

MAASTRICHT Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Ricardo Alonso García
Profesor Titular de la Universidad Complutense

I. INTRODUCCION.

En un trabajo publicado en el anterior número de la Revista, sostuve que no era necesario reformar nuestra Constitución para ratificar el Tratado de la Unión que, como es sabido, 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" (artículo 8B del Tratado de la Comunidad Europea, parte integrante del Tratado de la Unión).

Señalé entonces que "los artículos 13.2⁽¹⁾ y 23⁽²⁾ 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 ésta tácita que debe añadirse a la expresamente admitida para el derecho de sufragio activo".

No obstante, también apunté que era posible -incluso probable a la luz de unas inoportunas declaraciones de su Presidente y de las continuas filtraciones a los medios de comunicación sobre el alcance del borrador redactado por el Magistrado ponente- que el Tribunal Constitucional, requerido por el Gobierno para pronunciarse sobre la compatibilidad entre ambos textos -comunitario y constitucional-, se inclinara por una respuesta negativa, declarando la obligación de reformar la Constitución como requisito previo para la ratificación del Tratado de la Unión, hipótesis que se convirtió en realidad el 1 de Julio.

II. LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JULIO DE 1992.

1. El alcance de la Declaración.

Comienza el Tribunal Constitucional su Declaración de 1 de Julio recordando la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica, supremacía que, tratándose de tratados internacionales,

(1) "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales".

(2) "1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes".

se traduce en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad bien *ex ante*, bien *ex post*.

Ex ante, por cuanto según dispone el artículo 95.1 de la Constitución, "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional", habilitando el apartado 2 del mismo precepto al Gobierno y a cualquiera de las Cámaras para, previamente a su celebración, requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción (requerimiento regulado en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Ex post, por cuanto la ratificación de un Tratado internacional sin haberse producido dicho requerimiento previo, no imposibilita el ulterior cuestionamiento de la constitucionalidad del tratado, bien por la vía del recurso de inconstitucionalidad (a interponer dentro de los tres meses siguientes a su publicación en el BOE por quienes están legitimados para ello, a saber, el Presidente del Gobierno -hipótesis difícil de imaginar puesto que el Tratado se habrá celebrado bajo su responsabilidad-, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los Gobiernos y en su caso Parlamentos autonómicos -siempre y cuando el Tratado afecte a su propio ámbito de autonomía, entendida la afectación en un sentido amplio y el Defensor del Pueblo -siempre y cuando, en mi opinión, el tratado afecte a derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, cuya salvaguardia es el papel que la Constitución le atribuye-), bien por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (planteada por el juez ordinario que, en el marco de un litigio concreto, dude de la constitucionalidad de un tratado aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo).

De constatar el Tribunal la inconstitucionalidad de un tratado con carácter *ex post*, tendría que procederse bien a reformar el texto constitucional adecuándolo al internacional, bien a denunciar éste conforme a las reglas generales de Derecho internacional, asumiendo en su caso la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el Estado español.

A pesar de los términos del artículo 78.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (conforme al cual "recibido el requerimiento el Tribunal Constitucional emitirá su declaración que ... tendrá carácter vinculante"), siendo la primera vez que se requería al Tribunal para pronunciarse *ex ante* sobre la constitucionalidad de un tratado, aquél insiste en la naturaleza vinculante de su Declaración (término éste poco afortunado, tomado de la redacción del artículo 78.2 de su Ley Orgánica), marcando, por un lado, las diferencias con los dictámenes de cuerpos consultivos (diferencias que el Tribunal marca, dada la generalidad de su pronunciamiento, creo que de modo erróneo, pues siendo la regla que tales dictámenes carecen de eficacia vinculante, pueden no obstante no carecer de ella en algunos supuestos, como los emitidos por el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Gobierno, en los expedientes administrativos de revocación de actos declarativos de derechos), y, por otro lado, la similitud con sus Sentencias, al producir *erga omnes* todos los efectos de cosa juzgada, impidiendo al Tribunal pronunciarse nuevamente al respecto.

2. La inconstitucionalidad del reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos comunitario en las elecciones municipales.

Analiza después el Tribunal la posible contradicción del reconocimiento del derecho sufragio pasivo a los ciudadanos comunitarios con la Constitución (considerándose legitimado para utilizar como parámetro de constitucionalidad cualquier precepto constitucional que estime oportuno, y no sólo los invocados por quien requirió el pronunciamiento), concretamente con los artículos 13.2, 23 y 1.2.

No estimó el Tribunal que los dos últimos estuvieran en contradicción con el Tratado de la Unión; lo contrario, habría exigido seguir el procedimiento de reforma constitucional regulado en el artículo 168

(previsto para la revisión del Título preliminar -dentro del cual está ubicado el artículo 1.2-, Sección 1ª del Capítulo II del Título I -en la que figura el artículo 23-, y Título II de la Constitución), que prevé la aprobación de la reforma por dos tercios de cada Cámara, disolución de las Cortes, nueva aprobación de la reforma, valga la redundancia, por las nuevas Cámaras, también por mayoría de dos tercios, y respaldo final por referéndum popular.

En efecto, en cuanto al artículo 1.2, según el cual "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado", el Tribunal consideró que "la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en las elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía", lo que no era el caso de los municipios.

Por lo que se refiere al artículo 23, el Tribunal sostuvo que no excluía *per se* a los extranjeros del derecho de sufragio pasivo; la exclusión, por el contrario, venía sólo y exclusivamente de la mano del artículo 13.2, que es el que circunscribe a los españoles -con la conocida salvedad del sufragio activo- la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23, impidiendo así, por tratado o por ley, "atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración en órganos de los poderes públicos españoles".

3. La insuficiencia de los artículos 93 y 11 de la Constitución para superar la contradicción entre el Tratado de la Unión Europea y el artículo 13.2 de la Constitución sin necesidad de reforma constitucional.

Constatada la contradicción entre el Tratado de la Unión y el artículo 13.2 de la Constitución, el Tribunal rechaza la posibilidad de que la misma sea superada por medio del artículo 93⁽³⁾.

En primer lugar, porque dicho precepto sólo prevé la cesión del ejercicio de competencias (no su titularidad) a organizaciones e instituciones internacionales, lo que, según el Tribunal Constitucional, no era el caso, ya que, con relación al objeto concreto del requerimiento, no se estaba ante una cesión de competencias en favor de las instituciones comunitarias, sino simplemente ante el reconocimiento a quienes no son nacionales de un derecho, el de sufragio pasivo en las elecciones municipales, imposible de realizar a la luz del artículo 13.2; el artículo 93 sería pues, según el Tribunal, inaplicable *ratione materiae* (afirmación que puede resultar discutible, pues no debe olvidarse que el artículo 8B del Tratado de la Comunidad Europea no se limita a reconocer el derecho de sufragio pasivo, sino que atribuye a las instituciones comunitarias, concretamente al Consejo, competencias normativas en torno al alcance del mencionado derecho, disponiendo al respecto que el mismo "se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de Diciembre de 1993, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro").

Y, en segundo lugar, porque aunque dicho precepto resultara aplicable -lo que, según se ha visto, no era el caso-, no podría utilizarse para incorporar al Derecho español Tratados internacionales que

(3) "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, eludiendo el mandato del artículo 95.1, que exige la revisión constitucional por los cauces previstos en los artículos 167 y 168 (afirmación que suscribo, discrepando sin embargo en cuanto a la conclusión de que, en el caso en cuestión, existía efectivamente contradicción entre el Tratado de la Unión y el texto constitucional).

Finalmente, el Tribunal rechaza también la posibilidad de salvar la contradicción entre el Tratado y el artículo 13.2 acudiendo a una interpretación flexible del requisito de la nacionalidad exigido por este último para poder ser titular de los derechos reconocidos en el artículo 23. Dicha interpretación, que consistiría, partiendo de la remisión que efectúa el artículo 11.1 de la Constitución al legislador en cuanto a la fijación de las exigencias para acceder a la nacionalidad española⁽⁴⁾, en considerar a los ciudadanos comunitarios como españoles a los efectos de ejercitar el derecho de sufragio en las elecciones municipales, es considerada por el Tribunal como un intento inadmisibles de salvar a través de una ficción legal una prohibición expresamente prevista en el texto constitucional.

4. La reforma constitucional como requisito previo para la ratificación del Tratado de la Unión Europea.

Consecuencia de todo ello, el Tribunal declara la obligación de reformar la Constitución, requisito previo para la ratificación del Tratado de la Unión, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 167, que exige la aprobación de la reforma por mayoría de tres quintos de cada Cámara; de no obtenerse tal mayoría, una Comisión paritaria de diputados y senadores intentaría llegar a un acuerdo, sometiendo el texto resultante a una votación en la que deberá obtener la misma mayoría de tres quintos en ambas Cámaras, pudiendo solicitar su ratificación ulterior por referéndum una décima parte de diputados o senadores.

Dos últimas matizaciones, quizás un tanto obvias, conviene hacer a este respecto: por un lado, la Declaración del Tribunal Constitucional no obliga, sin más, a reformar la Constitución, esto es, a lo que obliga es a reformarla como requisito previo para ratificar el Tratado de la Unión Europea. Y, por otro lado, el Tribunal no establece cuál deba ser el contenido concreto de la reforma, limitándose a declarar la contradicción existente, que puede ser salvada por las Cortes (y eventualmente por el pueblo, de convocarse un referéndum) de muy diversas maneras; así, por ejemplo, eliminando la referencia del artículo 13.2 al derecho de sufragio activo, con lo que los derechos reconocidos en el artículo 23 podrían ampliarse a los extranjeros por tratado o por ley o, solución por la que parece se va a optar, añadiendo al texto del artículo 13.2 la mención, junto al derecho de sufragio activo, del derecho de sufragio pasivo.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACION AL TRATADO CEE. ¿Inconstitucionalidad sobrevenida de la libre circulación de trabajadores proclamada en el artículo 48 del Tratado CEE?

No voy a insistir sobre una cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional ha dicho ya la última palabra, de la que discrepo respetuosamente; sí que voy a detenerme, en cambio, en apuntar el problema (desarrollado con mayor profundidad en un trabajo de próxima publicación en la Revista Española de Derecho Administrativo) que el pronunciamiento de Julio puede acarrear con relación al Tratado CEE, concretamente con relación a su artículo 48, que proclama la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

⁽⁴⁾ "La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley".

En efecto, si se lleva la Declaración del Tribunal Constitucional hasta sus últimas y lógicas consecuencias, nos encontramos con que el artículo 13.2 prohíbe no sólo la titularidad a los extranjeros del derecho de sufragio pasivo, sino también la titularidad del resto de los derechos reconocidos en el artículo 23 (con la salvedad ya conocida del sufragio activo).

Así se desprende del texto literal del artículo 13.2 ("solamente los españoles serán titulares de los derechos -de todos ellos, pues no se distingue- reconocidos en el artículo 23") de la propia Declaración del Tribunal Constitucional, en la que, tras señalar que en el primer párrafo del artículo 13 "se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley", añade a continuación "que esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del artículo 13.2, que excluye de ella determinados derechos": ¿y qué derechos son esos?, los "reconocidos en el artículo 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles".

Pues bien, sucede que entre los derechos contemplados en el artículo 23, figura en el apartado 2 el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas; y si, siguiendo la tesis del Tribunal Constitucional, los extranjeros tienen prohibida la titularidad de los derechos reconocidos en dicho precepto en virtud del artículo 13.2, la conclusión a la que se llega no puede ser, en principio, más sencilla: la Constitución prohíbe -y la prohibición no puede ser salvada ni por tratado ni por ley- que los extranjeros, incluidos los ciudadanos comunitarios, accedan en España a funciones públicas en condiciones de igualdad.

¿Quid del Derecho comunitario a este respecto?.

Según el artículo 48.2 del Tratado CEE, "la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo".

El artículo 48.4, por su parte, establece que "las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública".

En principio, pues, ningún problema parece plantear el texto del artículo 48, dada la excepción de su apartado 4, con relación a los artículos 13.2 y 23 de la Constitución.

En efecto, sentado el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso al empleo por el artículo 48.2, el apartado 4 establece la posibilidad de desconocer dicho principio cuando nos encontramos ante "empleos en la Administración pública", posibilidad convertida en obligación de discriminar en favor de los españoles (siendo impensable una discriminación a la inversa, esto es, en favor de los ciudadanos comunitarios) por los artículos 13.2 y 23 de la Constitución a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Sucede, sin embargo, que del mismo modo que el alcance del texto constitucional viene determinado por la interpretación que de él haga su intérprete supremo, a saber, el Tribunal Constitucional, también el alcance del Derecho comunitario, incluidos como es lógico los Tratados constitutivos, viene determinado por la interpretación que de él haga su intérprete supremo, que no es otro que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual tiene establecido al respecto que: 1) la noción de "empleo en la Administración pública" es una noción no nacional, sino comunitaria, que debe interpretarse de manera muy restrictiva; 2) su interpretación se construye sobre la base no del criterio institucional (naturaleza del vínculo, funcional o laboral, que une al empleado con la Administración), sino funcional (naturaleza de las funciones que en virtud del vínculo, cualquiera que éste sea, corresponden al empleado); y 3) dicho criterio funcional se concreta en el ejercicio por el empleado de prerrogativas del poder público y en la salvaguardia de los intereses generales

de la colectividad (caso de, por citar los ejemplos manejados por la Comisión europea "las fuerzas armadas, la policía y las otras de orden público, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia").

El nudo del problema, a la luz de lo expuesto, radica en que siendo el concepto de funcionario público en España mucho más amplio que el comunitario de empleado en la Administración pública, al prohibir el artículo 13.2 el acceso de los ciudadanos comunitarios en condiciones de igualdad a la función pública, tal y como ésta es entendida en Derecho español, existe contradicción con el artículo 48 del Tratado CEE, pues la excepción a la libre circulación de trabajadores prevista en el apartado 4, iría más allá de lo permitido por el Tribunal de Justicia.

Esta contradicción entre el Tratado CEE y la Constitución en su versión actual, parece que sólo puede ser salvada (dejando aparte una posible reinterpretación por el Tribunal Constitucional del alcance del artículo 13.2), por dos vías, ninguna de las cuales resulta satisfactoria: 1) acomodar el concepto español de función pública a los parámetros comunitarios, con lo que la figura del funcionario, reducida como hemos visto al ejercicio de prerrogativas del poder público y a la salvaguardia de los intereses generales, desaparecería prácticamente de nuestro país; 2) acomodar la expresión "funciones públicas" contenida en el artículo 23.2 a los parámetros comunitarios recién mencionados, en cuyo caso tal interpretación lo sería a todos los efectos, esto es, implicaría que el principio de igualdad allí proclamado no tendría valor entre los propios españoles tratándose de puestos en la función pública que no reúnan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.

La salida de este embrollo bien podría buscarse en la reforma que con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión debe realizarse en la Constitución.

Así, si se reformara el artículo 13.2 en el sentido de eliminar la referencia al sufragio activo en las elecciones municipales, nos encontraríamos con que solamente los españoles serían, en principio, titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, con posibilidad de extender tal titularidad por tratado o por ley a los extranjeros, extensión que, con relación a los ciudadanos comunitarios y para el acceso en condiciones de igualdad a puestos que no impliquen el ejercicio del poder público y salvaguardia de los intereses generales, vendría de la mano del Tratado CEE.

Por el contrario, si la reforma sigue el camino de extender la excepción prevista en el artículo 13.2 para el sufragio activo al sufragio pasivo, seguirá en pie el problema que venimos apuntando, obligando a una reinterpretación de dicho precepto o a acudir a las insatisfactorias fórmulas ya señaladas de interpretación del artículo 23.2.