

MAASTRICHT Y LA PROBLEMATICA DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

(Unión Europea, derechos de los extranjeros
y reforma constitucional: teoría y *case study*)

Por JUAN FERNANDO LOPEZ AGUILAR

SUMARIO

I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS: 1. *Elasticidad constitucional en los ordenamientos democráticos contemporáneos*. 2. *Las infracciones constitucionales: ruptura constitucional vs. quebrantamientos tácitos*.—II. EL SUPUESTO CONCRETO: EXIGENCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS, MUTACIONES Y REFORMA: 1. *La integración supranacional como mutación constitucional*. 2. *Elasticidad y reforma en torno a un supuesto concreto: Unión Europea y derechos de los extranjeros*.—III. DOS PROBLEMAS DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO: EL ASILO Y EL SUFRAGIO: 1. *Comunidad Europea y derechos de los extranjeros*. 2. *Enseñanzas comparativas*.—IV. EL CASO ESPAÑOL: OPCIONES CONSTITUCIONALES: 1. *La opción interpretativa*. 2. *La vía de la reforma constitucional: el cauce menos agravado del art. 167 CE*.—V. CONSIDERACIONES FINALES: 1. *El factor de la elasticidad de la Constitución hiper-rígida*. 2. *El replanteamiento del poder constituyente*. 3. *Escalas del poder constituyente*. 4. *Política constitucional: el TC y la última palabra*.

I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: PROBLEMAS TEORICOS Y PRACTICOS

1. *Elasticidad constitucional en los ordenamientos democráticos contemporáneos*

Desde que tuvieron lugar las clásicas aportaciones que nombres como Sieyès, Jellinek o Bryce firmaron, en los siglos XVIII y XIX, en torno a la

comprensión de la reforma constitucional, pueden afirmarse dos cosas: primera, que dicho problema ha pasado a incorporar un capítulo inobviable de la teoría de la Constitución; segunda, que poco se ha avanzado, en términos generales, respecto de aquellas tempranas y todavía inesquivables formulaciones doctrinales.

Cosa distinta es que cada ordenamiento constitucional concreto haya requerido y requiera su propia teorización, sea en relación con el régimen que su reforma recibe, sea en relación con su red genérica de garantías y mecanismos protectores, como sucede, por lo demás, en relación con cualquier otro aspecto de su sistema jurídico.

No es de extrañar por ello que, siguiendo la pauta sugerida por el desarrollo doctrinal de «reforma» y «revisión» de las Constituciones en los Estados democráticos de Derecho del entorno comparado, esta cuestión fuera objeto de interés y de temprano tratamiento en España, tomando pie en el análisis de la Constitución de 1978.

La especial significación de este dato quedará convenientemente realzada si se repara en su contexto. En efecto, por un lado, la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) es, en plena consonancia con el ciclo constitucional en que se inscribe, una *Ley fundamental* notablemente rígida. Un Título *ad hoc* (el X, arts. 166-169), «de la Reforma constitucional», establece mecanismos institucional-procedimentales explícitamente tendentes a dificultar cualquier futuro retoque de lo constitucionalmente acordado. Por otro lado, y como es de sobra conocido, la atmósfera en que históricamente se gesta la Constitución de 1978 es la de un *pacto* —el del *consenso*— cuyo delicado equilibrio e irrepetible carácter aconsejaban, primero, la «rigidificación», en grado más que notable, de todo ulterior replanteamiento, así como, en segundo término, un esfuerzo doctrinal (al tiempo que intelectual e incluso cívico) de apuntalamiento del mismo.

Este último factor ha condicionado en cierto modo la libertad de crítica científica —no ya política— frente al perfil adoptado por la Constitución, tanto en lo general cuanto en lo más concreto. De ahí que, inevitablemente, el tratamiento doctrinal de las vías de reforma contempladas en el Título X CE haya venido planteado desde un ángulo teórico, de ciencia constitucional, pero no, en modo alguno, por la necesidad o por la conveniencia de emprender en breve plazo una operación de modificación formal del texto de la Ley de leyes.

Antes al contrario, el estado de ánimo generalizado en la doctrina ha sido el de arrimar el hombro en una ambición colectiva: consolidar la experiencia constitucional *in extenso* —derechos y libertades, Estado autonómico, desarrollo institucional...—, relegando *pro futuro* cualquier «debate caliente»

sobre toda perspectiva de reforma constitucional. Y así ha venido operándose tan lejos como ha resultado razonablemente posible. Tal situación se ha prolongado prácticamente hasta el presente, en que nuevas circunstancias (y, con ellas, nuevas exigencias) han ido abriéndose paso.

Por eso mismo, en consonancia también con lo sucedido en los ordenamientos europeos de referencia, ha habido lugar para una cierta *elasticidad constitucional* compatible con un elevado grado de *rigidez formal*. Quiere decirse con ello que en las Constituciones europeas contemporáneas, obedientes, *grosso modo*, a los ciclos de posguerra (1945-1949) y de transición democrática en la Europa del Sur (1975-1982), han coexistido una pauta de extrema formalización del cambio constitucional y una pauta de disfrute de gran adaptabilidad de los textos a un decurso de circunstancias cambiantes y a las modulaciones impuestas por las correlativas *políticas de desarrollo* (las «praxis constitucionales»).

No otra cosa han supuesto procesos de tanta envergadura como la progresiva integración europea, con la superposición del ordenamiento jurídico eurocomunitario a los Derecho estatales, bajo el signo de la *supranacionalidad*. Lo mismo sucede con la descomposición de los antiguos escenarios de confrontación Este/Oeste, con la consecuencia, de un lado, de la reunificación alemana (la «anexión» de 5 *Länder* a la RFA) y la proliferación, de otro, de ámbitos de cooperación interestatal en Europa (UEO, CSCE, EFTA/UE, EEE, etc.). Que algunos de estos procesos han alcanzado dimensiones sustancialmente constitucionales es algo difícil de negar. Pero es igualmente patente que sólo en muy menor medida han planteado exigencias insalvables de reforma o revisión constitucional explícita.

De ahí que los «reequilibrios», «redimensionamientos» o «redistribuciones» *ad extra* y *ad intra* de los poderes (atribuciones, competencias) de los Estados clásicos puedan ser conceptualizados, en determinada medida, como aceptación contemporánea de la idea de «mutación de la Constitución»: un cambio de su sentido jurídico-material sin modificación formal de su letra. Piénsese, así, en los procesos descritos por la concreción de las posibilidades del Título VIII CE en la creación de un modelo *autonómico* de Estado, compuesto o descentralizado, y el sucesivo «reajuste» de contenidos competenciales impuesto por la integración de España en la Comunidad Europea.

2. *Las infracciones constitucionales: ruptura constitucional vs. quebratamientos tácitos*

De la entidad de lo expuesto nos da cuenta el que algún sector de la doctrina no haya tenido reparos en hablar incluso de «autorruptura» o de

«autorreforma anticipada» para describir el efecto de la irrupción del acervo eurocomunitario, por la vía del art. 93 CE, en el originario *status* constitucional de poderes y de fuentes.

No es probable, sin embargo, que pueda entenderse acertada la utilización de esos términos para describir el efecto de la integración eurocomunitaria: el «impacto» de la llamada *incoming tide* europea. En la terminología de la teoría constitucional, la idea de «ruptura» alude básicamente a la imposición de un cambio de tal magnitud en la idea constitucional de los poderes o las fuentes del Derecho, que sólo forzando hasta el extremo el sentido habitual de nuestros razonamientos (o de las palabras con que hasta entonces los hemos expresado) podría llegarse a argüir la compatibilidad de ese cambio con la originaria acepción que hasta entonces disfrutaban «las palabras y las cosas». El de «ruptura» no es, pues, un término que quepa aplicar con rigor al fenómeno operado por la «cesión de competencias derivadas de la Constitución» que el art. 93 CE previó para favorecer la incorporación de España a un *orden supranacional*.

Puede afirmarse incluso que, en «la realidad» o en la historia, difícilmente los cambios de *régimen* o de *orden* se presentan a sí mismos, en lo «constitutivo», como *ruptura* del pasado o del hasta entonces «presente». Incluso cuando han disfrutado del mejor aval moral (el tránsito de una dictadura o situación autoritaria a un régimen democrático), se ha preferido subrayar el *hilo conductor* del cambio, presentando sus efectos como *revisión* o *reforma*. Esta acentuación del *continuum* frente al *vacuum* «rupturista» se encontraría, en cualquier caso, de sobra justificada en el sistema democrático: toda modificación del orden constitucional de libertades acordado ha de ser legitimada sobre las bases conjuntas de su *aceptación por el pueblo* (depositario y titular de la soberanía) y de su *participación*, a la que se reconduce, en última instancia, la voluntad inspiradora de la adopción de decisiones.

En el contexto descrito, con Constituciones suscritas con el aval popular y casi siempre reforzadas por vía referendaria, el rasgo de su hiper-rigidez es fácilmente explicable, pero coadyuva igualmente a la producción de un registro de lo que llamaríamos «quebrantamientos tácitos». Serían éstos transgresiones puntuales de la literalidad de la Constitución cuya relevancia parecería minimizada por alguna suerte de acuerdo no explicitado entre los denominados «actores constitucionales», esto es, entre las fuerzas políticas, agentes sociales y titulares de instituciones u órganos que podrían haber denunciado tal transgresión (1).

(1) Un ilustrativo ejemplo de esta fenomenología nos viene prestado, curiosamente, por las vicisitudes experimentadas por el propio proceso político eurocomunitario. Se trata, en efecto, de un proceso que entraña notables paralelismos con la generalidad de los procesos materialmente

Nos nos hallamos aquí ante patentes violaciones del orden constitucional ni, muchísimo menos, ante intentos expresos de *ruptura global* («sustantiva» o «axiológica») del sistema establecido. Se trata, antes bien, de «infracciones» del mero *tenor literal* de la Constitución, debidas, por decirlo burdamente, a «exigencias del guión» o a «incidencias de recorrido»; *id est*, a *demandas* políticas cuyas respuestas adquieren, por así decirlo, «firmeza constitucional».

El violentamiento de la letra —operado, como se ha dicho, dentro de los elásticos confines de lo razonablemente tolerable por el discurso ideológico-constitucional— obedecerá, como es obvio, a condicionamientos difícilmente

constituyentes. El rasgo profederal de la futurible *Unión Europea* es de ello paradigmático, como lo es el que tanto en el Preámbulo cuanto en el artículo A del Tratado se haya incluido una explícita referencia a su propósito de «continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», parafraseando la fórmula «a more perfect Union» del Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos de 1787.

Dentro de estas coordenadas, los razonamientos tendentes a desactivar los augurios de derrumbamiento de Maastricht a partir del «no danés» en el referéndum celebrado el 2 de junio de 1992 (véase, al respecto, *infra*) han apelado a argumentos de clara factura iusconstitucional. Así, la defensa jurídica de la pervivencia de Maastricht, pese al revés en Dinamarca, ha debido recurrir a una teorización sobre la superposición de un poder instituyente (los Estados integrantes de la actual CEE que hayan querido ratificar el nuevo Tratado de la Unión) a partir de un documento originario producido por un poder instituyente igualmente originario (el hasta ahora vigente *Tratado de la CEE*, de 1957). De este modo, frente a quienes impugnan todo el proceso político de ratificación del Tratado de Maastricht por los restantes Estados, dada su incongruencia con el dictado del art. 236 TCEE (estipulando que el Tratado sólo podrá ser «modificado» o «enmendado» si así lo ratificaren *todos y cada uno* de los Estados de la Comunidad), los argumentos esgrimidos por los abogados de Maastricht se han esforzado, hasta ahora, por cualificar el *proceso constituyente de la Unión* como un verdadero *proceso reconstitutivo* entre los mismos países que forman la Comunidad y no como una mera reforma de un Tratado multilateral. Si el art. 236 TCEE representa una excepción a los principios generales que para la modificación de los Tratados internacionales establece el Convenio de Viena de 1969, su aplicación rigurosa ha de ser interpretada restrictivamente. Al suscribir Maastricht, los Estados integrados en la Comunidad Económica Europea no estarían, de esta forma, reformando la CEE, sino formando —*constituyendo* o, según la terminología habitualmente utilizada para evitar el empleo explícito de este vocablo, «instituyendo» o «estatuyendo»— *ex novo* una superpuesta *Comunidad Europea*. Jurídicamente, nos hallaríamos así ante una reedición más o menos *inconfesa* de un *poder instituyente* a escala eurocomunitaria.

Por lo demás, se nos recuerda también que fue de esa manera como se consiguió en el pasado solventar la dificultad que supuso introducir innovaciones sustantivas en la arquitectura fundamental de las instituciones comunitarias. Así, no fue acudiendo al costoso expediente de reforma previsto en el art. 236 TCEE —sino, pura y simplemente, a un *Acta* adoptada en el Consejo con fecha de 14 de septiembre de 1976— como se determinó que el Parlamento Europeo pasase a ser la expresión de un ejercicio de sufragio directo y universal en cada uno de los Estado miembros. A esta configuración responde la institución desde las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo habidas el 10 de junio de 1979.

predecibles por los constituyentes. La argumentación socorrida suele, además, traer causa de una legitimación funcional de formulación muy simple: «saltando» por encima de la *literalidad* de lo establecido en su día en el pacto constitucional, rendimos, en realidad, un buen servicio a su *espíritu*. Reproducimos, sobre la marcha, la atmósfera (y finalidad) del consenso originario, al tiempo que, al esquivar el complicado proceso de modificación formal, evitamos el dislate de matar moscas a cañonazos.

A menudo, la doctrina acaba convalidando, con su concurso *ex post*, o con su digestión tácita, este tipo de prácticas como *suceso inevitable*.

Las respectivas experiencias constitucionales francesa (con la convocatoria del referéndum sobre la elección popular del presidente, en 1962), española (proceso autonómico en Andalucía y, a juicio de algunos autores, en Navarra), belga (el «puenteo» de la sanción real a la legalización de ciertas formas de interrupción del embarazo, en 1990) o italiana (conflicto entre el Quirinal, CSM y Ministerio de Justicia acerca de determinados nombramientos judiciales), nos dan idea, entre otras referencias, del inestable equilibrio en que conviven las complejas tramas de garantía de la Constitución con el discreto salpicar de «quebrantamientos tácitos» y/o *infracciones menores*.

Pero nos hablan, sobre todo, del relativismo analítico con el que cabe enjuiciar críticamente la operatividad de estos institutos clásicos de *reforma* y *revisión* (según su acepción positiva dentro de cada ordenamiento); de su estrecha imbricación con el discurrir político que día a día materializa todo edificio constitucional históricamente relevante, así como, una vez más, del saludable escepticismo con que cabe contrastar la solidez de la dogmática clásica de la reforma frente a las contingencias de los razonamientos constitucionales prácticos. A pesar de la aparente precisión del mecanismo y de las condiciones que lo desencadenan, ninguna modificación formal de la Constitución consigue ser puesta en marcha sin intensas discusiones científico-doctrinales (transunto, inútil negarlo, de posiciones políticas) sobre su necesidad, sobre la adecuación del supuesto fáctico a lo previsto por la Ley fundamental, por los constituyentes o por la letra plasmada en el texto de marras, sobre la «elasticidad» de dicha literalidad o sobre la adecuación del supuesto de reforma a *alguna* de entre las *varias vías* de modificación previstas en la Ley de leyes.

II. EL SUPUESTO CONCRETO: EXIGENCIAS JURIDICO-POLITICAS, MUTACIONES Y REFORMA

1. *La integración supranacional como mutación constitucional*

El desafío planteado por la adopción en el Consejo Europeo de Maastricht (Holanda, 7 de febrero de 1992) de un inminente Tratado de Unión Europea es un exponente magnífico de las paradojas expuestas en el anterior párrafo.

En primer término, es difícil negar que, en cuanto modificación de los tratados institutivos de las Comunidades Europeas, su ratificación comporta implicaciones de factura materialmente constitucional sobre todos y cada uno de los ordenamientos de los Estados miembros. En segundo término, hay que advertir que, si bien caben pocas dudas acerca de la confluencia de las distintas tradiciones constitucionales que fundamentan los doce sistemas jurídicos individualmente considerados, es evidente que cada uno de éstos ha perfilado sus propios y distintivos mecanismos de modificación formal, independientemente de la mayor o menor entidad sustantiva de los puntos requeridos de reformas más o menos complejas.

En efecto, y a pesar de la efectiva «convergencia» de los varios acervos constitucionales —insistentemente subrayada en la jurisprudencia del TJCEE, en los casos *Stauder* (1969), *Int. Handelsgesellschaft* (1970), *Nold* (1974) o *Hauer* (1979), entre otros muchos—, es lo cierto que cada uno de ellos se enfrenta a las exigencias de la *Unión Europea* (en lo económico, en lo monetario y en lo político) desde una situación formal y técnicamente diferenciada. Aunque en lo sustantivo el impacto de los Acuerdos de Maastricht resultare equivalente, en lo formal va a comportar reformas constitucionales sólo en algunos de los ordenamientos estatales afectados. Sólo en algunos se plantea, además, la opción de un referéndum, sea en sede legitimatoria de la ratificación de los Acuerdos en sí, sea en sede legitimadora de la modificación de las Constituciones.

La variedad de situaciones concretamente observables, la multiplicidad de las opciones técnicas para su superación y, simultáneamente, la homogeneidad de los *problemas de fondo* parecen prestar, por tanto, una ocasión inmejorable para la reflexión en torno a la *idea de reforma de la Constitución*. Tanto a nivel general cuanto al de la activación de los resortes del Título X de la Constitución española de 1978.

Haremos reserva, no obstante, de las consideraciones de carácter general que la cuestión se merece: no es objeto de esta *nota* una teorización sobre la reforma en sí (problema, por lo demás, muy bien tratado en la doctrina), sino una reflexión a propósito de la ocasión que plantea Maastricht. Una breve

contemplación de las opciones constitucionales comprendidas para ello en el Título X de la Constitución española será objeto, por su parte, de un ulterior epígrafe (IV) en la presente *nota*. Por esto dedicaremos ahora algunos instantes a repasar la situación en los restantes Estados de la Comunidad Europea, llamando la atención sobre dos puntos de particular interés: la extranjería y el asilo en el futurible marco de la llamada *Unión Política*.

2. *Elasticidad y reforma en torno a un supuesto concreto:
Unión Europea y derechos de los extranjeros*

En su actual configuración, la Europa comunitaria comprende doce países teóricamente *soberanos* (si es que esta acuñación continúa siendo válida a efecto alguno), todos ellos adscribibles a la categoría del *Estado democrático de Derecho*. La realidad comunitaria es, como ha sido afirmado en incontables ocasiones, una construcción *jurídica* por encima de cualquier otra consideración. El ordenamiento eurocomunitario conforma un sistema propio, autónomo y «sobreimpuesto» a los nacionales estatales por medio de unos principios y mecanismos específicos: muy fundamentalmente, primacía, efecto directo y aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en todos los Estados miembros. Una alta institución, de neta naturaleza jurisdiccional —el TJCEE, acompañado, desde 1988, por el Tribunal de Primera Instancia, ambos con sede en Luxemburgo—, ha sido ideada con el fin de asegurar la garantía y observancia de dicha sobreimposición.

Lo que aquí nos importa subrayar es, pura y sencillamente, *la homogénea calidad constitucional de los ordenamientos confluyentes y resultantes*. De entre los confluyentes, todos menos uno (el Reino Unido) se fundamentan en un texto o *paquete normativo*, al que se reconoce cualidad supralegal y supremacía material. Otros cuatro ordenamientos (Dinamarca y los países que integran el Benelux) exhiben Constituciones de un modo u otro aluvionales.

En efecto, Bélgica, Holanda y Luxemburgo son productos estatales del siglo XIX, emergidos a través de las guerras napoleónicas y de las sucesivas revoluciones liberales. Estados-tapón, por tanto, cuyas cartas fundacionales han sufrido modificaciones formales y mutaciones de importancia, especialmente en lo que hace al rol institucional de la Corona en el juego político de sus poderes, hoy parlamentarizados.

Por su parte, Dinamarca ha vivido un proceso paralelo de parlamentarización y «euro-penetración» de su sistema de fuentes, avalado, este último, por un referéndum *ad hoc* en 1972.

El Reino Unido comparte con Dinamarca la apelacion al referéndum para la asimilación de las decisiones políticas a las que se reconoce entidad constitucional, aun cuando se caracteriza por la (sólo históricamente explicable) ausencia de Constitución «escrita» (*i.e.*, de un texto *compacto*, reconocible como tal) y, por ende, de una ley provista de especial rigidez.

La República de Irlanda sí posee, por el contrario, tal Constitución escrita (1937).

Italia (1948), Francia (1946-1958) y Alemania (1949) adoptaron Constituciones arquetípicas del ciclo «racionalizado», con sus respectivos listados de derechos y libertades individuales y colectivos. Grecia, Portugal y España (1975-1978) ostentan Constituciones en buena medida tributarias de este entorno comparado eurocontinental, especialmente en la incidencia de los derechos sociales, culturales y económicos.

Casi en correlación con su carácter *escrito*, todas las Constituciones (salvo, obviamente, el Reino Unido) contemplan procedimientos formalizados de reforma. Algunos, los más antiguos (así, Holanda y Luxemburgo), compatibilizan los rasgos *escrito* y especialmente *flexible* de sus leyes fundamentales: son Constituciones *escritas*, y deben ser reformadas por *su procedimiento específico*, sin que esto quiera decir que tales procedimientos sean especialmente *rígidos*. Otras (Portugal e Italia) son *escritas* y *rígidas*, pero notablemente *elásticas*, disponiendo de la suficiente cantidad de previsiones para las distintas opciones de desarrollo político como para no comportar —o no se vislumbra hasta ahora— la exigencia de una reforma *ad hoc* con ocasión del Acuerdo de Maastricht. Otras (Irlanda, Francia, Alemania y España) son al mismo tiempo *escritas*, *rígidas* e *ineslásticas*. Al menos, verosímilmente, esa es la lectura básica que desprenden sus actuales previsiones en lo relativo a dos puntos: de un lado, a sus respectivos regímenes de derechos y de libertades públicas, que van a verse afectados por la exigencia jurídica de la futura *unión política* (la *ciudadanía común* y la *cooperación* en materias de *política interior*, *extranjería* y *asilo*); de otro lado, en lo que hace a la *reforma parcial de sus Constituciones*.

En el caso español, los preceptos implicados por tal encuadre serían los arts. 10-13, 23, 93-96 y 166-169.

En todo caso, una somera visión de los problemas jurídicos presentados por la satisfacción de los acuerdos adoptados en Maastricht viene a poner de relieve lo anticipado en las líneas de introducción de esta *nota*: 1) Las intensas connotaciones constitucionales del *Tratado de Unión Europea* comportan, de un modo u otro, modificaciones de calado en cada uno de los sistemas constitucionales vigentes; 2) Tales modificaciones supondrán, en algunos casos, reformas constitucionales que deberán ser activadas a través de los mecanis-

mos contemplados en el texto de cada Ley fundamental; en otros supondrán, como poco, un caso de mutación constitucional sustancial; 3) Azuzadas, por supuesto, por los factores políticos, las discusiones doctrinales suscitadas con respecto a cada uno de los casos en que se aventa, *prima face*, la necesidad de abordar una reforma expresa de la Constitución traslucen, a fin de cuentas, la fungibilidad y la relatividad de los tradicionales resortes de garantía de la Constitución subyacentes al principio de su *rigidez formal*: bien a pesar de los obstáculos y defensas delineadas, la *vis politica* emergente en la integración europea y el redimensionamiento que ello implica en punto a la vieja dogmática del poder constituyente son elementos decisivos de esta relativización de la rigidez formal.

III. DOS PROBLEMAS DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO: EL ASILO Y EL SUFRAGIO

1. *Comunidad Europea y derechos de los extranjeros*

En efecto, un repaso al panorama de controversias jurídicas despertadas a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht (haremos, por tanto, abstracción de las controversias políticas, aun cuando, como se ha apuntado, éstas acaben reflejándose en el plano doctrinal) nos da idea, ante todo, de lo que ya parece ser una primera oleada de reformas constitucionales de verdadera *escala europea*; esto es, de reformas *pari passu* de textos constitucionales que pasan ya a resentirse de la integración europea tímidamente iniciada en 1949 (con el Consejo de Europa), 1950 (Convenio de Salvaguardia de los Derechos Humanos), 1951 (Tratado institutivo CECA) y 1957 (TCEE y TCEEA).

Se hace así, definitiva y explícitamente, asunción de la naturaleza *constitucional* de un proceso que empieza siendo puramente *iusinternacional*. Pero, además, se subraya el hilo de conexión que vincula a los derechos de corte liberal clásico (las libertades económicas que en primera instancia acusan el impacto del acervo jurídico-comunitario) con la necesidad de un reparto de poderes crecientemente *federal* (al menos federalizante), fruto de la interdependencia económica y social.

Naturalmente, este proceso arrastra consecuencias de estimable envergadura en la distribución clásica de los poderes, en el sistema de fuentes y en la organización territorial del Estado. Es, sin embargo, a otro capítulo clásico

del Derecho constitucional hacia el que apuntan las más inmediatas exigencias de reforma: el capítulo de los derechos y libertades de los extranjeros en el territorio del Estado, con incidencia, en su caso, sobre los derechos de asilo y refugio en el mismo.

Así, es este punto el que ha permitido sugerir la hipótesis de una posible reforma constitucional en Bélgica. La concesión del derecho de voto en ciertas elecciones para los extranjeros ciudadanos de la CEE —una estipulación incorporada al art. 8.b.1 del Tratado de Unión Europea de Maastricht, concretamente en lo que hace a las elecciones directas al Parlamento Europeo y a las elecciones locales, para los residentes dentro de lo relativo a la ciudadanía de la Unión— deberá ser adoptada por mayoría de dos tercios de los votos expresados en el Senado y en la Cámara de Representantes, reunidas estas Cámaras a su vez con mayoría de dos tercios. No hay, sin embargo, perspectivas de referéndum alguno, procedimiento este inexistente en la Constitución belga de 1831 (modificada en 1893, 1921, 1970 y 1980).

Sí debía haber, y ya ha habido, en cambio, referéndum en Dinamarca. La Constitución danesa de 1953 exige en su art. 20 que toda «delegación de soberanía» sea votada, en primer término, por mayoría de cinco sextos de los miembros del *Folketing* (Parlamento); en caso de que el texto reciba un respaldo menor (y siempre, naturalmente, que parta de una mayoría simple), habrá de ser sometido a *referéndum vinculante*.

Respecto de la experiencia práctica de este referéndum, sigue siendo útil advertir, incidentalmente, lo que ya todo el mundo sabe: que, en la misma medida en que fue este mecanismo el que propició la adhesión de Dinamarca a la Comunidad en 1972, un resultado negativo en una consulta a ese respecto corría claramente el riesgo de ser interpretado como un pronunciamiento de salida de la misma, a la vista de los sesgos adquiridos en su evolución más reciente. Y éste ha sido, en efecto, uno de los serios problemas a los que ha debido enfrentarse el recurso al referéndum. En este sentido, el voto negativo, que, por muy escaso margen (50,7 por 100 frente al 49,3 por 100), arrojó la consulta danesa del 2 de junio de 1992 ha planteado a la Comunidad muchos y muy serios embates políticos y jurídicos. No obstante su envergadura, estos desafíos escapan a la estricta problemática de la reforma constitucional con ocasión de Maastricht. Justamente por ello omitiremos aquí cualquier ulterior consideración al respecto.

En la Carta Magna griega de 1975 no existe, como se apuntó, un condicionamiento constitucional formal a la ratificación. No existe al respecto, por tanto, previsión de referéndum.

Tampoco Italia, por su parte, se enfrenta a un problema jurídico con la ratificación. Las sucesivas leyes de adaptación a la dinámica de integración

europea (Ley La Pégola 183/1987, de 16 de abril, y reforma introducida por la Ley 86/1987, de 9 de marzo) han allanado un camino anteriormente minado, sí, por algunas insuficiencias y por las dificultades técnicas de absorción del *acquis communautaire*, pero no por un exceso de rigidificación de un tradicional concepto de la soberanía (arts. 11 y 138 Const. italiana de 1948).

Irlanda, contrariamente, sí ha afrontado, con ocasión de lo acordado en Maastricht, un muy importante debate. Como es sabido, su reserva («Declaración relativa al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa de 1937») a los derechos de libre circulación de personas y servicios —con sus implicaciones sobre la libertad de establecimiento reafirmada a este respecto por la STJCEE de 4 de octubre de 1991— encuentra apoyo en una enmienda constitucional consagrando el derecho a la vida del *nasciturus*, aprobada por referéndum en 1982. Ha sido igualmente un referéndum, fechado el 18 de junio de 1992, el instrumento por el cual la República de Irlanda ha debido ratificar el Tratado de Unión Europea. Una aún reciente decisión de su Tribunal Supremo (equivalente funcional del Tribunal Constitucional) en un polémico caso de aborto en el extranjero ha reavivado la polémica en torno a la prolongación de la «excepción irlandesa» en el contexto europeo. De hecho, el debate político con ocasión del referéndum ha apuntado más a la cuestión de introducir en Irlanda la posibilidad de interrumpir lícitamente un embarazo en ciertos casos que a los propios contenidos de lo tratado en Maastricht: todo ha indicado que el eventual rechazo popular a los textos adoptados en el referéndum de junio hubiera debido ser interpretado no como un rechazo a Europa, sino a la especificidad del «Protocolo irlandés». En todo caso, su supresión, e incluso su simple modificación, hubiera requerido igualmente la aprobación de los restantes once Estados firmantes del «paquete de Maastricht», según su factura actual.

La Constitución luxemburguesa (reformada en 1956) contempla la posibilidad de votación cualificada (dos tercios de votos favorables sobre un *quorum* de tres cuartos de la Cámara) para ratificar Tratados sobre las materias implicadas en la construcción europea (art. 49.b), pero la cuestión sólo adquirió cierto relieve político en lo que hace al derecho de voto de los ciudadanos eurocomunitarios residentes en el Gran Ducado. El asunto presentaba especial relieve práctico en un país que contabiliza más de 100.000 residentes eurocomunitarios —formalmente, *extranjeros*— en una población total de apenas 400.000.

No se dan dificultades constitucionales importantes en Holanda (Const. holandesa de 1815, con sus sucesivas reformas hasta la de 1983), Reino Unido y Portugal (Const. portuguesa de 1976). En los dos primeros casos, los problemas que concentran la atención del analista son básicamente políticos,

de varia naturaleza. Países ambos provistos de Constitución más «flexible» de lo habitual en su entorno, la ratificación no plantea problemas institucionales. En el caso británico, la Cámara de los Comunes incorpora todavía la más rancia inteligencia del «Parlamento Soberano», por lo que nada le impide enmendar por vía de ley (*i.e.*: *Statutory Act*) la *European Communities Act* de 1972 para centrarse después en el debate político sobre los más controvertidos Protocolos relativos a políticas sociales, unión monetaria y política y estructura financiera, en algunos de cuyos aspectos Gran Bretaña ha hecho valer la cláusula de *opting out*.

En Portugal, por su parte, no se plantean dificultades técnicas de envergadura. La Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982 y 1989, pasa por ser conjuntamente una de las más prolifas y generosas del espectro comparativo (312 artículos). En relación con el derecho de voto de los extranjeros, el párrafo 4 del art. 15 de la Constitución (reforma intruducida por la Ley Constitucional 1/89, de 8 de julio) preceptúa que «la ley, bajo reserva de reciprocidad, puede conferir a los ciudadanos extranjeros residentes en territorio nacional la capacidad electoral para la elección de los miembros de los órganos de las colectividades locales». Si no se presentan problemas de interpretación constitucional, bastará, en consecuencia, una mayoría simple del Parlamento de la República para ratificar el tratado en su calidad de Tratado internacional.

Alemania y Francia nos prestan, finalmente, los casos más emblemáticos a los efectos propuestos por la presente *nota*.

Los problemas alemanes se sustancian fundamentalmente, como no podía ser de otra manera, en la arena política. Las consecuencias de la unión económica y monetaria sobre las posiciones del marco y del *Bundesbank* no permitirían otra cosa. Consecuencias importantes en lo constitucional se deducirán también para el reparto de poderes entre los *Länder* y el *Bund* (arts. 20-37 GG, 1949). En modo análogo a lo que resulta de las restantes experiencias de Estado compuesto en Europa, la profundización de la integración europea inocular en sus sistemas un «nuevo federalismo». Pero el objetivo principal de la polémica alemana concierne específicamente a la regulación de la extranjería y del asilo (arts. 1, 2, 3 y 16).

En efecto, aquí, como en otros aspectos, el punto de partida lo informan los Acuerdos de Schengen de 1985, de los que trae causa el Convenio aplicativo suscrito por siete países integrantes de la Comunidad en 1990 (concretamente, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Luxemburgo, Bélgica y España) en relación con la apertura de fronteras interiores, refuerzo de las exteriores, libre circulación en el interior de este espacio, cooperación policial y trasvase informativo. Este marco jurídico comportará repercusiones de calado en el

tratamiento del *asilo* disponible a los refugiados políticos; sólo podrá presentarse una *solicitud* en uno de ellos y deberán armonizarse los criterios aplicados para su reconocimiento.

Europa y los compromisos de Schengen sirven de pretexto para un intenso debate de política interior alemana: cediendo, en buena medida, a las presiones provenientes de su propia ala derecha y de los *Republikaner*, la Democracia Cristiana ha planteado revisar la *Ley Fundamental* de Bonn (la *Grundgesetz* de 1949) en orden a restringir la garantía del derecho fundamental de asilo (al que en el presente acceden de modo casi automático los perseguidos políticos, art. 16.2) como requisito previo a la ratificación de los Acuerdos relativos a libre circulación y supresión de fronteras. La reforma de la Constitución exige, en cualquier caso, una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, lo que exigiría el concurso de los socialdemócratas. Con todo, es más que probable que la ratificación de los Acuerdos de Maastricht acabe desencadenando un proceso de reforma constitucional más amplio en el que se conjuguen el régimen de extranjería y la garantía del asilo (art. 16.2) con una reforma electoral y de integración del *Bundesrat* de acuerdo con las exigencias de la nueva situación de la Alemania unida.

En Francia el tema es igualmente objeto de agrias polémicas. La opción constitucional —que apuesta por la reforma de la Carta de 1958— se encuentra ya decantada en sus aspectos básicos: en reciente Decisión, con fecha de 9 de abril de 1992, el *Conseil Constitutionnel* confirmaría la exigencia de una reforma expresa de la Constitución, que afectaría a la concepción de la *soberanía* (Preámbulo y art. 3 Const. francesa 1958) y al *régimen de disfrute del derecho de sufragio en lo relativo a extranjeros*, esto es, de derecho al voto y a la elegibilidad en los órganos de corporaciones locales de los ciudadanos eurocomunitarios legalmente residentes en Francia.

En una coyuntura histórica de especial agitación, los titulares de los órganos constitucionales clave se enfrentaban a un abanico de opciones de considerable entidad: abrir, determinando hasta qué extremo, el derecho de voto a la población inmigrante, y vincular, y hasta qué extremo, este derecho de voto a la elegibilidad (*i.e.*: sufragio pasivo) a los cargos públicos a los que se accede por vía indirecta desde las corporaciones locales francesas (Alcaldías, Consejos Regionales y Senado).

La vertiente estrictamente política del asunto resultaba fácilmente comprensible en un país en que el concepto de *soberanía nacional* se asocia históricamente al constitucionalismo demoliberal-jacobino, y en el que las opciones referendarias se han prestado en el pasado a desviación plesbicitaria. Pero, al margen de ello, las alternativas de reforma de la Constitución aparecían conectadas con una serie de importantes debates ya en avanzado curso

(entre ellos, el relativo a la duración del mandato presidencial, actualmente de siete años; art. 6 Const. francesa). Es por ello que el caso francés ha llevado a un punto particularmente elevado la controversia doctrinal sobre problemas atinentes a la determinación de las circunstancias que hacen inevitable la modificación expresa del texto constitucional. En sus líneas basilaras, el debate doctrinal se sintetiza como sigue:

Existía, en primera instancia, consenso en lo relativo a una distinción procedimental necesaria: una cosa es el procedimiento de reforma constitucional materialmente exigido por la decisión del Consejo Constitucional citada (9 de abril de 1992) y otra el procedimiento de ratificación del Tratado de Maastricht (o más exactamente, la ley de autorización de su ratificación), lógica y técnicamente consecutivo al primero. En la Constitución francesa, el primero afectaba a los arts. 52, 53, 54 y 55, y el segundo, a los arts. 11 y 89.

En cuanto al problema de fondo, afectaba a varios artículos de la Constitución francesa: al art. 3, el cual dispone que la soberanía «pertenece *al pueblo*, que la ejerce por sus representantes y por la vía de referéndum. Ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo pueden atribuirse su ejercicio»; al art. 11 de la Const. francesa, el cual contempla la posibilidad de referéndum, sujeta a una decisión política discrecional del presidente de la República, y al art. 89 de la Const. francesa (reforma constitucional por vía parlamentaria, mediante su aprobación por la Asamblea Nacional y el Senado, reunidos *en Congreso*, o bien por vía de referéndum, si así lo decide el presidente de la República).

En cuanto a los problemas de procedimiento, existía un acuerdo básico en cuanto a la validez y a la disponibilidad de la técnica dispuesta en el art. 89: previa aprobación por ambas Cámaras (en votaciones separadas), correspondía al presidente de la República optar entre la adopción definitiva de la reforma por votación conjunta de las dos Cámaras reunidas en Congreso o bien someter la misma a un referéndum popular (art. 89, II, Const. francesa). Idéntica disyuntiva a la discreción presidencial se reproducirá ulteriormente a la hora de autorizar por ley la ratificación definitiva del Tratado (art. 11 Const. francesa).

Las discrepancias concernían, en cambio, a la posibilidad de que el presidente de la República recurriese directamente a la vía del referéndum (art. 11 Const. francesa) para la propia reforma de la Constitución, prescindiendo, por tanto, de la primera votación parlamentaria en las Cámaras por separado en cada una y, por supuesto, también de su votación conjunta en su reunión *en Congreso*. Es de notar a este respecto que las principales posiciones doctrinales han mostrado en todo momento partir del condicionamiento de las filiaciones políticas de sus respectivos mentores.

En efecto, al igual que los responsables políticos, los juristas han estado divididos en cuanto a la solución de la reforma. Ha de notarse que tampoco imperó un previo consenso doctrinal en la experiencia de las precedentes reformas de la Constitución francesa de 1958. Sólo posteriormente una nutrida variedad de teorizaciones concurren al esfuerzo de proporcionar en cada caso un soporte teórico-constitucional a otros tantos episodios (argumentando «convención», «praxis», «mutación», «convalidación-sanción», por vía referendaria, etc.). Incluso, en célebre Decisión (62-20, de 6 de noviembre), el Consejo Constitucional llegaría a legitimar con su aval estos sucesos con ocasión del referéndum para la elección directa del presidente de la República (reforma del art. 6 Const. francesa).

Se trataría, en todo caso, de *convenciones* aceptadas por los actores del sistema constitucional francés (los titulares de los órganos legitimados ante el *Conseil*, ante la jurisdicción contenciosa del *Conseil d'Etat* y ante la penal de la Alta Corte de Justicia contemplada en el art. 67 Const. francesa). Así, ninguno de estos actores hizo uso, en las ocasiones brindadas en 1982 y 1989, de los resortes disponibles para significar su contraposición o para situar bajo acusación de alta traición al presidente de la República, de acuerdo con las posibilidades que prestaba el art. 68 de la Const. francesa.

Dentro de estas coordenadas, el presidente de la República se enfrentaba a tres desafíos: 1) intentar agotar la vía parlamentaria, obteniendo en cada Cámara una aprobación por mayoría absoluta de sus miembros, para pasar después a una segunda votación de la Asamblea y del Senado, reunidos *en Congreso*, debiendo obtener en este caso el apoyo *de tres quintos de los votos emitidos* en tal reunión conjunta de parlamentarios *en Congreso* (no de la totalidad de los componentes de éste); 2) acudir —en lugar de esta segunda votación, pero habiendo superado favorablemente la primera— a la vía del referéndum (art. 89 Const. francesa); 3) en tercer término, afrontar la ratificación supondrá reproducir idéntica disyuntiva: la intervención parlamentaria para la ratificación de un tratado internacional (art. 53 Const. francesa) y la referendaria del art. 11 de la Const. francesa.

El dilema doctrinal se concentraba, pues, en torno a la posibilidad de cubrir ambos procesos con un *referéndum directo* (art. 11 Const. francesa). En el momento presente, ha podido culminarse la discusión y votación parlamentaria (abril de 1992) de un Proyecto gubernamental de reforma constitucional tendente a añadir al texto constitucional un nuevo Título *ad hoc* (el XVI, de la *Unión Europea*) compuesto por dos artículos. El primero sería el relativo a la transferencia de competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea; el segundo sería el relativo a los derechos políticos de los ciudadanos comunitarios residentes en Francia. Así,

en las elecciones locales los residentes en Francia podrán resultar electores y elegibles. No podrán, sin embargo, ser elegidos alcaldes, ni adjuntos de alcalde, ni tampoco participar en el Colegio Electoral de elección de Senadores. Por su parte, los ciudadanos franceses tendrían ocasión de pronunciarse finalmente sobre el tema en sede referendaria, no con ocasión, ciertamente, de la reforma introducida en la Constitución, sino con ocasión de la ratificación del Tratado. Tras la aprobación, *en Congreso*, de la reforma constitucional, la consulta popular fue convocada por el presidente de la República, a celebrar en la fecha del 20 de septiembre de 1992.

2. Enseñanzas comparativas

En definitiva, este excursus de Derecho comparado arroja dos enseñanzas. La intensidad del debate y las paradojas abiertas por los posicionamientos polémicos en la doctrina subrayan poderosamente la complejidad de lectura que subsigue —en este caso como en el de otros sistemas jurídicos del mismo entorno— a la superposición de técnicas de garantía de la rigidez formal que inviste a la Norma Suprema. Pero también, como anunciábamos, la relativa eficacia práctica de las mismas, la opacidad con que operan y, consiguientemente, el relativo escepticismo con el que cabe analizarlas.

Al menos desde la óptica jurídico-constitucional, el concurso de esas técnicas en el entendimiento (y soporte) de la Constitución del Estado democrático de Derecho merece, pues, ser revisado más allá de los dictados de cada situación concreta: determinada dosis de *vis política efectiva* actúa en no pocas ocasiones —y así lo ha probado la historia— como *redimensionamiento del poder constituido para activar la reforma*, cuando no, sencillamente, como *reedición inconfesa del poder constituyente*.

IV. EL CASO ESPAÑOL: OPCIONES CONSTITUCIONALES

1. La opción interpretativa

Al objeto de afianzar las impresiones desprendidas en el anterior análisis, nos centraremos ahora en las perspectivas de reforma constitucional suscitadas por la ratificación por España del Tratado de Unión Europea. Como en Francia y en Alemania, los problemas eventualmente planteados en España se concentran sobre todo en el capítulo atinente al reconocimiento de ciertos derechos políticos a ciudadanos no españoles de la futura Unión Europea (arts. 8 a 8C). En todo caso, revisten estimable importancia otros extremos contenidos en el Proyecto de Tratado, destacando los arts. A y G, en lo relativo a los

arts. 6, 1 a 7C, 8 a 8C, J1 a J11, K a K9, R, y Declaraciones núms. 12, 13, 14, 15, 18, 29, 30 y 31.

En lo que nos concierne, la ratificación de un Tratado que comporta el reconocimiento de los derechos de *sufragio activo y pasivo* a ciudadanos eurocomunitarios residentes en España, en elecciones directas al Parlamento Europeo y en las municipales, ha venido a plantear una serie de cuestiones jurídicas de estimable envergadura.

En efecto, si nos aproximamos a sus aspectos más notorios no es difícil convenir, de entrada, en que la regulación del derecho al *sufragio activo* en las elecciones comunitarias excede ya de por sí el marco institucional del que responde el Estado: de este modo, las innovaciones previstas en las Declaraciones 12, 13, 14, 15 y 18, incorporadas al Acta Final de la Conferencia de Maastricht, no supondrían para España problema constitucional alguno. Sí comportarán, en cambio, reforma de la LOREG (arts. 210 a 225 de la LO 1/85, de 19 de junio), a la vista de lo dispuesto en el art. 138.3 del Proyecto del Tratado, encaminado a hacer posible la elección al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, con un procedimiento uniforme en todos los países miembros.

La concesión del derecho de voto a los extranjeros en elecciones locales sí es, en cambio, dominio del *legislador nacional*. «En los términos que establezcan los Tratados y las leyes» (art. 13.1 CE), todos los *extranjeros* pueden así disfrutar de los derechos y libertades del Título I CE (entre ellos, obviamente, los de participación) en el territorio español. Para con los ciudadanos eurocomunitarios residentes en España (un subsegmento especial del genérico «extranjeros»), tanto el art. 13.2 cuanto el art. 176.1 LOREG (LO 1/85, de 19 de junio) contemplan la concesión del *derecho al sufragio activo* en las municipales mediando *tratado* a ese propósito y lógicamente en condiciones de reciprocidad.

A partir de estas coordenadas, el problema aparecía inevitablemente en torno al *sufragio pasivo* en las municipales (art. 8.b.1 del Tratado de la Unión). Así, efectivamente, este punto planteaba no sólo visos de abonar la reforma de la Constitución, sino una ocasión para un debate de «ideas de la Constitución» en donde poner de relieve la aplicabilidad en nuestro suelo y en nuestro ordenamiento de las premisas expuestas en el parágrafo I.

En efecto, un mismo orden constitucional propicia diversas lecturas sobre su *elasticidad* y sobre la *procedibilidad* de los cauces de reforma previstos en el Título X: partiendo de la *mutación por vía interpretativa*, llegando a la vía agravada del art. 168 CE y pasando por la vía menos rígida de reforma explícita del art. 167 se ha hecho sentir un claro *espacio* para la *argumentación*.

Abriendo el debate a este respecto, y a requerimiento del Gobierno, un Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, fechado en 20 de junio de 1991, abordó en su momento las previsibles cuestiones constitucionales que podrían suscitarse a raíz del reconocimiento de los derechos de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos comunitarios en el Estado miembro en el que residan.

En la medida en que este Dictamen apostara decididamente por la posibilidad de abordar enteramente los contenidos de Maastricht sin necesidad de abordar una reforma expresa de la Constitución, este posicionamiento doctrinal nos proporciona un primer punto de apoyo a los efectos planteados en la presente *nota*. En efecto, una polémica perceptible entre nosotros ha venido a poner de relieve la pluralidad de enfoques que la cuestión recibe, primero, en lo relativo a la *necesidad* o no de la reforma misma, y segundo, en lo relativo al mecanismo técnico por el que solventar las exigencias jurídicas de recepción de Maastricht. Vamos a analizar las diferentes *opciones*.

De entrada, para situarnos, los artículos constitucionales de referencia comprenden: art. 23 (participación política de los *ciudadanos*), art. 13.2 (derecho de los extranjeros al sufragio *activo* en elecciones municipales, en condiciones de reciprocidad), art. 93 (atribución de competencias derivadas de la Constitución a instituciones de carácter *supranacional* mediante ley orgánica), art. 95 (revisión constitucional previa a la celebración de Tratado internacional contrario a la Constitución) y arts. 166 a 169 (reforma y revisión constitucionales).

En el citado Dictamen, el Consejo de Estado se pronunció exclusivamente sobre la eventual extensión del derecho de sufragio a los extranjeros nacionales de Estado comunitario *en las elecciones al Parlamento Europeo y en las municipales*; no así en las elecciones generales ni en las de ámbito autonómico.

La razón de este principio de limitación objetiva es fácilmente comprensible. En relación con el régimen del sufragio activo y pasivo de cara a las elecciones al Parlamento Europeo, no se planteaba, en efecto, ningún problema de constitucionalidad. El Parlamento Europeo es una institución eurocomunitaria, cuyo régimen jurídico responde íntegramente a los dictados y principios del propio sistema de fuentes eurocomunitario. La Comunidad Europea conforma un verdadero ordenamiento jurídico autónomo, caracterizado por el rasgo de la *supranacionalidad* (primacía, eficacia directa y aplicación uniforme). Los elementos constitutivos de sus instituciones trascienden, por tanto, a las competencias normativas de los Estados miembros, en virtud de la cesión de atribuciones (o de los denominados «ámbitos de soberanía») que ha sido operada a través de cláusulas como la contemplada en el art. 93 de la CE.

Por eso mismo, la extensión del derecho de sufragio al Parlamento Europeo ni siquiera representa, en la argumentación suscrita por el Consejo de Estado, una nueva transferencia de «competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE). Se trataría, por el contrario, de un Tratado de carácter estrictamente *político*, bajo la cobertura del art. 94 CE, que exige exclusivamente la previa autorización de las Cortes Generales, por mayoría simple, para su ratificación. Problema distinto lo presenta el reconocimiento, en virtud de una reforma del Tratado CEE (Roma, 1957), del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. El art. 13.2 de la Constitución pasa a imponer una lectura restrictiva de esta posibilidad cuando señala que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las municipales».

El ordenamiento jurídico comunitario constituye, como acaba de recordarse, un sistema de Derecho autónomo y dotado de mecanismos propios de desarrollo normativo e integración. Su evolución evidencia la gran flexibilidad con la que ha venido absorbiendo desde su ideación espacios competenciales no explícitamente previstos, en principio, por las disposiciones textuales del denominado Derecho comunitario *originario* (básicamente, los Tratados de París, de Roma y el Acta Unica de 1986). Lo cual es, por lo demás, un rasgo común y arquetípico de todas las experiencias *protofederalizantes*, tal y como evidencia la *vis expansiva* advertida en la *Commerce Clause* del art. I.8.3 de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. El reconocimiento, por revisión de los Tratados constitutivos de las Comunidades, del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos comunitarios, siempre en los Estados miembros en que residan, resultaría, pues, perfectamente encajable dentro de la previsión del art. 13.2 CE.

La adopción de un Tratado con tal estipulación no representaría, por tanto, a juicio del Consejo de Estado, una verdadera transferencia de «competencias derivadas de la Constitución». Se trataría solamente de un Tratado internacional que, con carácter *político* (art. 94.1.a CE), *afectaría* a los derechos del Título I CE (art. 94.1.b), por lo que su ratificación sólo exigiría su previa autorización por las Cortes Generales (art. 94.1 CE).

A la argumentación sostenida por el Consejo de Estado podría, no obstante, objetarse que, en la medida en que las dos previsiones que se acaba de exponer entrañan una *reforma expresa* de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, *sólo podríam ser autorizadas en virtud de la adopción de una nueva ley orgánica de acuerdo con el art. 93 CE*. Tal fue, además, la vía por la que se autorizó anteriormente la ratificación por España del Acta Unica Europea (LO 4/86, de 26 de noviembre), expresión ésta igualmente

del «proceso de profundización» de los objetivos inherentes a la integración europea.

Pero una vez cubierta esta primera cuestión, el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo para esas mismas *elecciones municipales en España* sí plantearía, en cualquier caso, una valoración mucho más delicada.

Para abordarla, el Consejo de Estado recurrió a las «potencialidades no agotadas» de los arts. 93, 94 y 95 CE, en su juego combinado.

Sin duda, el art. 93 CE permite la atribución a instancias supranacionales de potestades que la propia Constitución ha conferido a los órganos y/o poderes contemplados en ella. Pero esas posibilidades de modificar el régimen de distribución de poderes sin modificar expresamente la propia Constitución (esto es, sorteando las disposiciones del Título X CE, de notable rigidez) no son absolutamente ilimitadas: en el caso de afectar al régimen sustantivo de los derechos y libertades reconocidos en la sección primera del capítulo II del Título II CE (así como el Título Preliminar y el Título II, de la Corona), resultaría inobviable el recurso al procedimiento de rigidez reforzada del art. 168 CE.

No ha parecido ser éste el supuesto de referencia: el artículo afectado no resultaba, en rigor, el 23, sino exclusivamente el 13.2 CE. Además, tal afectación no concernía en puridad al contenido del derecho, sino exclusivamente a un aspecto —el sufragio pasivo— del régimen de la organización municipal española.

Partiendo de esta base, el Consejo de Estado apostó por sostener la tesis de que, tanto en atención a las potencialidades del art. 93 cuanto a la flexibilidad con que en los ordenamientos constitucionales europeos se ha procedido a asumir la capacidad innovadora del sistema de Derecho eurocomunitario, resultaba, además, posible eludir la rigidez de la denominada «reforma parcial» de la CE (art. 167), dado que no se afectaría al ámbito material expresamente protegido por la citada rigidez.

En efecto, el art. 13.2 no se encuentra ni en el Título Preliminar ni en la sección 1.ª del capítulo II del Título I CE. Este precepto no se refiere al contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 23, sino exclusivamente al círculo de sujetos titulares de tales derechos. En la tesis del Consejo de Estado, la restricción operada en el art. 13.2 responde a un pronunciamiento sobre organización política, pero no sobre los contenidos nucleares inherentes al reconocimiento de un derecho fundamental como son los que, por su parte, y en diferente sede, contempla el art. 23.

Además, los principios rectores de la organización municipal española no aparecen en el Título Preliminar de la Constitución ni en la referida sección 1.ª del capítulo I del Título I CE. De este modo, el reconocimiento, en

un Tratado de Unión Europea (en revisión del TCEE, 1957), del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a ciudadanos de esa Unión de orden supranacional no afectaría a los derechos del art. 23 CE, como tampoco al Título Preliminar. El esfuerzo interpretativo que exige la absorción, por el ordenamiento constitucional español, de la profundización de la integración eurocomunitaria —proceso este fundado en las disposiciones institutivas, orgánicas y de *programación final* que constituyen el núcleo del Derecho comunitario— conduciría, así, a abrir la puerta a una extensión de los derechos de sufragio titulados por ciudadanos de la Comunidad sin necesidad de acudir a la reforma constitucional, sobre la base que oportan las potencialidades del art. 93 CE.

La argumentación sostenida en el Dictamen del Consejo de Estado presentaba aspectos discutibles, guiada como parece por la voluntad de servir, con todos los instrumentos disponibles, a las exigencias estructurales y a los principios básicos del ordenamiento jurídico-comunitario. Es cierto, en primer lugar, que siempre será posible contraargumentar la incompatibilidad del tenor literal del vigente art. 13.2 CE con el reconocimiento de sufragio activo al *extranjero* (los *no españoles*), por más que sea éste *ciudadano de la Comunidad*. En ese caso, lo que sí resultaba claro, desde nuestro punto de vista, es que no será nunca necesaria la vía superreforzada del art. 168 CE. Por el contrario, y en caso de que así pareciera necesario u oportuno, podría optarse por la reforma parcial de la Constitución contemplada en el 167 CE: no se exigiría en ningún caso disolución de las Cámaras; sólo procedería referéndum si así lo solicitara la décima parte de una de las Cámaras; la mayoría requerida será la de los tres quintos, pudiendo evitarse ésta si, dándose la mayoría absoluta en el Senado, se obtuviera mayoría de dos tercios en el Congreso después de haberse intentado el acuerdo entre las Cámaras.

Así las cosas, debe advertirse que el propio Consejo de Estado no dejaría de recordar el mecanismo contemplado por el art. 95.2 CE. De acuerdo con este precepto, el TC, intérprete supremo de la Constitución, podría ser instado (por el Gobierno o por cualquiera de las Cámaras) a pronunciarse, con carácter previo a la ratificación por España de un Tratado internacional, sobre la eventual existencia de contradicción entre éste y la Ley Fundamental (art. 78 LOTC).

Resumiendo los ejes argumentativos de esta primera línea de razonamiento —la vía interpretativa—, cabe afirmar, en primer término, que las estipulaciones de un Tratado de Unión Política que reconozca a los ciudadanos de los Estados miembros el derecho de sufragio activo y pasivo en España de cara a las elecciones al Parlamento Europeo tendría el carácter *político* a que se refiere el art. 94.1.a CE. No presenta ningún problema de constitucionalidad.

El mismo carácter tendría, en segundo lugar, el reconocimiento del sufragio activo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión residentes en España. En fin, y en tercer lugar, el reconocimiento, para este último supuesto, del derecho del sufragio pasivo podría lícitamente autorizarse por medio de una Ley Orgánica al amparo del art. 93 CE.

Sin embargo, no se agotan con lo expuesto ni las posiciones desde las que cabía apelar a la vía de la recepción de Maastricht, sin necesidad de acudir a una reforma constitucional, ni las posiciones desde las cuales cabría apelar sencillamente a una operación de reforma constitucional expresa.

Así, aun conviniendo que el reconocimiento de los derechos de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Comunidad existentes en España para las elecciones al Parlamento Europeo *no plantea ningún problema de constitucionalidad* (pues las Cortes Generales pueden autorizar la ratificación de este punto sin obstáculo jurídico), el derecho de sufragio para las elecciones municipales, como acaba de verse, representaba un problema muy distinto al de la organización de una institución *par excellence* eurocomunitaria como es el Parlamento Europeo de Estrasburgo.

En efecto, en cuanto al *sufragio activo*, conviene empezar por subrayar que éste resulta perfectamente encajable en el dictado del art. 13.3 CE (derechos de los extranjeros en España) en conexión con el del art. 23 (derechos de participación política *sólo a los españoles*). Cosa diversa, desde luego, atañe al *sufragio pasivo* (derecho a ser elegibles) en esas elecciones locales, pues tal reconocimiento parecía contradecir al menos el *tenor literal* del art. 13.2 («... salvo lo que pueda establecerse para el derecho de *sufragio activo* en las elecciones municipales»).

Recordemos que el Consejo de Estado sostiene, como hemos visto, *que sí resulta constitucionalmente posible tal extensión del sufragio*, apurando las posibilidades interpretativas del art. 93 CE («mediante *ley orgánica* se podrán autorizar [...] *Tratados* por los que se atribuya [a una institución supranacional] *el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*»), con base en los siguientes argumentos:

a) Tal extensión no afectaría al art. 23 CE (*derecho fundamental de participación, reconocido sólo a los españoles*), sino al art. 13.2 CE.

b) En caso de que esa extensión comportase una modificación de la Constitución (Título X CE), no procedería *en ningún caso* recurrir al art. 168 CEE («*reforma agravada*», con *disolución de las Cortes* y *referéndum obligatorio* después de su aprobación por dos tercios en cada Cámara), sino *sólo al art. 167* («*reforma ordinaria*», por las Cortes Generales, sin disolución y sin necesidad de referéndum).

En efecto, hay en ello un argumento en el que resulta difícil no estar de

acuerdo con el Consejo de Estado: el art. 168 resulta sólo *necesario* para modificar *directamente* el Título Preliminar, la sección 1.ª del capítulo II del Título I CE (*derechos fundamentales*) y el Título II (la Corona). El art. 13.2 CE escapa al capítulo II (Derechos y libertades): pertenece al capítulo I (Españoles y extranjeros), por lo que, en el peor de los casos, afectaría *solamente al art. 167* (reforma menos rígida, de aprobación por tres quintos de cada Cámara, e incluso con mayoría absoluta en el Senado si se consiguen dos tercios en el Congreso. Sólo procederá referéndum si lo solicita la décima parte de los miembros de una Cámara).

El Consejo de Estado no acaba de explicar bien, pese a todo, por qué una Ley Orgánica de las contempladas en el art. 93 CE permitiría evitar también la *reforma ordinaria* del art. 167 CE. Este artículo permite «atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» a las instituciones eurocomunitarias. Pero la concesión del derecho de *sufragio pasivo* a los ciudadanos europeos en España no es, en rigor, «atribución de competencias», sino *modificación de un precepto sustantivo* de la CE (art. 13.2).

Este punto sí presentaría, por tanto, y era razonable reconocerlo, una dificultad objetiva manifiesta: aun cuando se estire por vía interpretativa la lectura del art. 93, había que admitir por lo menos como hipótesis provista de fundamentación técnico-jurídica la posible necesidad de apelar a la *reforma ordinaria* del art. 167, vía que tiene la ventaja de resultar *competencia de las Cortes Generales* (no hay que disolver las Cámaras ni convocar referéndum).

Podría haberse argumentado, incluso, y por apurar la argumentación en favor de la vía del art. 93 CE, que *por una Ley Orgánica de las previstas en este artículo* sería posible *atribuir a la Comunidad Europea* (en virtud del peculiar carácter *supranacional* de su ordenamiento jurídico) *la competencia que el art. 167 CE reserva a las Cortes Generales*: esto es, «*modificar*» el contenido del art. 13.2 CE *sin necesidad de modificar la letra de dicho artículo por la vía de una reforma constitucional expresa*. Teniendo en cuenta, además, las exigencias del proceso de integración europea, esta interpretación parece a primera vista *jurídica y dialécticamente defendible*, lo cual es de enorme importancia; pero no es, o no parece, enteramente definitiva, dado que viene a jugar, inevitablemente, con una doble ambigüedad en la Constitución:

a) No está claro el alcance potencial del art. 93 CE («atribución de competencias *derivadas* de la Constitución»), especialmente cuando hablamos de una institución *supranacional* como es la Comunidad Europea (principios de *primacía*, efecto *directo* y *aplicación uniforme* de su *acervo jurídico propio*).

b) El art. 167 CE prevé una reforma *parcial*, que puede ser instrumentada por las Cortes Generales *sin excesivos problemas* (mayoría de 3/5). Si se entiende que la *competencia* para adoptar *leyes de reforma constitucional parcial* (no «total», en el sentido del art. 168, mucho más complicadas) se encuentra también *a cubierto* del art. 93 CE —en cuanto podría permitir atribuir a organizaciones internacionales la propia competencia de modificación constitucional que el art. 167 reserva a las Cortes—, el problema desaparecería: podría ratificarse el Tratado por vía de *Ley Orgánica*, sin modificación *expresa de la Constitución* (tal y como *sostuviera el propio Consejo de Estado*).

El panorama descrito no nos impide advertir la relativa paradoja que plantearía en todo caso el que para que un acto jurídico supranacional pudiese comportar alteraciones parciales de la Constitución sólo haga falta *Ley Orgánica* (*mayoría absoluta en el Congreso*), mientras que para obtener ese mismo resultado a través de los *órganos constitucionales internos* sea precisa su aprobación por mayorías de tres quintos en cada Cámara (o la aún mayor de dos tercios en el Congreso de los Diputados, siempre que se haya obtenido mayoría absoluta en el Senado: art. 167 CE).

La cuestión, como se ve, no podía dejar de ser sumamente problemática. El Consejo de Estado ha opinado que *podía hacerse*. La doctrina, sin embargo, ha mostrado divisiones en torno a las tres opciones escrutadas hasta ahora: la de *mutación por vía interpretativa* (A. Mangas y J. de Miguel, del lado, en general, de la doctrina más «comunitarista»); la de la necesidad de reforma por la vía del art. 167 CE (J. Pérez Royo), y la de la necesidad de reforma por la vía del art. 168 CE (J. de Esteban y M. Martínez Cuadrado).

A la vista de todo ello, por lo apremiante de toda «primera lectura», es evidente que no contamos todavía con un tratamiento doctrinal que haya cubierto extensamente los problemas aquí expuestos. Por contra, los pronunciamientos que han podido avanzarse en vía preliminar han consistido principalmente en artículos de prensa y conferencias provistas de una cierta difusión (2). Por ello, y aunque sea paradójico, cabe convenir que el único tratamiento de cierta hondura del problema ha sido suscrito, hasta ahora, por quienes se han preocupado de argumentar en favor de la posible compatibilidad entre Maastricht y la Constitución, sin necesidad de adoptar una reforma

(2) Con posterioridad a la redacción de esta nota ha aparecido el estudio de E. ARNALDO ALCUBILLA «El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales», en *REDC*, 34, págs. 67 y sigs., en el que se ofrecen referencias bibliográficas y de prensa sobre la incipiente polémica. En una *Aadenda*, el autor se pronuncia indiciariamente a favor de la reforma de la Constitución con ocasión de Maastricht.

explícita. En este preciso sentido, en la línea de la extensión interpretativa convergería finalmente un tercer recurso argumentativo favorable a la adecuación constitucional de Maastricht: el que supondría *reformular en exclusiva la LOREG* (arts. 6 y 177) y, en su caso, el Código Civil (arts. 17 a 28 del Libro I del Título I), para *extender la cobertura de la «nacionalidad española» a los residentes comunitarios a los efectos contemplados en los arts. 23 y 13.2 CE*, en combinación con los arts. 176 y sigs. LOREG (relativos a las elecciones municipales), y con los citados artículos del Código Civil reguladores del estatuto de la nacionalidad española. Todo ello, por tanto, *dejando intocado el texto de la Constitución*, invocando la apoyatura que su art. 11 presta a la regulación por ley del estatuto jurídico de la nacionalidad.

En definitiva, tanto la tesis en su momento esgrimida por el Consejo de Estado cuanto las argumentaciones complementarias aquí expresadas abonaban la «receptibilidad» de Maastricht sin necesidad de abordar procedimiento alguno de reforma constitucional expresa, cualquiera que éste debiera ser desde el punto de vista técnico. Un diferente punto de discusión concerniría, sin embargo, a la determinación de cuál hubiera de ser el procedimiento técnico para la reforma, para el hipotético caso de que no fuesen aceptadas por el Tribunal Constitucional las líneas de interpretación apuntadas.

2. *La vía de la reforma constitucional expresa: el cauce menos agravado (art. 167 CE)*

En relación con el cauce para la eventual reforma, casi todos los pronunciamientos doctrinales adoptados en el incipiente debate se escorarían en la línea de la apertura a la reforma por la vía *menos agravada* del art. 167, excluyendo, por lo tanto, la necesidad de acudir a la *vía más agravada* del art. 168 CE. Desde esta perspectiva, la noción de «ciudadano» del art. 23.1 CE podía ser integrada legislativamente sin reformar la sección 1.ª del capítulo II del Título I CE (arts. 15 a 29); no así la noción de «españoles» que se desprende del art. 13.2 CE. Este precepto, con todo, sería susceptible de reforma en trámite exclusivamente *parlamentario*, si así lo apoyase el consenso que, en *cuestiones europeas*, ha sido hasta ahora usual en las Cortes Generales: no se haría necesaria, por tanto, ni la previa disolución de las Cortes ni la posterior convocatoria de un referéndum de ratificación.

Resulta evidente en todo caso, a la vista de la enjundia y mérito de la cuestión, que la solución más segura la ofrecía siempre el mecanismo contemplado expresamente en el art. 95.2 CE y desarrollado en el Título VI de la LOTC. De acuerdo con estas previsiones, el Tribunal Constitucional fue

instado por el Gobierno a pronunciarse sobre la posible contradicción con la Constitución del Tratado, con carácter previo a su definitiva ratificación por España. El acuerdo que en este sentido adoptó el Consejo de Ministros de fecha de 24 de abril de 1992 ha servido así no sólo para inaugurar una modalidad de procedimiento constitucional inédita hasta la fecha, sino para remitir cualquier ulterior análisis doctrinal al parecer del TC.

En este sentido, además de agotar las posibilidades de ajuste constitucional de la previsión relativa al *sufragio pasivo* de los ciudadanos europeos en las municipales, la declaración del Tribunal Constitucional proporcionaría, en última instancia, y en caso de que esa fuese su decisión al respecto, un razonable *fundamento jurídico-constitucional* a una eventual iniciativa de reforma de la CE, en modo que resultase comprensible y aceptable por todos. Por lo demás, la ocasión se presentaba difícilmente mejorable para estrenar a este propósito una *competencia que ha sido reconocida al TC por el constituyente*, en una dimensión además que no siempre resulta suficientemente subrayada: la de *custodia objetiva de la constitucionalidad del ordenamiento todo*, más allá de la resolución y/o reintegración de situaciones jurídicas en los diferentes conflictos intersubjetivos planteables.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. *El factor de la elasticidad de la Constitución hiper-rígida*

Una Constitución no es, como se ha repetido hasta la saciedad, un texto sagrado e inamovible. Es, sin duda, un instrumento —incluso el más eficaz— para la consecución del marco jurídico estable para la convivencia y para la organización de los procesos colectivos. En cuanto *Norma Suprema*, calificada a menudo por los rasgos adyacentes de la supralegalidad y la supremacía material o sustantiva, la Constitución se presenta, de una u otra manera, provista de cierta *rigidez* o dificultad formal de modificación.

Tal es sin duda nuestro caso, y ningún otro presupuesto hubiera resultado lógico en un caso como el español, en el que la Constitución se erige como *Norma fundacional* de un Estado de Derecho, directamente vinculante para los poderes públicos y para los ciudadanos, como producto de un *pacto* cuidadosamente elaborado. Lógica ha sido, por tanto, la tendencia a la autocontención de prontos revisionismos por parte de la doctrina. Y lógica también, por los mismos motivos, la pauta mutacional operada en el registro de sus instituciones y su sistema de fuentes al hilo de los cambios habidos en sus años de vigencia. De hecho, como se ha apuntado, la hiper-rigidez que

adjetiva al Título X CE (especialmente en sus arts. 167 y 168) se asocia no infrecuentemente a una necesaria dosis de *elasticidad*. Este rasgo ha dado frutos notables en la ordenación territorial del poder, así como en la prestación de las fuentes normativas (esto es, la «irrupción» de los *actos* eurocomunitarios en el sistema de fuentes constitucionalizado).

Problema más delicado lo presenta la modificación del régimen sustantivo del disfrute de derechos y libertades constitucionales. La Constitución ofrece un amplio margen de actuación para lo que se ha llamado «legislador de desarrollo de los derechos fundamentales». Muchas de estas variaciones no afectan en lo más mínimo a la pervivencia intocada del texto constitucional. Otras parecen, en cambio, prestarse mejor a la polémica, al debate doctrinal: así, la noción de «flagrancia» del art. 18.2 CE; así, igualmente, las bases del régimen de extradición pasiva del art. 13.3 CE, del asilo en el art. 13.4 CE conforme a las innovaciones que plantea el sistema *Schengen*, o el mismo sufragio pasivo para los extranjeros en el art. 13.2 CE, según la innovación planteada en el art. 8.b.1 del Tratado de la Unión.

2. *El replanteamiento del poder constituyente*

A pesar de la profusión con que el tema ha sido tratado en la contemporánea doctrina constitucional española y extranjera, la cuestión de la reforma y/o de la revisión de textos constitucionales suscita aún hoy perplejidades. Tal situación se acentúa en las Constituciones que fundamentan e integran ordenamientos complejos: no está claro, en todo caso, el perfil de lo que llamamos «poder constituyente»; no está tampoco asegurada la congruencia al hablar de «soberano» alguno en el moderno Estado constitucional de Derecho; menos aún la procedencia de hablar de algún «poder constituyente» allí donde no hay «soberano»; todavía menos que el «poder constituyente» pueda entenderse, en teoría, un nuevo poder «constituido», según un Título específico de una Constitución previa. Cada uno de estos puntos encierra aún hoy, en efecto, un persistente reto para la Teoría de la Constitución, incluso cuando ceñimos esta forma de análisis al *adecuado* entendimiento de una Constitución específica.

No obstante, ateniéndonos sólo al objeto de esta nota, dos cosas pueden afirmarse acerca de la validez de continuar reflexionando sobre la idea de reforma constitucional en abstracto. Por un primer lado, la idea de constitucionalizar al propio poder constituyente nos presta, sí, *en lo metajurídico*, el inestimable servicio de permitirnos delinear la frontera que separa la «reforma» (como institución que permite la propia conservación de la Constitución,

como un *todo* logico-jurídico) respecto de la *ruptura* (como imposición de un corte en el referido *continuum*), independientemente de las infinitas y siempre opinables consideraciones de corte *sustancialista*, *axiológico* o *sistémico* que pueden concurrir al efecto de clarificar tal linde. Dentro de un segundo plano, desde una *óptica jurídica*, nos presta, en cambio, el servicio de identificar, en el margen finito de lo razonable, la residencia efectiva de lo que la Constitución (que no ha de identificarse con *la voluntad del constituyente del pasado*) entiende como potestad materialmente constituyente: sea la combinación de cualificadas mayorías en sede representativa (Congreso de los Diputados y Senado), sea un pronunciamiento superpuesto o independiente de todo el cuerpo electoral *a través de referéndum* (arts. 167 y 168 CE). Respondiendo, en ambos casos, a la iniciativa activada por el órgano a quien la Constitución legitima para ello (art. 166 CE, con remisión a los puntos 1.º y 2.º del art. 87 CE).

3. *Escalas del poder constituyente*

Parecería, a fin de cuentas, que fuese oportuno hablar de determinadas «escalas del poder constituyente». *Escalas* reconducibles a la propia concepción de la Constitución que subyace a cada análisis.

No es ésta ocasión de abordar un problema teórico de la envergadura supuesta a la contraposición entre las nociones «textual», «formal», «material», «sustantiva» o «funcional» de la Constitución. Es lo cierto, sin embargo, que en cada una de ellas ha de «dimensionarse» con la debida justeza la correlativa acepción del *poder constituyente*, de acuerdo con la «dimensión» que en cada Constitución adquiere el *constituyente* como *poder constituido* a unos concretos efectos (así, cobra una dimensión para reformar el art. 136 CE, y otra del todo distinta para el art. 59 CE).

Por su parte, guardián de la Constitución, y su intérprete, es el TC y su equivalente en cada sistema del entorno. También lo son, en cierto modo, y en su respectiva *escala*, los órganos legislativos para modular el alcance o posición en el sistema de las diferentes piezas del «*puzzle*» *constitucional*. El margen de maniobra de que disfrutaban algunos de estos órganos en ordenamientos vecinos, igualmente co-implicados en la ratificación de Maastricht, nos da idea de lo que aquí venimos buscando apuntar: la rearticulación del «poder constituyente», su articulación «a escala», se encuentra condicionada por una multiplicidad de contingencias políticas y de necesidades polémico-argumentativas. No podría ser de otra manera: se trata, en última instancia, del reconocimiento mismo de un *poder constituyente efectivo* y, por ende, *desvin-*

culado en la operación (lógicamente originaria) de asentamiento constitucional del que ahora trae causa la tesis de reforma.

Tal como subrayó con contundencia De Vega (1985), tras repasar con hondura las construcciones clásicas, *la problemática técnica de la reforma constitucional* conlleva inevitablemente cierta «resurrección» de la *tópica política del poder constituyente*.

4. *Política constitucional: el Tribunal Constitucional y la última palabra*

Ciñéndonos nuevamente a la particularidad del ordenamiento español, y en congruencia con cuanto se ha expuesto, el expediente más solvente no podía dejar de ser el previsto en el art. 95.2 CE: una consulta al TC, en sede previa a la celebración de un tratado internacional sospechoso de albergar estipulaciones cuya posible contradicción con la Constitución exija su previa reforma.

Esta y no otra fue la opción adoptada por el Gobierno al someter al dictamen del Tribunal la elucidación de la existencia o no de incompatibilidad del art. 8.b del Tratado de Unión Europea respecto al art. 13.2 de la Constitución.

No está de más detenerse por un momento en este procedimiento de consulta al TC con carácter previo a la ratificación de un Tratado internacional.

Técnica esta conocida en el Derecho comparado (notablemente, en el art. 54 de la Const. francesa de 1958), plantea en nuestro ordenamiento algunos problemas teóricos.

Así: *a)* la ubicación de la misma en el capítulo II CE, relativo a las Cortes Generales y a sus competencias respecto a Tratados internacionales, y no el Título IX, relativo cabalmente al propio TC; *b)* su coherencia con las técnicas para la ratificación de varios tipos de Tratados en el art. 94.1 CE: los «políticos», los «militares», los «que afecten a los derechos y deberes fundamentales» del Título I CE y los «que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución»; *c)* la utilización por el art. 95.1 CE de una fórmula textual —la exigencia de una previa «revisión constitucional»— no coincidente con la idea de «reforma» y «revisión» que podría desprenderse de los arts. 167 y 168 CE.

Pero suscita, sobre todo, problemas de carácter práctico. Destacaremos los siguientes, a título ejemplificativo:

a) La indeterminación constitucional sobre la conjugación del procedimiento previsto en el Título X CE respecto de lo señalado en el art. 95:

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Darfa, en efecto, la impresión de que el constituyente asume que la modificación de la Constitución como consecuencia de una estipulación iusinternacional debe identificarse con la noción de «revisión» que el Título X (art. 168) ha parecido colocar en un nivel ulterior o cualitativamente más intenso que el correspondiente a la noción de «reforma» (término literal del art. 167 CE). No obstante, y aun cuando esta distinción haya dado lugar a algún intento de distinción doctrinal, no parece razonable atribuir a este dato un especial significado jurídico, al menos no uno mayor que el que pueda responder simplemente de la variedad de opciones léxicas de los constituyentes.

b) Su desarrollo legislativo se prestaba a multitud de concreciones. El incorporado a nuestro Derecho positivo, en la LOTC 2/79, de 3 de octubre, se especifica en una serie de preceptos. Los puntos que aquí interesan ostentan el siguiente tenor:

— Art. 2.1.e): «De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales».

— Art. 10.d): «Del control previo de constitucionalidad».

— Art. 27.1.c): «Los tratados internacionales» (lo cual, por cierto, indica que no sólo en sede de consulta previa puede ser declarada su inconstitucionalidad, sino también de conformidad a las disposiciones genéricas relativas a los procedimientos constitucionales de declaración de inconstitucionalidad de normas con rango, fuerza o valor de Ley, contempladas en los arts. 27 a 40 LOTC y, en particular, en cuanto a legitimación, en el art. 32.1 LOTC).

— Art. 78:

«1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado.

2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al trascurso de este plazo, y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el art. 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días.»

Es de observar que este último precepto constituye, por lo demás, el único artículo de la actual redacción del Título VI LOTC (*sobre la declaración previa a la ratificación*), tal como fue redactado conforme a la LO 4/85, de 7 de junio.

c) La necesidad de un adecuado desarrollo procedimental en los Reglamentos parlamentarios se concretaría, por su parte, en los arts. 157 RCD, de 10 de febrero de 1982 (iniciativa: el Gobierno, dos grupos parlamentarios o un quinto de los diputados; aprobación: mayoría simple), y 147 RS, de 26 de mayo de 1982 (iniciativa: un grupo parlamentario o 25 senadores; aprobación: mayoría simple).

Ciertamente, desde un punto de vista político-constitucional, la evaluación de la cuestión de la oportunidad de afrontar una reforma de la Constitución con ocasión de Maastricht se prestaba como pocas a la controversia política. Aquí, como en Francia o Alemania, el dictamen del TC (en rigor, declaración de no conformidad con la CE) debía asentar, de entrada, un *punto fermo* más allá de los debates y posicionamientos polémicos. De acuerdo con el axioma que inmejorablemente expresara la decisión del *Justice Jackson* en su *USSCt Brown vs. Allen* («It is not that we are final simply because we are infallible; it is rather that we are infallible just because we are final»), sólo el TC tenía en sus manos la potestad de aclarar la necesidad de abordar reformas constitucionales con ocasión de Maastricht (el art. 8.b.1 en relación con el art. 13.2 CE); sólo el TC podía, además, apuntar de modo definitivo el alcance de las mismas y el arco de opciones técnicas que se ofrecían para ello. Como es sabido, la iniciativa de demanda de dicha declaración se hallaba, y así sigue siendo, en manos del Gobierno de la nación, de dos grupos parlamentarios en el Congreso, de un quinto del número total de diputados, o de un Grupo en el Senado o veinticinco senadores. Cualquiera de las dos Cámaras, por mayoría simple, podría haber suplido la ausencia de una decisión del Gobierno.

Quizá, en los niveles *paideico*, simbólico o de «cultura» y «sentimiento constitucional», la apertura de este proceso puede haber surtido el efecto colateral de desactivar el conjuro de intangibilidad cuasi-sacramental que ha revestido hasta ahora nuestra Ley de leyes. Los argumentos, acaso ya abusivos, del miedo a la caja de truenos («se sabe dónde se empieza, pero no dónde se acaba») prestarían así la otra cara de la «moneda de Pandora» de

la decisión política de acometer una reforma de la Constitución. También podía suceder que, como en Francia y quizá en Alemania en la misma tesitura, Maastricht brinde una ocasión para empezar a pensar en barajar otras cartas: Senado, Estado autonómico, régimen electoral... Pero no son estos otros puntos —sin duda no menos importantes— el objeto de esta *nota*. Sí que procede, en cambio, dejar constancia de que, desde el punto de vista iusconstitucional, las diferentes opciones con que los actores legitimados contaban para solicitar del TC un pronunciamiento relativo a la compatibilidad del texto acordado en Maastricht y la Constitución, se concentraban en torno a dos líneas de razonamiento:

a) Del lado de la apreciación de los importantes costes de la opción de la reforma militaban las argumentaciones por las que defender la compatibilidad del art. 8.b del Tratado de Maastricht sin tener que acometer ninguna operación de reforma expresa de la Constitución. Probablemente la más útil consistía en la interpretación extensiva del concepto de «españoles» que el constituyente contempla en el art. 13.2 CE, y a la luz de la reserva que en favor del legislador interno estableció el art. 11 CE a la hora de prever la regulación de la nacionalidad, y dada la necesidad de su integración sistemática y teológica (y no exclusivamente literal) respecto de otros importantes preceptos constitucionales. Entre éstos se encuentra sin duda el art. 93 CE. Dadas las repercusiones de la integración del Derecho eurocomunitario en Derecho interno, el acogimiento de los ciudadanos de la Comunidad bajo la cobertura del tenor literal del art. 13.2 CE «a determinados efectos» resultaba, por lo tanto, una hipótesis constitucional digna de ser explorada. Tal fue, como es conocida, la línea de argumentación que el Gobierno sometió a consideración del TC al instar de su jurisdicción la declaración que, finalmente, resolvería las cuestiones jurídicas a dilucidar (*Declaración* pronunciada por el Pleno del TC, con fecha de 1 de julio de 1992).

b) Del lado de quienes se inclinaban por la inevitabilidad de la reforma constitucional, para el caso de que el TC no la entendiera esquivable, la ratificación de Maastricht requeriría una modesta y concreta reforma expresa de la CE, atinente en exclusiva a la reserva del derecho al sufragio pasivo en las elecciones locales de los extranjeros residentes en España, aun cuando referida con exclusividad a extranjeros ciudadanos eurocomunitarios (art. 13.2 CE). Esta sencilla reforma podía efectuarse tanto suprimiendo la palabra «activo» de la redacción del referido artículo, y por vía de una ley de reforma constitucional expresa, cuanto añadiendo a la actual las palabras «y pasivo» detrás de «sufragio activo». Con este elemental retoque se daba perfecto ajuste constitucional al art. 8.b del Tratado de la Unión.

Para esta segunda hipótesis, la reforma habría de abordarse por la vía del

art. 167 CE, no afectando en puridad a los objetos señalados por el constituyente como merecedores de una *reforma agravada* del arts. 168 o de «revisión» entendida como reforma *sustantiva*, sea en el plano axiológico, sea en el plano sistémico. De este modo, tal reforma podía ser enteramente sustanciada en sede parlamentaria. La oportunidad o no de convocar un referéndum era y es una decisión que resta en manos del presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso de los Diputados (art. 92 CE, 161 RCD), o de la décima parte del número total de miembros de cualquiera de las Cámaras (35 diputados, 25 senadores) (art. 167.1, 2 y 3 CE; arts. 146 y 147 RCD, y arts. 152 a 157 RS).

Competía al TC, en todo caso, sentar la última palabra. Su jurisdicción, activada en sede previa a la ratificación, de conformidad a lo previsto en los arts. 95.2 CE, 78 LOTC y 147 RS, ha puesto la última palabra, desde el punto de vista empírico, a la controversia abierta, al menos en lo que hace a los términos en los cuales se le solicitó pronunciamiento (jurisdicción *rogada*). Así, la compatibilidad de las estipulaciones del Tratado de Maastricht con la Constitución, con carácter posterior a la ratificación, podría, teóricamente, ser objeto de ulteriores enjuiciamientos del TC por la vía de los procedimientos contemplados en el Título II de la LOTC (arts. 27 a 40: recurso y cuestión de inconstitucionalidad de normas con rango, fuerza o valor de ley) (3).

Por último, y al margen ya del análisis constitucional, no convendría ignorar la salida *alternativa* a los problemas tratados a lo largo de esta *nota*, que ha sido abierta por el propio art. 8.b.1, *in fine*, del Tratado de la Unión. Reza, literalmente: «Este derecho (el de sufragio activo y pasivo del residente eurocomunitario en elecciones municipales en cada Estado miembro) se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. *Dichas disposiciones podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.*»

(3) No es objeto de esta nota (ni podía haberlo sido, a la luz de la premura impuesta por la propia secuencia de los acontecimientos) acometer un comentario a la Declaración dictada por el TC (firmada el 1 de julio de 1992). Bástenos, por el momento, con apuntar una modesta contribución a lo que, con seguridad, va a ser importante brecha de reflexión constitucional a propósito de la primera reforma de nuestra Ley de leyes, desde su promulgación.

En el momento de dar estas líneas a la imprenta, la reforma constitucional recibe impulso con la toma en consideración de la Proposición de Ley de Reforma de la Constitución destinada a incorporar las palabras «y pasivo» a la redacción del artículo 13.2 de la CE.

También, sin duda, habrá espacio y ocasión para analizar con detalle las incidencias del proceso de modificación de la CE en próximos números de esta Revista y otras publicaciones.

A la vista de este inciso, sólo restaría añadir que si el Gobierno de España consiguiese hacer valer alguna eventual *excepción* en el Consejo de la Comunidad, a la luz de los «problemas específicos» que hemos analizado, no haría sino suministrar, en suma, nuevos argumentos (y muy poderosos, por cierto) a la relativización y saludable escepticismo con que nos introdujimos en la lectura de aquéllos.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Los clásicos colacionados en las primeras líneas comprenden las siguientes referencias obligadas: E. SIEYÈS: *Escritos y discursos de la Revolución*, CEC, Madrid, 1990; L. BRYCE: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, IEP, Madrid, 1963; G. F. JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.

Ya en el siglo XX, aportaciones importantes a la teoría del poder constituyente y de sus implicaciones sobre las problemáticas de revisión y reforma han sido suscritas por C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982; M. GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1950; C. MORTATI: «Concetto, limiti e procedimento della revisione della Costituzione», en *Riv. Diritto Pubblico*, 1952; K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983; S. BARILE: «Potere costituyente», en AA. VV.: *Novissimo Digesto*, vol. XVIII, Torino, 1966, y sobre todo, K. HESSE: *Escritos de Derecho constitucional*, comp. y trad. de P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.

Para una revisión de los distintos patrones de rigidez constitucional en el entorno comparado del Estado de Derecho de cuño demoliberal, cfr. G. DE VERGOTTINI: *Derecho constitucional comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983; P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Diritto Costituzionale comparato*, Giuffrè, Milán, 1984. Una visión del panorama constitucional europeo, así como del proceso eurocomunitario, en V. BOGDANOR (ed.): *Constitutions in Democratic Politics*, Gower, 1988.

En la doctrina española, ya en relación con los arts. 166-169 de la Constitución española de 1978, pueden consultarse los trabajos de M. CONTRERAS («La reforma de la Constitución», en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Ed. de M. Ramírez, Zaragoza, 1979); J. JIMÉNEZ CAMPO («Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», en *RDP*, núm. 7, UNED, otoño de 1980); J. PÉREZ-ROYO («Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución», en *Rev. Política Comparada*, UIMP, Madrid, 1984), y P. DE VEGA (Voz «Reforma constitucional», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (coord.): *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984).

Dentro del mismo contexto de la Constitución de 1978, las monografías clave publicadas hasta ahora continúan siendo las firmadas por los Profs. P. DE VEGA (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, T-Clave, Tecnos, Madrid, 1985), y J. PÉREZ-ROYO (*La reforma de la Constitución*, CD, Madrid, 1987).

Por su parte, los problemas que para la integración del ordenamiento constitucional supone la recepción de fuentes de origen supranacional pueden ser explorados en los

trabajos de J. DE MIGUEL ZARAGOZA («Problemas constitucionales en la recepción del Derecho comunitario», en *BIMJ*, núm. 1.184, 1979); A. MANGAS («La recepción en el Derecho español de los actos normativos de las instituciones comunitarias», en AA. VV.: *Constitución, CC. AA. y Derecho Internacional*, Madrid, 1982, y *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1989); M. MEDINA («Problemas constitucionales en la adhesión de España a la CEE», en M. DÍEZ DE VELASCO (comp.): *El Derecho de la CEE*, Madrid, 1982), y G. GARZÓN y otros: «La aplicación del Derecho comunitario en España y las competencias de las CC. AA.», en AA. VV.: *La aplicación del Derecho de la CE por los organismos subestatales*, Barcelona, 1980. Desde una perspectiva más centrada en la lectura ordinal de la CE que propiamente en el impacto del *acquis communautaire*, pueden ser consultadas las contribuciones de F. RUBIO («El bloque de constitucionalidad»), L. PAREJO («Constitución y valores del ordenamiento»), L. I. SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ («El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas») y J. A. CARRILLO («Funciones del Derecho internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados»), en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española de 1978 en Hom. al Prof. E. García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991.

En cuanto al efecto operado por la jurisprudencia del TJCEE de Luxemburgo sobre las garantías de acervo de derechos y de libertades públicas común a la tradición democonstitucional europea, véanse los trabajos de I. LASAGABASTER: *Las Comunidades Europeas y los derechos fundamentales*, en *REDC*, núm. 18, 1986, y L. M. DÍEZ-PICAZO: «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», en *REDC*, núm. 32, 1991, así como los artículos y bibliografía citados en la misma revista. Sobre las sentencias citadas (SSTJCEE: Stauder, International Handelgesellschaft, Nold, Rutili, Hauer y N. Panasonic, entre otras), acúdase al seguimiento que de la cuestión nos propone D. RUIZ-JARABO en su trabajo «Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas», en *Poder Judicial*, N.º Especial VI, CEJ, 1989.

En particular, la temática de la extranjería en el Derecho constitucional español ha sido tratada también reciente y solventemente en una reciente obra (*Estudios en Hom. al Prof. E. García de Enterría*). Véanse concretamente las contribuciones que firman (tomo II de la misma) los profesores I. BORRAJO («El status constitucional de los extranjeros»), R. ALONSO («Derechos fundamentales y Comunidades Europeas») y R. GARCÍA MACHO («El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española»).

Con posterioridad a la elaboración de esta *nota*, el núm. 34 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* ha publicado dos estudios doctrinales de interés sobre estas mismas cuestiones: J. L. REQUEJO: «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español» (págs. 41 y sigs.), y E. ARNALDO ALCUBILLA: «El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales» (págs. 7 y sigs.)

De la creciente importancia de la ordenación jurídica del asilo y del refugio nos

da cuenta el exhaustivo análisis desplegado por D. LÓPEZ GARRIDO desde la perspectiva iusconstitucional, española y comparada (especialmente relevante en lo atinente a Alemania y a los efectos de Schengen, 1985 y 1990). Véase así su obra *El derecho de asilo* (Ed. Trotta/INSS, Madrid, 1991), conteniendo interesantes anexos de legislación internacional e interna, jurisprudencial del TC relativa a extranjería (SSTC 107/82, 90/83, 115/87 y 8/90), del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como otros documentos y datos de índole estadística.

En fin, debe recordarse que, hasta la fecha, el TC no había acometido problemas de reforma y revisión de la Constitución: sólo al hilo del problema aquí tratado —la compatibilidad del art. 8.b.1 del Tratado de la Unión con la Constitución— ha sido instado, vía consulta, a ejercitar la competencia previa a la ratificación de un Tratado que contenga estipulaciones verosímilmente contrarias a la Constitución (arts. 95 CE, 78 LOTC, 146 RCD y 152 RS). Elevada dicha consulta al TC en la reunión del Consejo de Ministros de fecha de 24 de abril de 1992, la *Declaración* del TC (ponente: Gimeno Sendra) fue pronunciada por su Pleno en fecha de 1 de julio de 1992.

No ha sido el TC, sin embargo, llamado nunca a pronunciarse sobre el tema, mucho más espinoso, de la constitucionalidad de una concreta iniciativa de reforma de la CE, eventualidad esta carente de apoyo positivo expreso, pero, pese a ello, presente, cuando menos al nivel de la especulación doctrinal.