su firma en entrar en vigor (el 1 de Julio de 1987), como consecuencia de las vicisitudes que su ratificación vivió en Irlanda, que se vio obligada, por decisión de su Tribunal Supremo, a reformar previamente, tras referéndum popular, su Constitución.

Pues bien, el problema que entonces pudo plantearse si el referéndum en Dinamarca (con ocasión de la firma del Acta) o Irlanda (con ocasión de su ratificación) hubiera arrojado resultados negativos, se ha convertido en tema de actualidad a propósito de la ratificación del Tratado de la Unión Europea con idénticos protagonistas por el momento, aunque con diferentes resultados, negativo por corto margen en el caso de Dinamarca, ampliamente positivo en el caso de Irlanda.

Consta el Tratado de la Unión de dos partes diferenciadas: la dedicada a la modificación de los Tratados comunitarios (CECA, CEE y CEEA), que incluye la capital cuestión de la unión económica y monetaria; y la dedicada a sectores en los que hasta ahora los Estados miembros han conservado su soberanía, plenamente (ámbitos de la justicia y asuntos de interior) o en cooperación (política exterior y seguridad común).

El Tratado de la Unión prosigue así el camino iniciado por el Acta Unica Europea, que debe su adjetivación como "Unica" al hecho de aglutinar en un solo texto, por un lado, una serie de retoques a la, en sentido amplio del término, política económica de una serie de Estados miembros (cuyo número se ha ido progresivamente ampliando hasta la última adhesión de España y Portugal) que desde la década de los cincuenta venían actuando de manera uniforme guiados por instancias supranacionales (el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas); y, por otro lado, la institucionalización de una cooperación entre esos mismos Estados (cooperación que se remonta *de facto* a los orígenes de las Comunidades Europeas) que, con un alto nivel de integración en lo económico, se veían obligados, aun manteniendo prácticamente intacta su soberanía, a coordinar sus acciones en los ámbitos de política exterior y seguridad común con el fin de mostrar una Europa globalmente coherente en el foro internacional.

Podría tal labor haberse realizado celebrando dos Tratados: uno dedicado a la profundización en la integración económica a través de las correspondientes reformas de los Tratados comunitarios; otro centrado en la jurídicamente novedosa coordinación de las actividades estatales en los ámbitos de la política exterior y seguridad común. De hecho, la preparación de ambos trabajos corrió a cargo de distintos comités, triunfando finalmente la tesis de la Comisión europea de que una Europa comunitaria coherente exigía una

presentación formal también coherente a través de un único Tratado (el Acta Unica), si bien diferenciando el ámbito económico, guiado desde Bruselas a partir de cesiones de soberanía de los Estados miembros, del ámbito estrictamente político, en el que aquéllos quedarían por el momento obligados a coordinar su acción pero desde parámetros soberanos.

Partiendo de la asunción por el Tratado de la Unión Europea, aunque con importantes variantes, de este doble carácter económico y político presente en el Acta Unica, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas del "no" danés al Tratado de la Unión Europea?

Si los demás Estados miembros están decididos a seguir adelante, cabría en principio distinguir entre los aspectos comunitarios y *extracomunitarios* del Tratado de la Unión, manifestación de su doble carácter al que nos hemos venido refiriendo. En cuanto a los "extracomunitarios" las modificaciones en el ámbito de la política exterior y la seguridad contemplado en el Acta Unica, así como la introducción de la cooperación en el ámbito de la justicia y asuntos de interior, se rigen por las normas generales de Derecho Internacional; conforme a ellas, podrían ser objeto de un acuerdo específico por quienes libremente decidan suscribirlo, sin que la negativa de algún Estado suponga, por tanto, un obstáculo para los demás.

Cuando entramos en el *terreno estrictamente comunitario*, sin embargo, la cuestión se complica de manera ostensible, pues cualquier modificación de los Tratados CECA, CEE y CEEA exige seguir las reglas en ellos establecidas, las cuales imponen, en principio, *unanimidad* de los Estados miembros, esto es, el respaldo de todos y cada uno de los Estados comunitarios, incluida, pues, Dinamarca.

Partiendo de esto, frente al "no" danés actual cabe, con relación al futuro del Tratado de la Unión:

1) La reconsideración por Dinamarca del resultado del referéndum. Expresada por los demás Estados su voluntad de seguir adelante con la ratificación del Tratado, un apoyo global al mismo -que acaba de recibir su primer impulso con el respaldo del pueblo irlandés- podría llevar a los daneses a reconsiderar su postura, aceptando el Tratado en sus términos actuales (y aunque políticamente sea impensable, no debe olvidarse que jurídicamente el referéndum, al igual que sucede en el ordenamiento español fuera de la reforma constitucional y de los Estatutos de Autonomía, tiene carácter no vinculante, sino consultivo, de modo que la última palabra al respecto, se reitera, jurídicamente, la tendría el *Folketing*, habiéndose invertido los términos con relación a lo sucedido con ocasión del Acta Unica Europea, cuya ratificación fue en un primer momento negada por el Parlamento danés, que rectificó ulteriormente su posición ante el referéndum positivo de 27 de Febrero de 1986, mientras que ahora ha sido el pueblo danés el que se ha pronunciado en contra del Tratado de la Unión frente a la posición ampliamente favorable al mismo del *Folketing*).

2) La renegociación del contenido del Maastricht, con la elaboración de un nuevo Tratado, posibilidad altamente improbable a la luz de las declaraciones tanto de la Comisión europea como de los Gobiernos de los demás Estados miembros; también altamente improbable se presenta la consecución por Dinamarca, de acuerdo con los demás Estados miembros, de un *status* similar al de Reino Unido (Estado éste desmarcado de la nueva política social comunitaria y que goza de la cláusula *opting out* con relación a la unión económica y monetaria), pues ello supondría abrir definitivamente las puertas a la *generalización* de una Europa a dos velocidades.

3) La salida de Dinamarca de la Comunidad Europea, que permitiría a los otros once, respetando la regla de la unanimidad, llevar a cabo las modificaciones pertinentes de los Tratados comunitarios. Ningún problema se plantearía en caso de acuerdo al respecto por todos los Estados miembros (incluida Dinamarca), pudiendo quedar si acaso los daneses vinculados para el futuro con la Comunidad por la vía de un Tratado de asociación.

4) Ahora bien, la cuestión se complicaría si Dinamarca intentara mantener el *status* actual de la Europa comunitaria, hipótesis políticamente improbable pero jurídicamente posible. ¿Implicaría ello un bloqueo de la reforma de los Tratados comunitarios, incapaz de ser superado por los demás Estados miembros?.

Dos vías, ninguna de ellas llana ni indiscutible -lo que no debe sorprender al podernos encontrar ante una situación de auténtica crisis-, pueden abrirse al respecto. En primer lugar, teniendo en cuenta que la terminación de los Tratados comunitarios no está prevista en los mismos, que se limitan a señalar que se concluyen por un período de tiempo ilimitado (salvo el CECA, cuyo plazo de cincuenta años está próximo a finalizar), podría aplicarse las reglas generales de Derecho Internacional, concretamente el artículo 62 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, dando por terminados los Tratados comunitarios sobre la base de que ha habido un cambio fundamental en las circunstancias existentes en el momento de su celebración (1951 y 1957), con un nuevo orden político y económico tanto europeo, mundial si se quiere (debido básicamente a la desintegración de la U.R.S.S.), como regional (unificación alemana), que plantearía la imperiosa necesidad (concretada en la celebración de un nuevo Tratado -de la Unión Europea- entre los once) de una nueva Europa económicamente unificada y políticamente cada vez más integrada para hacer frente a los retos del futuro.

O, en segundo lugar, sin plantear la terminación formal de los Tratados comunitarios, cabría la celebración del Tratado de la Unión a once bandas, produciéndose un desplazamiento tácito de aquéllos a esa obsolescencia material (artículo 30 del Convenio de Viena), basado en que realmente no se estaría ante una modificación de los mismos, para lo que se exige, como ya sabemos, la regla de la unanimidad (incluida, por tanto, Dinamarca), sino ante un nuevo Tratado que, aun partiendo de la actual Comunidad Europea, estaría revolucionando por completo su naturaleza con la introducción de la unión económica y monetaria y la extensión de la integración europea, en el marco global de la Unión, a ámbitos ajenos al Derecho comunitario (política exterior, seguridad común, justicia y asuntos de interior).

En todo caso, y con ello concluyo, la experiencia hasta el momento vivida con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión, debe servir para reflexionar desde una perspectiva jurídica, sobre todo con vistas a la ampliación más o menos próxima del número de miembros de la Unión, acerca de la idoneidad de un sistema institucional y unas reglas de funcionamiento que, pensados hace medio siglo para las relaciones entre los entonces sólo seis socios comunitarios, empieza a mostrar su disfuncionalidad al haberse duplicado su número, que casi se triplicará de hacerse realidad la incorporación de los países escandinavos, Austria y Suiza.

De lo contrario, debe tenerse en cuenta, ciñéndonos al objeto de este análisis, que el futuro del Tratado de la Unión (cuya próxima revisión prevé el propio Tratado -artículo N- para 1996, exigiendo unanimidad para su modificación -incluidos los ya conocidos ámbitos extracomunitarios-), puede quedar hipotecado por la decisión de cualquier Estado miembro, con independencia de su mayor o menor incidencia en la política y economía europeas.