

**24. LOS TRATADOS INTERNACIONALES
(Arts. 93 a 96 de la CE). ESPECIAL REFERENCIA
A LA CIUDADANÍA EUROPEA**

ARACELI MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público

Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario

Universidad de Salamanca

SUMARIO

CONSIDERACIONES PREVIAS.—I. EL ART. 93.—1. *Algunas críticas sobre el procedimiento de autorización de los Tratados que atribuyen competencias de soberanía.* 2. *El párrafo segundo: ¿garantía de cumplimiento o de aplicación?* II. EL ART. 93 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. A PROPÓSITO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INNECESARIA.—1. *Los efectos del art. 93 sobre el resto del articulado de la Constitución y sobre el conjunto del ordenamiento de todo Estado Miembro.* a) Lo extranjero y lo comunitario. Los efectos benéficos del art. 93 y sus límites. b) La expresión «atribución de competencias». c) La inalteración sustancial de los derechos constitucionales de los españoles. 2. *La modificación de la Ley Electoral General.*—III. EL ART. 94.—IV. EL ART. 95.—V. EL ART. 96.

**24. LOS TRATADOS INTERNACIONALES
(Arts. 93 a 96 de la CE). ESPECIAL REFERENCIA
A LA CIUDADANÍA EUROPEA**

POR

ARACELI MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público

Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario

Universidad de Salamanca

CONSIDERACIONES PREVIAS

Permítaseme decir, antes de verter cualquier opinión, que al participar en este Congreso y presentar esta breve ponencia no se pretende transmitir ni contribuir en favor de ningún estado de opinión proclive a una reforma constitucional. Comparto con los organizadores del Congreso, que esta reunión científica está animada por una mera hipótesis de trabajo, por un noble ejercicio intelectual. Véanse, pues, en las consideraciones siguientes una crítica de diversos preceptos constitucionales situada entre lo especulativo y lo constructivo.

Partiendo, pues, de que en las cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional público (que desbordan el título III-cap. III) no precisan necesariamente de ninguna reforma constitucional, haré algunas sugerencias técnicas.

I. EL ART. 93

Siempre he considerado que el primer párrafo del art. 93 tiene cierta calidad técnica en su conjunto ¹. El legislador constitucional tuvo muy en cuenta las Constituciones de algunos Estados miembros (Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Holanda, etc.) a fin de prever un sistema análogo de cesión del ejercicio de soberanía. La técnica de nuestro art. 93 sigue el sistema mayoritario basado en la **previsión de la atribución** de ámbitos constitucionales en favor de las Comunidades Europeas. Es implícito a esta técnica que los ámbitos regulados por los Tratados comunitarios y el derecho derivado se rigen por dichas normas comunitarias y con las exigencias incondicionales de este ordenamiento jurídico (eficacia directa y primacía absoluta de toda norma comunitaria —de derecho originario o derivado o complementario— sobre **cualquier** norma interna, ya sea constitucional o legal, o de otra índole —autonómica—). Es decir, la aceptación de las finalidades últimas de la integración (no sólo la atribución de determinadas **competencias**) hace que las normas comunitarias o quedan fuera de la Constitución porque el régimen jurídico y los objetivos de las normas comunitarias son **extra o metaconstitucionales** o debe hacerse una interpretación de la misma acorde con las nuevas exigencias imperiosas del sistema cuasi federal de integración.

Lo que hay que reconocer es que esta modalidad mayoritaria en las Constituciones europeas, buena técnicamente, exige un cierto razonamiento y la deducción de importantes consecuencias. Para ello será decisivo una adecuada formación de los funcionarios de las administraciones públicas, de los jueces y Tribunales (que están haciendo ya una buena aplicación, especialmente en los niveles inferiores e intermedios, a la que no es ajena la acción formativa del Consejo General del Poder Judicial) y, en general, el reciclaje de todo el mundo del Derecho.

El otro sistema de recepción es de una técnica jurídica de menor calidad, aunque es muy expresivo políticamente y muy didáctico para funcionarios, jueces y operadores económico-sociales: en Irlanda (art. 29.4), Reino Unido (European Communities Act de 1972) y Portugal (art. 8) se acepta, sin previa y formal cesión de soberanía, de manera explícita, que las normas comunitarias originarias y derivadas se aplicarán con sus exigencias propias («en las condiciones impuestas por estos Tratados») y prevalecerán sobre las normas internas. Aunque con diferencias de redacción, establecen que ninguna disposición de la Constitución o del resto del

¹ Así en mi obra *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*. Madrid, Tecnos, 1987, 2.ª ed., págs. 21-23 y 37-44.

ordenamiento jurídico impedirán la aplicación de las normas comunitarias. El resultado es el mismo.

Este tipo de preceptos, como nuestro art. 93, son una *lex specialis* con una función de bisagra entre el texto constitucional en su conjunto y las rigurosas exigencias de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, libremente aceptadas por España y por todo Estado Miembro en el ejercicio de su soberanía. El art. 93 permite un doble juego al texto constitucional: éste sigue plenamente en vigor en los ámbitos que no se vean afectados por la acción comunitaria, pero si ésta tiene lugar algunas normas constitucionales se verán condicionadas o simplemente serán apartadas o sustituidas por normas comunitarias. Esa doble función hace que el art. 93 proyecte todas sus virtualidades sobre toda la Constitución desde 1986. Desde entonces, la Constitución debe ser interpretada y aplicada desde esa regla envolvente de forma que en cada momento se dé a las disposiciones constitucionales un «significado actual, adecuado a la evolución de los conceptos y las necesidades nuevas», de conformidad con los tratados internacionales celebrados bajo esa base jurídica y regidos por ella durante toda la vigencia de los tratados en cuestión.

1. Algunas críticas sobre el procedimiento de autorización de los tratados que atribuyen competencias de soberanía

El único aspecto criticable del 93.1 es que este tipo de tratados requieran «una ley orgánica». Es obvio que el art. 93 se refiere a la «ley orgánica» sólo como mero procedimiento formal de votación (mayoría absoluta del Congreso), aunque el error del legislador constitucional ha llevado inexorablemente a tener que redactar, en las dos ocasiones hasta ahora utilizado, sendas Leyes Orgánicas meramente procedimentales destinadas a articular por exigencias formales la autorización de las Cortes. Pero las dos Leyes Orgánicas aprobadas hasta ahora ² (y la que previsiblemente autorice la ratificación del Tratado de Maastricht) no tienen ni deberán tener ningún contenido sustantivo ni pueden ser objeto de modificación o derogación, salvo retirada de España de las Comunidades Europeas.

Así pues, el legislador constitucional debió decir «Mediante votación por mayoría absoluta de ambas Cámaras» o bien «Mediante el proce-

² L.C. 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, *BOE* de 8-8-1985; L.O. 4/1986, de 26 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Acta Única Europea, *BOE* de 2-12-1986.

dimiento previsto en el art. 81». La forma de Ley Orgánica es innecesaria. La Ley Orgánica a la que se refiere el art. 93 no es una ley material que transforme o que produzca la recepción de los Tratados en el Derecho español ni mucho menos que los introduzca con tal rango en el orden interno. Esa Ley Orgánica simplemente articula la autorización correspondiente.

Pero mi crítica va más lejos. No sólo no debió aludirse a la «ley orgánica» sino que el procedimiento de autorización de este tipo de Tratados debió hacerse, como así lo prevén la gran mayoría de las Constituciones de los Estados Miembros, por una mayoría semejante a la reforma constitucional. Inicialmente así aparecía, con pleno acierto, en el Borrador constitucional. Este tipo de Tratados y el proceso mismo de la integración europea por su impacto jurídico, político, económico y social deben reunir un amplio consenso en las fuerzas políticas y en la sociedad. Por ello, y dado que en las dos ocasiones en que se ha utilizado el art. 93 ha concitado una sorprendente y encomiable unanimidad (sin abstenciones ni votos en contra), debería establecerse un nivel de consenso semejante al umbral mínimo de la reforma constitucional (votación a favor de 2/3 del Congreso y mayoría absoluta del Senado).

Siguiendo la mecánica propuesta a los ponentes en este Congreso de presentar, en su caso, redacciones alternativas, el art. 93 debería decir: **«Mediante el procedimiento previsto en el art. 167.2/ o /Mediante aprobación por dos tercios del Congreso y por mayoría absoluta del Senado»** «se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

2. El párrafo segundo: ¿garantía del cumplimiento o de aplicación?

Este segundo párrafo adolece de calidad técnico-jurídica y de la necesaria sistemática constitucional al desconocer a ciertos poderes del Estado implicados en el cumplimiento de los Tratados internacionales. Ello es debido, con toda seguridad, a que jamás existió este párrafo durante el debate constitucional y a que fue objeto de la irregular inventiva de la Comisión Mixta Congreso-Senado que debía armonizar las diferencias del texto constitucional salido de las respectivas Cámaras. Aquí nada había que armonizar, pues ambas Cámaras habían estado de acuerdo en su omisión (o no existencia).

Los problemas estriban en que no fueron conscientes de qué con-

ceptos jurídicos estaban utilizando: se habla de «garantía del cumplimiento» sin que se pueda saber si se refieren a la aplicación misma de los Tratados y derecho derivado (desarrollo legislativo y reglamentario y mera aplicación) o a la institución de la responsabilidad internacional del Estado por el cumplimiento de los Tratados.

Es más que evidente que si se refiere a la «garantía» o responsabilidad internacional no pueden ser «las Cortes o el Gobierno, según los casos» (¿según qué casos?, ¿alternativamente?). La responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de un tratado o del derecho derivado es, indiscutiblemente, en Derecho Internacional y en Derecho Comunitario, del Estado, del Estado en su conjunto, independientemente del órgano interno que esté en el origen de la infracción (legislativo, ejecutivo, judicial; estatal, autonómico, local; constitucionalmente independiente como el Tribunal Constitucional, o un organismo autónomo como la Universidad Complutense —sentencia «condenatoria» del TJCE de 18.3.1992—, etc.). El procedimiento de infracción será contra España (representada a través del Gobierno de la Nación y de su Servicio Jurídico-Contencioso) y si el Tribunal de Justicia constata la infracción la atribuirá al Reino de España. Y al órgano al que afecte deberá llevar a cabo las actuaciones pertinentes para subsanar o reparar la infracción.

Si se estaba pensando en la aplicación, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales o comunitarias, es más que evidente que las Cortes o el Gobierno no son las únicas instituciones internas que deban aplicar el DC. Esta confusa frase del art. 93 ha dado lugar a inadmisibles interpretaciones por la Abogacía del Estado, representando al Gobierno de la Nación en diferentes procesos ante el Tribunal Constitucional, y a erráticas sentencias del TC³. Así pues, el legislador constitucional se olvidó de las comunidades Autónomas —pero no es sorprendente por razones políticas interesadas—, llamadas en razón de las competencias materiales asumidas en sus Estatutos a desarrollar legislativa o reglamentariamente las normas comunitarias que no sean de aplicación directa (directivas) y que si no participasen en la fase descendente (aplicación del DC) se vaciarían de contenido sus respectivos Estatutos y se vulneraría el art. 2 de la CE (garantía del derecho a la autonomía).

Otro olvido espectacular es el referido a los jueces y tribunales llamados a aplicar el DC. Buena prueba es el notable número de litigios ante

³ Una crítica a esta jurisprudencia la he realizado en «La aplicación del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones Internacionales y Comunidades Autónomas*. Institut d'Estudis Autònomicos, Generalitat de Catalunya, 1990, págs. 61-75.

los jueces y Tribunales españoles en los que las partes han invocado en favor de sus pretensiones normas comunitarias o los jueces de oficio (*iura novit curia*) han dictado sus sentencias fundadas en normas comunitarias. Igualmente son relativamente muchas las cuestiones prejudiciales interpuestas por jueces y Tribunales intermedios ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

En síntesis, dado que la asunción por España de la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento se fundamenta siempre en el Derecho internacional y es implícita a la condición de Estado, a la subjetividad internacional, y que, por otro lado, la aplicación de los tratados internacionales y el derecho derivado es una obligación (no una competencia) de todos los órganos internos en el marco de sus competencias respectivas, debería **suprimirse**, si alguna vez hubiera necesidad de reformar nuestra Constitución, **el párrafo segundo del art. 93**.

Ciertamente, este oscuro párrafo tiene sus origen en el debate suscitado durante la elaboración de la Constitución en relación con las competencias de las Cortes y la aplicación del Derecho Comunitario, tendente especialmente a salvaguardar aquéllas frente a la posición del Ejecutivo, más proclive a absorber las competencias del Legislativo ya sea por su *status* en el sistema comunitario (los Ejecutivos forman el Consejo), ya sea utilizando el mecanismo de las delegaciones legislativas. Pero ni las Cortes ni mucho menos el Gobierno tienen que asumir un papel de control especial sobre la aplicación del Derecho Comunitario, en el sentido de que el art. 93 no puede dar pie a que el Gobierno o las Cortes puedan ejercer otras competencias o utilizar mecanismos de control sobre las Comunidades Autónomas o sobre organismos autónomos o independientes constitucionalmente que no sean los previstos con carácter general en las relaciones entre las diversas Instituciones internas en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. En definitiva, el art. 93, párrafo segundo, por sí solo no puede servir de fundamento para controlar la aplicación del Derecho Comunitario por el Gobierno ni mucho menos para atraer hacia el Gobierno una competencia autonómica sólo por el hecho de que la materia venga contenida en una norma comunitaria.

II. EL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. A PROPÓSITO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INNecesaria

1. Los efectos del art. 93 sobre el resto del articulado de la Constitución y sobre el conjunto del ordenamiento jurídico de todo Estado miembro

A raíz de la propuesta del Gobierno español de crear una ciudadanía europea, la Conferencia Intergubernamental para la Unión Política Europea aceptó plasmar en los arts. 8 a 8E del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea su creación y su estatuto jurídico. Y no tardó en suscitarse en los medios de comunicación, y con las características propias a éstos, una fuerte polémica.

Se confrontaba el art. 8B del TCE, que establece el derecho de sufragio activo y pasivo de todo **ciudadano de la Unión** en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, con el art. 13.2 en relación con el artículo 23 de la Constitución española. Este precepto establece que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23» (participación en los asuntos públicos), si bien se acepta el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales si así se regula por tratado o ley en régimen de reciprocidad. Pero obsérvese que el art. 13.2 se refiere a los derechos de los **extranjeros**.

Ambos preceptos no pueden confrontarse aislando del resto del contexto jurídico constitucional (léase art. 93 de la CE) y del contexto jurídico comunitario europeo en vigor en España y cuyas finalidades políticas ha aceptado nuestro país.

a) Lo extranjero y lo comunitario

Desde el 1.º de enero de 1986 no se puede decir sin ninguna aclaración **jurídica** que los nacionales de los otros once Estados Miembros de las Comunidades Europeas son extranjeros en España o que nosotros, los ciudadanos españoles, somos extranjeros cuando nos encontramos en el territorio de un Estado miembro. En ningún caso se aplica, o no se debe aplicar, el régimen de extranjería. El estatuto jurídico de un nacional de un Estado miembro en España poco tiene que ver con el estatuto, por ejem-

plo, de un norteamericano, un tunecino o un japonés. Un ciudadano de un Estado miembro disfruta en España, como a la inversa aquellos españoles que residen en Estados miembros, de los mismos derechos económicos y sociales que la Constitución y otras normas prevén **para los españoles** y en igualdad de condiciones con nosotros: pueden competir en la solicitud de becas de estudio o de investigación, créditos oficiales, viviendas subvencionadas, acceso a empleos en la función pública que no conlleven ejercicio de la potestad de imperio (carteros, enseñanza pública en todos los niveles, empresas y bancos públicos, etc.), reducciones por familia numerosa o a pensionistas o a mayores de edad, subvención de los pasajes para los residentes en Canarias, viajes para la tercera edad, elecciones sindicales en las administraciones públicas en las que presten sus servicios, elecciones sindicales en la empresa privada, entradas a museos públicos o privados, subrogación de los hijos en contratos de alquiler de vivienda o de local de negocio, etc.

Aunque el art. 19 de la CE dice que «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional» y a entrar y salir libremente, ese mismo derecho lo tienen los ciudadanos comunitarios desde 1986. Sin reformar la Constitución. Por obra del art. 93 de la CE y del Tratado CEE.

También desde 1986 el art. 24.2 sobre la tutela judicial efectiva y el derecho al juez legal debe ser interpretado en el sentido de que «el Juez ordinario predeterminado por la ley» es, aunque no se diga expresamente, el TJCE, que es nuestro «Juez» predeterminado por los Tratados comunitarios para los litigios fundados en normas comunitarias. No tiene por qué ser necesario reformar el texto constitucional para ampliar el derecho al juez comunitario añadiendo «predeterminado por el tratado o los tratados internacionales de los que sea Parte España». Alguna labor interpretadora se le debe reservar al jurista.

Los derechos reconocidos a los españoles en el art. 35 de la CE (derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, etc.), o en el artículo 39.1 (la protección social, económica y jurídica de la familia), o en el art. 47 (disfrute de una vivienda digna) o en el art. 50 (régimen de pensiones), sin necesidad de reformar la Constitución, han quedado **materialmente comunicados** también para los ciudadanos de los otros once Estados comunitarios.

Ocurre, pues, que el principio de no discriminación **entre los españoles** que proclama el art. 14 de la CE desde enero de 1986 se ha superpuesto —o «añadido» para no herir sensibilidades jurídicas— el art. 7 del Tratado CEE (art. 6 cuando entre en vigor el Tratado de la Unión). Este ar-

título 7 impone el principio de no discriminación entre ciudadanos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas (precepto en vigor desde el 1.º de enero de 1958, en vigor para España desde 1986).

Ya he señalado antes el impacto, desde 1986 y sin que hasta ahora nadie haya reparado en sus efectos, de la pertenencia a la Comunidad Europea sobre el art. 23, objeto de la polémica, pues aunque dice (en combinación con el art. 13) que «solamente» los españoles tienen derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, la función pública no es una noción que se pueda definir unilateralmente desde la Constitución sino que es una noción definida por el Derecho Comunitario e interpretada por el TJCE en el sentido antes expuesto. Y nadie reclamó la reforma constitucional ni se atreve a decir que nuestra adhesión fue y es contraria a la Constitución...

El art. 29.2 de la Constitución también tendría que ser reformado por exigencias del Tratado adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Aunque no ha saltado a los medios de comunicación, el nuevo art. 8D reconoce el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y, aunque nada se precisa, puede ser individual o colectivo; por el contrario, la Constitución no permite a los miembros de las Fuerzas Armadas o Cuerpos similares el derecho de petición colectiva. Obviamente la petición individual o colectiva que, una vez entre en vigor la reciente reforma de los Tratados, pudieran hacer miembros de las Fuerzas Armadas deberá afectar a los ámbitos de competencia de la Unión Europea.

En definitiva, desde 1986 hay que hacer una interpretación más congruente de la Constitución en materia de derechos reconocidos a los ciudadanos españoles, considerando como asimilados a una buena parte de nuestra condición jurídica a los ciudadanos de los otros once Estados Miembros.

La Constitución es un texto dirigido principalmente, pero no exclusivamente, a los ciudadanos españoles; los derechos a los que he aludido no precisan ser apostillados, caso por caso que se vea afectado por normas comunitarias, de que tal derecho es extensible a los ciudadanos de la Unión. Serán las normas comunitarias y su interpretación por el TJCE las que produzcan, caso por caso, la extensión de diferentes derechos y obligaciones a los ciudadanos comunitarios, aun a pesar de un texto constitucional restrictivo. E, internamente, lo que hay que hacer es trasladar a las normas legislativas (a la Ley Electoral General, en este caso) las consecuencias jurídicas del proceso de la integración política.

De otro modo habría que concluir que nuestra vinculación debió

exigir la reforma constitucional y habría que hacerla ahora con toda celeridad para subsanar todas las situaciones apuntadas. Y, naturalmente, incluir las nuevas exigencias. Y en el caso de que fuera necesaria la reforma constitucional significaría que el art. 93 de la CE sólo sería «de índole orgánico-procedimental» (un mero procedimiento de votación en las Cortes). Luego, además de hacer todas esas reformas en la Constitución, deberíamos mentalizarnos para otra reforma de la Constitución entre 1996-1999, otra hacia el 2002, etc. (se volverán a reformar los Tratados comunitarios en esas fechas). Ahora bien, si alguien llegara a estas absurdas conclusiones, de que el art. 93 de la Constitución es sólo un procedimiento de votación o a lo sumo permite atribuir literalmente competencias (no derechos) y que no abarca las finalidades políticas de la integración que se inició en 1951, entonces para permanecer en la Unión Europea, se debería incluir un precepto en la Constitución que organice y garantice con todo detalle, sin sombra alguna de duda o equívocos, la atribución de competencias y la primacía **absoluta** del Derecho Comunitario. Casi, casi, tendríamos que reproducir en la Constitución las principales obligaciones del Derecho Originario. Absurdo.

b) Los benéficos efectos del art. 93 de la CE y sus límites

El art. 93 de la CE no sólo establece un procedimiento de votación por mayoría absoluta para autorizar determinados Tratados como los comunitarios, formalizándolo en una Ley Orgánica sin contenido sustantivo como tal Ley. Al igual que preceptos análogos de otras Constituciones, es la expresión de la aceptación de los plenos efectos de las normas comunitarias y abarca las finalidades políticas últimas de la integración que se inició en 1951: produce la atribución del ejercicio de derechos de soberanía a fin de lograr, no sólo un mercado común y único, sino una Unión Política. No se puede ser ciudadano de un gran mercado.

Ni en 1986 España necesitó hacer una reforma constitucional para cumplir las obligaciones contraídas ni tiene por qué hacer ahora una reforma para poder cumplir las disposiciones del Tratado de Maastricht —en el caso de que sea autorizado por las Cortes—.

Si el art. 93 sólo fuera «de índole orgánico-procedimental» se agotaría en el momento de producirse la votación de la autorización (de la adhesión en 1985, de la ratificación en 1986 del Acta Única). Si no produce la «cesión», ¿cómo explicar entonces la pérdida real y jurídica del ejercicio de competencias de los poderes públicos internos desde 1986 o la adquisición directamente de nuevos derechos por los ciudadanos españoles y

comunitarios o las obligaciones que directamente adquieren nuestros órganos judiciales?

Este precepto lo que realmente prevé es que se pueda atribuir (ceder, transferir) el ejercicio de derechos de soberanía en favor de Instituciones u Organizaciones internacionales. Los Tratados internacionales que se autorizan con esta base jurídica pueden crear derechos no previstos en la Constitución o extender derechos contemplados en la Constitución puesto que en los mismos se puede regular el ejercicio de derechos de soberanía.

Y, además, el art. 93 de la CE no se agota consumando la atribución: **el art. 93 rige continuamente nuestra vinculación a las Comunidades Europeas.**

Por ello, una eventual contradicción entre un precepto constitucional y un precepto de los Tratados exige su confrontación con el art. 93 de la CE: si éste permite la atribución sin poner en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo (es decir, de los elementos esenciales como son el Estado social y democrático de Derecho, el sistema autonómico, el nivel de protección de derechos y libertades). Ahí está el límite de lo que permite el art. 93 de la CE. Luego, la Constitución española podrá aguantar las reformas periódicas de los Tratados comunitarios que se avecinan en esta década y en la siguiente hasta que la Unión Europea encuentre su horizonte final. Cuando éste llegue, quizás entonces tenga una oportunidad la reforma constitucional.

c) La expresión «atribución de competencias»

Además, no debe hacerse una lectura simplista de la expresión «competencias derivadas de la Constitución» y afirmar que como el derecho de sufragio no es una competencia (de un órgano) no se puede transferir ni, por consiguiente, regular por las Comunidades Europeas. Ya he demostrado hasta qué punto la adhesión de España a las Comunidades ha ampliado nuestros derechos y libertades fundamentales en nuestro favor y en favor de los ciudadanos de los otros once Estados Miembros. La atribución del ejercicio de competencias se refiere, pues, no sólo al desposeimiento que sufren todos los públicos correlativo al apoderamiento de las competencias de la Comunidad articuladas en los Tratados comunitarios.

Estos Tratados también establecen derechos. La creación de derechos nuevos (entre otros, elecciones al Parlamento europeo desde 1976) o la extensión de ciertos derechos del nacional al ciudadano comunitario

está comprendido dentro del alcance del art. 93 de la CE y de los preceptos análogos que existen en las Constituciones de los otros Estados Miembros. Dado que la Constitución no regula, lógicamente, las elecciones al Parlamento europeo, entonces no sería una «competencia derivada de la Constitución»... y no se podría atribuir y tendríamos que haber reformado la Constitución antes de adherirnos a las Comunidades... y las dos elecciones habidas al PE habrían sido contrarias a la Constitución... ¿Cuál ha sido la base jurídico-constitucional que ha permitido la celebración de las dos elecciones habidas al PE? El art. 93 de la Constitución.

d) La inalteración sustancial de los derechos constitucionales de los españoles

He afirmado que el art. 93 no puede ser un «comodín» jurídico ilimitado y concretamente que no puede alterar el *standard* constitucional de los derechos de los españoles. Ciertamente, el ejercicio de esos derechos puede verse condicionado por los fines comunitarios (en materia de derecho de propiedad, ejercicio de una profesión, etc.). Desde luego, nuestro derecho a elegir y ser elegidos en las elecciones municipales no se ve alterado sustancialmente en nada por el art. 8B acordado en Maastricht. El Tratado de la Unión Europea lo único que hace es añadir, a nuestro derecho, el derecho al voto en las elecciones municipales de otras personas a las que estamos **vinculados jurídica y políticamente** (por un *status civitatis* que recuerda la ciudadanía romana). Ser elegido concejal, y en su caso, alcalde, sigue siendo posible y probable para los candidatos españoles si obtienen la confianza de sus vecinos. No nos origina complicaciones exorbitantes (más allá de lo exigido por los Tratados comunitarios) en el sentido, por ejemplo, de que los alcaldes o concejales no son cuerpo electoral para formar el Senado (como sucede en Francia) ⁴.

⁴ Esta es la objeción que tiene en cuenta el Conseil Constitutionnel francés en su Decisión n.º 92-308 DC de 9 de abril de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea en relación con la cuestión del derecho de voto en las elecciones municipales. Sin embargo, el dictamen favorable a la necesidad de la previa revisión constitucional tiene como aspectos centrales la adopción de decisiones por mayoría cualificada en el seno del Consejo en materia de política monetaria y de inmigración. En los tres casos el Consejo constitucional no utiliza argumentos jurídicos, sino una afirmación pre-jurídica que se contiene en toda Constitución democrática: «la soberanía nacional reside en el pueblo que la ejerce mediante sus representantes y mediante referéndum» (art. 3). Ante la tesis que el Consejo constitucional francés ha creado se comprende que las autoridades francesas estén barajando la posibilidad de reformar la Constitución que distinga entre la titularidad de la soberanía (el pueblo, art. 2 de la CE o art. 3 de la francesa) y el ejercicio de parte de la soberanía por instituciones internacionales o supranacionales (art. 93 de la CE).

Además, se suscita la duda sobre si esa confrontación podría hacerse respecto de numerosos preceptos de la Constitución en relación con disposiciones en vigor de otros tratados internacionales de los que es parte España y cuya vinculatoriedad no se basa en esa *lex specialis* que es el art. 93 de la CE sino únicamente en el art. 94.1 de la CE (autorización por mayoría simple, sin reconocimiento de la atribución de ámbitos de soberanía).

Así, el Tratado del Atlántico Norte (OTAN) o el de la Unión Europea Occidental (UEO) también han producido un efecto jurídico de extensión de objetivos constitucionales para nuestras Fuerzas Armadas. Éstas siguen siendo las depositarias de los deberes previstos en el art. 8 de la CE, así como los españoles siguen teniendo el derecho y el deber de defender a España (art. 30). Pero por mor de ambas Alianzas defensivas nuestras FF.AA. pueden llegar a tener, en las condiciones previstas en los convenios citados, la obligación de defender la integridad territorial, la independencia o la soberanía de nuestros aliados. O si sufrimos una agresión, la defensa de esos valores se realizará por nuestras Fuerzas Armadas, más seremos defendidos por nuestros aliados. Algo no previsto en la Constitución: el plus de garantía de defensa atlántica y occidental por activa y por pasiva, en nuestro favor y en su favor. Ni la adhesión de España a ambas Alianzas militares, ni la pertenencia de los otros Estados europeos a las mismas, han exigido reformas constitucionales para extender esas obligaciones a la defensa de valores comunes.

La redacción de una Constitución no tiene por qué arrastrar cada una de las complejas vinculaciones internacionales ni reproducirlos hasta hacer doble empleo con los Tratados.

2. La modificación de la Ley Electoral General

La Constitución, pues, no debe ser modificada. Es el siguiente escalón normativo, la Ley, la que debe ser modificada para adecuar el sistema jurídico español y facilitar sin equívocos la aplicación futura del art. 8B.1 del Tratado: se deberá facilitar su ejecución interna mediante la conveniente reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, precisando de forma explícita en el art. 176.1 de la LOREG que «Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales **los ciudadanos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas residentes en España** y los residentes extranjeros en España...». A su vez, el art. 177 de la LOREG podría

añadir el siguiente párrafo inicial: «Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, Capítulo II, de esta Ley, **gozan del derecho de sufragio pasivo los ciudadanos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas residentes en España**».

Naturalmente, los efectos del art. 93 de la CE y del art 8B.1 del Tratado también alcanzan al tenor actual de la LOREG, de modo que, aun en el caso de que no se modificasen los art. 176 y 177, deberían quedar inaplicados y las Juntas Electorales y, en su caso, los Tribunales españoles, como ya han hecho en otros casos, ordenarían su inaplicación y la prevalencia en cada caso de la norma comunitaria de efecto directo contenida en el art. 8B.1 del Tratado sobre los art. 176 y 177 de la Ley Electoral. Pero su formal mantenimiento en vigor, aún sin aplicación real, generaría una situación de hecho ambigua e incertidumbre entre los ciudadanos de los Estados Miembros sobre sus posibilidades de ser electores y elegidos. Por ello, la Ley Electoral debe ser modificada precisándose en el nivel legislativo los efectos de las nuevas obligaciones comunitarias que presumiblemente adquiriremos si las Cortes autorizan, conforme al art. 93 de la Constitución, el Tratado de la Unión Europea.

Además, el art. 8B.2 del Tratado establece que «todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado Miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». Esto significa que los art. 2 y 6 [en relación con el Título VI (Disposiciones especiales para las Elecciones al Parlamento Europeo) de la LOREG tendrán que ser modificados para eliminar la contradicción con el art. 8B.2].

III. EL ARTÍCULO 94

En relación con este precepto, en mi opinión, sólo debería reflexionarse sobre cuestiones muy concretas de importancia menor.

Una meramente redaccional, sin trascendencia jurídica. Se reitera en exceso la disyuntiva «tratados o convenios» como si fueran dos conceptos distintos. Son sinónimos; son términos intercambiables desde un punto de vista técnico o jurídico. Si en la práctica una vez se utiliza el término «tratado» es para darle un realce político. No importa la denominación particular del acuerdo: tratado, convenio, acuerdo, protocolo, concordato, «Carta», pacto, estatuto, acta, *modus vivendi*, etc. [Así lo prevé el art. 2.1.a del **Convenio** de Viena de 1969 sobre el Derecho de los

Tratados (obsérvese la intercambiable terminología que se acentúa en dicho precepto al definir el «tratado» como un «**acuerdo**»)].

El art. 63.3 está indirectamente relacionado con el art. 94.1 y la previa autorización de las Cortes por mayoría simple a determinados Tratados internacionales en razón de la materia o de los efectos que producen en nuestro ordenamiento. Se exige la previa autorización de las Cortes Generales para declarar la guerra y hacer la paz, acciones que corresponden al Rey. Si la declaración de guerra es un acto unilateral (que puede venir condicionado o exigido por un tratado internacional), la paz es una acción consensuada (el alto el fuego unilateral es frágil y si resiste lleva al acuerdo). La expresión «hacer la paz» es casi de mal gusto. Lo correcto es «acordar la paz»; ésta es una noción comprensiva tanto de una decisión unilateral como la aceptación de unos términos de paz acordados o impuestos (por ejemplo, por el Consejo de Seguridad de la ONU).

Ese mismo precepto, al prever la posible declaración de guerra por parte de España, sin ninguna referencia a las normas internacionales de carácter consuetudinario y convencional (art. 2.4 de la Carta de la ONU) que prohíben a los Estados el uso o amenaza de fuerza en las relaciones internacionales podría suscitar algunas críticas justificadas por no haber enmarcado la utilización de la fuerza en el marco exclusivo de la legítima defensa.

Sin embargo, en coherencia con lo que he sostenido respecto del art. 93 y también respecto del efecto de los Tratados internacionales suscritos al amparo del art. 94.1, habría que decir que está implícito en el «derecho» a declarar la guerra (*ius ad bellum*), que debe ajustarse a las exigencias imperativas internacionales: sólo cabe declarar la guerra a otro Estado en caso de previa agresión o amenaza de fuerza de aquél a España o a otro Estado aliado (legítima defensa individual o colectiva permitida por el art. 51 de la Carta) o en caso de aplicación por el Consejo de Seguridad de medidas coercitivas que impliquen el uso de fuerza armada apelando a los Estados Miembros de la ONU (Capítulo VII de la Carta). Es evidente que no hacía falta explicitar en el art. 63.3 los condicionamientos de *ius cogens* que impone el Derecho Internacional General a todo Estado para poder declarar la guerra.

La otra cuestión es más delicada y se refiere a la siempre sensible cuestión del «territorio» del Estado. El art. 94.1.c establece que se requiere la previa autorización de las Cortes (por mayoría simple) para «los tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado». ¿Es que por mayoría simple se podría ceder una parte, aunque fuese mínima, del territorio nacional? Ya se sabe que el constituyente no quiso deliberada-

mente definir el territorio de España. Se ha dicho que no es una Constitución de combate: no reivindica Gibraltar (obviamente un territorio que es España pero no forma parte de España) ni defiende, dejando indefinida la integridad territorial del territorio sujeto a nuestra soberanía y que otros nos reclaman; no dice qué es España territorialmente hablando. Y es muy sintomático que la única mención a Ceuta y Melilla se haga en la Disposición transitoria quinta. Relaciónese con el art. 94.1.c y *si* llegare el momento dramático —que no tendría por qué llegar con una inteligente política exterior y de pactos defensivos— esas ambigüedades podrían facilitar la «desvinculación» mediante una solución negociada. Pero, podría bastarnos la firmeza de nuestra determinación para no tener que cruzar el umbral innombrable.

En consecuencia, se debería incluir sin pudor, en caso de hipotética reforma constitucional, la delimitación de nuestro territorio nacional: todo el territorio que es de soberanía española, independientemente de que no podamos ejercer la supremacía territorial. En fin, todo lo que es España.

IV. EL ARTÍCULO 95

En mi opinión, no precisa ninguna mejora técnica. Es obvio que los Tratados comunitarios (antes de la prestación del consentimiento) pueden ser sometidos al Tribunal Constitucional mediante este mecanismo. Así, recientemente, el Consejo de Ministros ha acordado en su sesión del 30 de abril requerir al Tribunal Constitucional si el Tratado de la Unión Europea se conforma a nuestra Constitución, aun a pesar de sostener el Gobierno, como también lo ha hecho en dos dictámenes el Consejo de Estado, la plena constitucionalidad del mismo a la luz del art. 93 de la CE. De esta posibilidad no se debe deducir que entonces el derecho originario tenga que someterse o ser compatible con todos, absolutamente todos, los preceptos de la Constitución. El análisis o juicio de constitucionalidad sólo puede hacerse desde la perspectiva de la atribución del ejercicio de derechos de soberanía que permite el art. 93. Si la confrontación no se hace a la luz del art. 93, no sólo el Tratado de la Unión, sino todos los Tratados en vigor serían contrarios a la Constitución.

V. EL ARTÍCULO 96

En mi opinión, no precisa ninguna mejora técnica. Sólo se puede desear que el Tribunal Constitucional profundice en su significado y alcance. Si las Cortes aprueban una ley contraria a un tratado del que es parte España, ¿vulneran este art. 96? En otros Estados que tienen un precepto semejante, por ejemplo Francia, el legislativo está sujeto a un precepto semejante (art. 55 de la Constitución Francesa) y la aprobación de una ley contraria a un tratado, sin que se deslinden sus respectivos campos de aplicación, la convierte en inconstitucional. En España también, aunque el Tribunal Constitucional no lo haya reconocido así.

Naturalmente, se puede reforzar la prevalencia de los tratados internacionales, incluidos los comunitarios, con afirmaciones como la que propone en este mismo Congreso el profesor BALAGUER CALLEJÓN (*Fuentes del Derecho y Reforma de la Constitución*) en relación con el art. 96: «El Derecho internacional vigente en España y el Derecho comunitario prevalecerán sobre el Derecho interno». Me parece muy generosa, aunque no estoy convencida de que sea absolutamente necesaria.