

EL TRATADO DE AMSTERDAM Y LA CONSTITUCIÓN (*)

FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL NUEVO TRATADO.—3. ASPECTOS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES DEL TRATADO DE AMSTERDAM. EL PRECEDENTE DE MAASTRICHT Y LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JULIO DE 1992: 3.1. *Sanciones a los Estados por incumplimiento de los valores de libertad, democracia, respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho:* 3.1.1. *Los nuevos artículos F.1 del TUE y 236 del TCE.* 3.1.2. *Problemas constitucionales.* 3.2. *Flexibilidad y cooperación reforzada en la Unión Europea:* 3.2.1. *La cooperación reforzada en los Tratados.* 3.2.2. *Constitución e integración diferenciada.* 3.3. *La reforma de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión:* 3.3.1. *Idea general del nuevo Título V del TUE.* 3.3.2. *Naturaleza de la PESC: cooperación intergubernamental y artículo 93 de la Constitución.* 3.3.3. *Naturaleza jurídica y régimen de ratificación de los nuevos Acuerdos internacionales celebrados en el marco de la PESC. Aplicabilidad de las normas constitucionales sobre Tratados.* 3.3.4. *Las cuestiones de defensa y las relaciones UE-UEO. Marco constitucional.* 3.4. *Circulación de personas en un espacio de libertad, seguridad y justicia:* 3.4.1. *El reparto de competencias entre la Comunidad y el reformado Tercer Pilar de la UE. Las posiciones especiales del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. El Protocolo sobre el Acervo de Schengen.* 3.4.2. *El artículo 93 de la Constitución y las nuevas competencias comunitarias sobre entrada y circulación de personas.* 3.4.3. *Las Decisiones marco del reformado artículo K.6 del TUE: ¿déficit de cobertura constitucional?* 3.5. *El artículo 14 de la Constitución y las nuevas disposiciones sobre igualdad entre hombre y mujer. La doctrina APESCO.* 3.6. *El Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Aspectos constitucionales.*—4. CONCLUSIÓN: ¿REFORMAR LA CONSTITUCIÓN?

(*) Este trabajo procede de una comunicación presentada en las *Jornadas sobre la Justicia constitucional y el principio democrático*, que se celebraron en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo) los días 18 y 19 de junio de 1998.

1. PLANTEAMIENTO

Culminando los trabajos de la Conferencia Intergubernamental iniciada en 1996 según las previsiones del Tratado de Maastricht, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince firmaron el 2 de octubre de 1997 en Amsterdam un nuevo Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos conexos (1). Recientemente, nuestro país ha iniciado el procedimiento interno de ratificación por la vía del artículo 93 de la Norma Fundamental (2).

A la ya de por sí indudable relevancia constitucional de la dinámica europea, la ampliación progresiva de su radio de acción a nuevas y cada vez más sensibles áreas de la soberanía estatal comporta un desafío para las estructuras constitucionales internas. Como puso de manifiesto la azarosa ratificación del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), la jurisdicción constitucional juega un importante papel a la hora de decidir si la aceptación nacional a cada nuevo Tratado comunitario ha de ir precedida o no de una correlativa revisión de la respectiva Constitución; así ha ocurrido, por ejemplo, en Francia, donde la Decisión del Consejo Constitucional de 21 de diciembre de 1997 (núm. 97-394, de 31 de diciembre) ha declarado la inconstitucionalidad del Tratado de Amsterdam y la necesidad de una nueva reforma constitucional previa a la ratificación, al igual que sucedió en 1992 con el Tratado de Maastricht (3). So-

(1) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 340, de 10 de noviembre de 1997. El acuerdo político sobre el proyecto de Tratado se alcanzó durante el Consejo Europeo de Amsterdam de 16 y 17 de junio de 1997; a partir de ese momento, comenzó un proceso de perfeccionamiento técnico y culminación de determinados aspectos pendientes, que se prolongó hasta el momento de su firma formal en octubre. Noticia más detallada sobre todo ello puede encontrarse en N. STOFFEL VALLOTON y C. F. MOLINA DEL POZO, «La estructura del nuevo Tratado», en M. OREJA AGUIRRE, *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, vol. 1, págs. 119-122.

(2) «Proyecto de Ley Orgánica por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el día 2 de octubre de 1997», *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, núm. 117-1, 26 de mayo de 1998. Sobre el estado de los procedimientos de ratificación en otros Estados miembros y las fechas previsibles para su finalización, cfr. *Lettre d'information sur l'état des ratifications du Traité d'Amsterdam*, Direction Générale des Commissions et Délégations, Division «Relations avec les Parlements Nationaux et les Assemblées Interparlementaires», Bruselas, 20 de marzo de 1998.

(3) Un análisis de esta Decisión del Consejo Constitucional francés, así como de la constitucionalidad del Tratado de Amsterdam en su conjunto, puede encontrarse en F. LUCHAIRE, «Le traité d'Amsterdam et la Constitution», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 2, 1998 (marzo-abril), págs. 331-350.

bradamente conocido en España es que la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el TUE motivó la hasta ahora única modificación del Texto Fundamental en relación con el derecho de sufragio pasivo para extranjeros en elecciones municipales, pero en aquella resolución se efectuaban determinadas consideraciones sobre el alcance y los límites del poder de integración supranacional del artículo 93, cuya validez se proyecta, más allá del supuesto concreto entonces enjuiciado, a todas las ocasiones en que pretenda ratificarse un Tratado por el que modifique la Unión Europea (en adelante UE), como también sucede en el momento actual. Hay que reseñar, no obstante, que en esta ocasión no se ha dirigido requerimiento al Alto Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad del nuevo Tratado, aunque tal eventualidad podría aún producirse durante el trámite de autorización parlamentaria.

En consonancia con todo ello, el presente trabajo se centra en las repercusiones constitucionales del Tratado de Amsterdam, con auxilio de la jurisprudencia resultante de la citada Declaración sobre el TUE y otras decisiones del Tribunal Constitucional sobre temas comunitarios. No se ha pretendido, pues, un análisis global del Tratado, sino, más limitadamente, de aquellas de sus disposiciones que se ha juzgado que presentan aspectos constitucionalmente relevantes, y únicamente en la medida en que ello sea así. Precede a la valoración constitucional una descripción sumaria de tales disposiciones, y se acompaña, en su caso, de alusiones a las experiencias constitucionales de otros Estados miembros de la UE, como término de referencia o comparación para mejor situar el problema en el nuestro. El trabajo concluye con una reflexión acerca de la eventualidad de una reforma de la Constitución, tanto porque así pudiera demandarlo la ratificación del Tratado de Amsterdam, como por la conveniencia de dar entrada expresa en la Norma Fundamental, nombrándola explícitamente, a una Unión Europea de importancia jurídica y política creciente.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL NUEVO TRATADO

El Tratado de Amsterdam mantiene la arquitectura de la Unión por «pilares», pero introduce modificaciones competenciales y/o procedimentales en cada uno de ellos: reestructura la *Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)*; «comunitariza» buena parte de los aspectos tratados en la *Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior (JAI)* y la rebautiza como *Cooperación Policial y Judicial en materia Penal*; atribuye nuevas competencias a la Comunidad (sobre empleo y medidas relativas a la entrada y circulación de personas, estas últimas procedentes de la antigua *JAI*), y profundiza en su dimensión

supranacional, al simplificar y extender a nuevos ámbitos el procedimiento de codecisión e introducir nuevos supuestos de votación por mayoría cualificada en el Consejo. También incluye modificaciones que afectan a la UE en su conjunto, entre las que sobresalen la nueva mención expresa al respeto de los derechos fundamentales, los valores democráticos y las reglas del Estado de Derecho y la previsión de un nuevo procedimiento para sancionar posibles vulneraciones de los mismos por parte de los Estados miembros. Finalmente, queda aplazada la reforma de las instituciones y de los mecanismos decisorios hasta la próxima ampliación, aunque se incluyen algunos retoques sobre el número de componentes del Parlamento Europeo y el sistema de designación del Presidente y demás miembros de la Comisión.

Con arreglo a un sistema de clasificación material distinto al seguido durante las negociaciones en la Conferencia Intergubernamental (4), el Tratado de Amsterdam se compone quince artículos, agrupados en tres Partes, 13 Protocolos y 51 Declaraciones. La Primera Parte comprende los artículos 1 a 5, en los que se contienen, respectivamente, las modificaciones al Tratado de la Unión Europea, a cada uno de los tres Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas y a determinados Actos conexos (Acta relativa a la Elección de Representantes en el Parlamento Europeo, aneja a la Decisión del Consejo de 20 de agosto de 1976). La Segunda Parte se refiere a la simplificación de los Tratados: suprime las disposiciones caducadas del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (en adelante TCECA) y del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante TCEEA), todo ello en los artículos 6, 7 y 8; deroga el «Tratado de Fusión de Ejecutivos» de 1965, salvo el Protocolo sobre Privilegios e Inmidades de las Comunidades (art. 9); mantiene los efectos

(4) En la agenda de la Conferencia, las cuestiones debatidas se agruparon en seis grandes áreas materiales: 1) «Libertad, seguridad y justicia» (derechos fundamentales, no discriminación y establecimiento progresivo de una zona de libertad, seguridad y justicia); 2) «La Unión y el ciudadano» (empleo, política social, medio ambiente, salud pública, protección de los consumidores, otras políticas comunitarias, subsidiariedad, transparencia, calidad de la legislación); 3) «Una política exterior coherente y eficaz» (la Política Exterior y de Seguridad Común, y las relaciones económicas exteriores); 4) «Las Instituciones de la Unión» (el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, otras cuestiones institucionales, función de los Parlamentos nacionales); 5) «La cooperación más estrecha o flexibilidad»; 6) «La simplificación y consolidación de los Tratados». Al respecto, así como una explicación de la distinta estructuración seguida en el Tratado, véase N. STOFFEL VALLOTON y C. MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, pág. 122. Un relato del proceso de negociación, así como la metodología seguida, puede verse en H. KORTENBERG, «La négociation du Traité. Une vue cavalière», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 33, núm. 4, 1997, especialmente en págs. 711-717.

jurídicos de las disposiciones suprimidas y adaptadas de los Tratados constitutivos de las Comunidades, de los Tratados de adhesión y actos derivados y del Convenio de 1957 y el «Tratado de Fusión» (art. 10); finalmente, declara aplicables las competencias del Tribunal de Justicia recogidas en el TCE a esta Segunda Parte del Tratado de Amsterdam y al Protocolo sobre privilegios e inmunidades (art. 11). La Tercera Parte recoge las disposiciones generales y finales: numeración del TUE por cifras y reenumeración del TCE incluyendo las modificaciones previstas en los artículos anteriores (art. 12 y cuadro anexo con la reenumeración de artículos, Títulos y Secciones de ambos Tratados), vigencia ilimitada del Tratado de Amsterdam (art. 13), ratificación y entrada en vigor (art. 14) y versiones lingüísticas auténticas del mismo (art. 14).

Cabe destacar entre los Protocolos, los anejos al TUE y al TCE sobre el *Acervo de Schengen*, y los relativos a las posiciones especiales de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca; los anejos al TCE sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea; y los anejos al TUE, TCE, TCECA y TCEEA sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación y sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea. Y entre las Declaraciones, las referentes a la abolición de la pena de muerte, las relacionadas con la UEO y las que afectan a preceptos diversos de los dos pilares intergubernamentales de la Unión.

Las primeras valoraciones generales del Tratado son dispares (5). Las más negativas subrayan el fracaso cosechado en cuanto a la reforma institucional necesaria para acometer la próxima ampliación (número de componentes de la Comisión, ponderación de votos en el seno del Consejo), así como la institucionalización de una «Europa a varias velocidades» que resulta del concepto de la *cooperación reforzada* (6); otras destacan, en cambio, los logros alcanzados: «comunitarización» de buena parte del Tercer Pilar e incremento del control judicial, mejora de la Política Exterior y de Seguridad Común, aumento del carácter democrático de la Comunidad a través de la simplificación y extensión a nuevos ámbitos del procedimiento de codecisión, avances en materia de de-

(5) Entre las recientemente aparecidas, H. KORTENBERG, «La négociation du Traité. Une vue cavalière», *op. cit.*, especialmente en págs. 717-719; S. LANGRISH, «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights», *European Law Review*, núm. 23, 1998; J. V. LOUIS, «Le Traité d'Amsterdam, une occasion perdue?», *Revue du Marché unique européen*, 2-1997, págs. 5-18; S. MARTÍNEZ LAGE, «El Tratado de Amsterdam: algunos aspectos jurídicos», *Gaceta Jurídica de la CE*, Bol. 124, junio, 1997; «The Treaty of Amsterdam: Neither a bang nor a whimper» (Editorial Comments), *Common Market Law Review*, vol. 34, núm. 4, 1997, págs. 767-772.

(6) Particularmente crítico a este respecto es J. WEILER («Amsterdam: vuelva usted mañana», *El País*, 2 de octubre de 1997, pág. 14).

rechos fundamentales y nuevas disposiciones sociales, sobre igualdad entre hombre y mujer y en materia de empleo (7). Todas parecen coincidir en la relativa ausencia de interés informativo del nuevo Tratado, en contraste con la atención pública que presidió el polémico proceso de ratificación del Tratado de Maastricht.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
DEL TRATADO DE AMSTERDAM. EL PRECEDENTE DE MAASTRICHT
Y LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JULIO DE 1992

3.1. *Sanciones a los Estados por incumplimiento
de los valores de libertad, democracia, respeto de los derechos
fundamentales y del Estado de Derecho*

La integración europea se asienta sobre una comunidad de valores políticos y jurídicos compartidos por los Estados miembros. Originariamente sobreentendidos, las sucesivas reformas los han hecho más visibles, plasmándolos progresivamente en disposiciones concretas de los Tratados. Profundizando en esta línea, el Tratado de Amsterdam sitúa estos valores en el pórtico de la Unión, al dar nueva redacción al apartado primero del artículo F del Tratado de Maastricht: «*La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros*». Y, como innovación fundamental, añade instrumentos concretos para promover entre los Estados la realización de estos valores y sancionar a los que incurran en vulneraciones graves y persistentes de los mismos (nuevos arts. F.1 del TUE y 236 del TCE) (8). No se prevé, en cambio, la posibilidad extrema de expulsión.

(7) Así, H. KORTENBERG, *op. loc. cit.*

(8) En este trabajo se citarán los nuevos artículos añadidos al TUE y al TCE con arreglo a la numeración original con que aparecen en el Tratado de Amsterdam. El artículo 12 de este último prevé, no obstante, la renumeración del TUE y del TCE con las disposiciones que son añadidas en esta reforma. Puesto que tal renumeración sólo tendrá validez en el momento de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, tras su ratificación por todos los Estados, se ha optado por citar de acuerdo con la numeración que aparece en dicho Tratado. Las equivalencias de los preceptos, cuando las nuevas «versiones consolidadas» del TUE y del TCE tengan validez, figuran en los cuadros anexos al Tratado de Amsterdam.

3.1.1. *Los nuevos artículos F.1 del TUE y 236 del TCE*

El añadido artículo F.1 del TUE permite al Consejo, en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno, por unanimidad, a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme —vinculante— del Parlamento Europeo, aprobado por mayoría de dos tercios de los votos que representen la mayoría de sus componentes, determinar si un Estado miembro incumple grave y persistentemente los principios de libertad, democracia, respecto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho a que se refiere el artículo F, apartado primero. Sobre la base de tal decisión, el Consejo, ya en su composición de Ministros de Asuntos Exteriores, podrá aprobar por mayoría cualificada la suspensión de determinados derechos a dicho Estado, incluidos los de voto de su representante en el Consejo, en el marco del TUE (apartado 2 del art. F.1) y del TCE (art. 236.2 de este último), teniendo en cuenta las posibles consecuencias para los intereses de las personas físicas y jurídicas, y manteniéndose en cualquier caso las obligaciones que al Estado en cuestión corresponden en virtud de ambos Tratados; también por mayoría cualificada podrá el Consejo revocar estas medidas cuando aprecie cambios en la situación que dio lugar a su adopción. Todas estas decisiones se tomarán sin tener en cuenta el voto del representante del gobierno del Estado en cuestión (9).

Este procedimiento puede llegar a plantear dificultades de trascendencia en relación con determinados actos previstos en los Tratados que, por su implicación con la soberanía, requieren unanimidad en el Consejo y confirmación o ratificación por los Estados conforme a sus reglas constitucionales (por ejemplo, la decisión de establecer una defensa común, o la integración de la UEO en la UE, o la aprobación de Convenios en el marco del Tercer Pilar). Al quedar excluido de los derechos de voto, el Estado sancionado no podría participar en la aprobación en el Consejo del acto o vetarlo, pero, ¿qué ocurriría con el requisito de la ratificación nacional conforme a la respectiva Constitución? ¿habría que entender también suspendido al Estado de dicho derecho? ¿podría entrar en vigor el acto sin la ratificación de ese mismo Estado o, por el contrario, habría que concluir que esta situación imposibilitaría *de iure* la adopción de tal tipo de decisiones?

(9) Acerca de este nuevo procedimiento y su significado de cara a la protección de los derechos fundamentales, P. WACHSMAN, «Les droits de l'homme», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, 1997, «Le Traité d'Amsterdam», especialmente págs. 186-189.

3.1.2. *Problemas constitucionales*

Desde la óptica española, cabe subrayar la sintonía de los valores a que se refieren estos nuevos preceptos con los que inspiran nuestro sistema constitucional. En cuanto a los procedimientos sancionadores previstos en los artículos F.1 del TUE y 236 del TCE, conviene recordar que el artículo 93 de la Constitución no exige condición de paridad o reciprocidad absoluta en las posiciones de los Estados implicados en el proceso de integración (tampoco el art. 94.1). Con las debidas reservas, una suspensión temporal de derechos de voto en el Consejo tiene en común con los supuestos de toma de decisiones por mayoría cualificada el hecho de que el acto aprobado puede ser impuesto y tener fuerza vinculante en nuestro territorio aun oponiéndose el representante del Gobierno español. Por otro lado, otras organizaciones internacionales en las que España es parte prevén también la posibilidad de sanciones contra sus Estados miembros sin que ello suponga la inconstitucionalidad de nuestra participación en las mismas (10).

Mayores dificultades plantea la indeterminación, en el citado artículo F.1, de los parámetros con arreglo a los cuales el Consejo puede decidir que un Estado incumple grave y persistentemente los valores del artículo F, apartado primero. Desde la perspectiva interna española, queda descartada toda vulneración mientras se cumplan las reglas y principios constitucionales y legales, incluso cuando se declare alguno de los estados críticos con arreglo al artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, o en los supuestos de suspensión individual de derechos acordada conforme al artículo 55 de la Norma Fundamental y la legislación procesal vigente. Por otra parte, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos a que se refiere el artículo F del TUE permite que se deroguen las obligaciones establecidas en el mismo (art. 15), si bien sólo en la medida estricta en que lo exija la situación y quedando prohibida la suspensión de determinados derechos (derecho a la vida, salvo pena de muerte en casos de guerra; principio de legalidad penal), así como la tortura, tratos degradantes, esclavitud y servidumbre personal. Figuras afines de estados de excepción y/o suspensión individual o colectiva de los derechos pueden encontrarse también en las Constituciones de otros Estados miembros (11), por lo que debe concluirse que la declaración de una de tales

(10) P. WACHSMANN (*op. cit.*, pág. 188) subraya el parecido de estos nuevos procedimientos con los contemplados en el Estatuto del Consejo de Europa, del que, *cabría añadir aquí, también* es parte España. Otro ejemplo de sanciones impuestas a Estados miembros de una organización internacional es el de la ONU (arts. 41 y 50 de la Carta de las Naciones Unidas; el art. 42 de la misma prevé incluso el empleo de la fuerza).

(11) Artículo 16 de la Ley Fundamental sobre la Forma de Gobierno de Finlandia; artículo 103 de la Constitución del Reino de los Países Bajos; artículo 19 de la Constitución de Por-

situaciones entra dentro de lo institucionalmente posible y no deben, por tanto, considerarse de modo automático como base suficiente para iniciar (o culminar) este nuevo procedimiento.

Todo apunta, pues, a que nuestro país sólo podría verse sancionado si se produjera una quiebra absoluta o un incumplimiento generalizado y flagrante de las reglas y principios constitucionales, o bien una revisión de la Constitución —difícilmente concebible— que contrariase esos mismos principios de libertad, democracia, respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho. Pese a que el juicio del Consejo sea en buena medida político, no debe verse inconstitucionalidad en ello, puesto que los Estados cuyos representantes toman la decisión en el Consejo son democráticos, y sobre todo, porque no es perceptible en estos nuevos preceptos del TUE una «*colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias de las estipulaciones de un Tratado*» (12) comparable a la que el Tribunal Constitucional apreció entre el artículo 8 B del TCE introducido por el Tratado de Maastricht y el artículo 13.2 de la Constitución, y que motivó la reforma de este último en 1992.

Finalmente, la Constitución no predetermina la actitud del Gobierno cuando este procedimiento se refiera a otros Estados miembros. El sentido del voto del Presidente del Gobierno o Ministro español en el Consejo, decisión comparable a otras de política internacional, como el reconocimiento de Gobiernos o la imposición de sanciones a terceros países, goza del ámbito de discrecionalidad relativa que, bajo control parlamentario, el artículo 97 de la Norma Fundamental reconoce al Ejecutivo en ejercicio de la función de dirección de la política exterior.

3.2. *Flexibilidad y cooperación reforzada en la Unión Europea*

Aunque no figuraba en la agenda inicial de la reforma, una de las cuestiones más debatidas durante la Conferencia Intergubernamental ha sido la introducción de mecanismos de flexibilidad, bien para permitir a los Estados distintos ritmos de participación en las políticas o acciones comunes, bien para dar cabida a la voluntad de algunos de ellos de permanecer al margen de determinadas actuaciones de la Unión. Términos como «Europa de varias velocidades» (*multi-*

tugal; artículo 12 del Capítulo II de la Ley sobre la Forma de Gobierno de Suecia. Por el contrario, el artículo 113 de la Constitución de Luxemburgo prohíbe la suspensión de cualquiera de sus disposiciones.

(12) Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de Maastricht, FJ. 4.

speed Europe), «integración diferenciada», «Europa a la carta», «geometría variable» y muchos otros se han barajado antes y durante las negociaciones (13).

El Tratado de Amsterdam ha incluido en el TUE y el TCE la posibilidad de que un número de Estados miembros inferior al total puedan establecer lo que denomina como «*cooperación reforzada*», bien en el ámbito de la Comunidad Europea, bien en el del Tercer Pilar de la Unión. Esta nueva fórmula es en realidad una última solución, que autoriza a una mayoría de Estados a emprender entre sí, *pero dentro del marco institucional y de los procedimientos decisivos previstos en los Tratados*, nuevos estadios de integración, cuando tal cosa no sea posible entre todos los Estados miembros por la negativa de uno o pocos de ellos. Se introduce así un factor de flexibilidad en prevención de posibles bloqueos, sobre todo allí donde la unanimidad es requerida por los Tratados (como ha sucedido hasta ahora en materia de libre circulación de personas y supresión de controles en las fronteras intracomunitarias por la oposición del Reino Unido e Irlanda), bloqueos que previsiblemente serán más frecuentes en el futuro, ante la perspectiva de una Unión ampliada a más de veinte Estados, con enfoques diversos respecto a la integración.

Determinados mecanismos preexistentes en los Tratados permitan con anterioridad que un número de Estados inferior al total adopten o apliquen decisiones comunitarias (Protocolo y Acuerdo Social, normas sobre la Unión Económica y Monetaria) o bien que ciertos Estados queden temporalmente excluidos del cumplimiento de ciertas obligaciones (períodos transitorios de los Tratados de Adhesión, cláusulas de salvaguardia). Pero la *cooperación reforzada* se diferencia de ellos en que no quedan predeterminados ni las materias a que se refiere ni los Estados participantes; además, se configura como una vía ordinaria, aunque subsidiaria a todas las demás, de acción, frente al carácter más o menos excepcional de los precedentes citados. El resultado es un Derecho particular, que es Derecho de la Unión, pero elaborado sólo con el concurso de un número reducido de miembros, únicos que lo aplican (14).

(13) Sobre los modelos y alternativas manejados a lo largo de la Conferencia, J. M. DE AREILZA CARVAJAL y A. DASTIS QUECEDO, «Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿Nuevos métodos para una Europa nueva?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, núm. 1, 1997, págs. 9-28. Una sistematización de los distintos términos relacionados con la integración diferenciada o flexibilidad figura en A. C.-G. STUBB, «A Categorization of Differentiated Integration», *Journal of Common Market Studies*, vol. 34, núm. 2, 1996, págs. 283-295. Incluyendo otros dispositivos europeos formalmente ajenos a la Unión (Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Acuerdos de Schengen), pero que de algún modo reflejan diferentes grados en la integración de los Estados, J. A. USHER, «Variable Geometry or Concentric Circles: Patterns for the European Union», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, parte 2, 1997, págs. 243-273.

(14) J. M. DE AREILZA y A. DASTIS, *op. cit.*, pág. 12.

Si bien la concepción de la *cooperación reforzada*, tal y como ha quedado configurada responde al enfoque de la «Europa a varias velocidades» (diferencias sólo temporales entre los distintos grados de integración), el Tratado de Amsterdam también recoge mecanismos de la denominada «Europa a la Carta», en los Protocolos sobre el Reino Unido e Irlanda, por una parte, y sobre Dinamarca, por otra, al consagrarse en ellos exclusiones potencialmente permanentes de estos países respecto a las nuevas competencias comunitarias sobre entrada y circulación de personas (15), y también a otras acciones de la Unión en el caso particular danés (*Acervo de Schengen*, aspectos de defensa).

3.2.1. *La cooperación reforzada en los Tratados* (16)

El Tratado de Amsterdam establece una cláusula general de *cooperación reforzada* (nuevo Título VI bis del TUE, arts. K.15 a K.17) más reglas específicas para los dos pilares de la Unión en que estas cooperaciones pueden establecerse: la Comunidad Europea y la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (arts. 5 del TCE y K.12 y K.13 del TUE, respectivamente); no se prevén *cooperaciones reforzadas* en la Política Exterior y de Seguridad Común, pero el nuevo Título V del TUE establece otros mecanismos de flexibilidad («abstención constructiva», especialidades en la defensa).

Como requisitos generales, el artículo K.15 impone que toda *cooperación reforzada* se dirija a impulsar los objetivos de la Unión, respete los principios contenidos en los Tratados y el marco institucional único, se utilice como último recurso cuando hayan fracasado los procedimientos ordinarios de acción, implique al menos a una mayoría de Estados miembros, no afecte al acervo comunitario, a los actos de los pilares intergubernamentales, ni a las competencias, derechos u obligaciones de los Estados no participantes, y permita a estos últimos tomar parte en las cooperaciones ya creadas en cualquier momento. La autorización para el establecimiento de estas cooperaciones se remiten a las disposiciones específicas para uno y otro pilar.

(15) Véase *infra*, apdo. 3.4.1.

(16) Estudios más detallados sobre este nuevo concepto en el Tratado de Amsterdam figuran en V. CONSTANTINESCO, «Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, 1997, «Le Traité d'Amsterdam», págs. 43-59; C. D. EHLERMANN, «Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam», *Revue du Marché Unique Européen*, 3-1997, págs. 53-85; F. MARIÑO MENÉNDEZ, «La integración diferenciada. La cooperación reforzada», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam...*, *cit.*, vol. 1, págs. 603-625.

Conforme al nuevo artículo 5 A del Tratado de Roma, los requisitos adicionales para las que se establezcan en el marco de la Comunidad son los siguientes: permanecer dentro de las competencias comunitarias, aunque sin referirse a las exclusivas, y no afectar a políticas, acciones o programas comunitarios, restringir el comercio entre los Estados, falsear las condiciones de competencia entre ellos, incidir sobre la ciudadanía de la Unión o discriminar entre nacionales de los Estados miembros. La autorización a los Estados solicitantes habrá de ser concedida por el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, si bien, sin duda por exigencia británica, un Estado tiene la posibilidad de vetar dicha autorización invocando motivos importantes y explícitos de política nacional, pudiendo en tal caso decidir el Consejo por mayoría cualificada remitir la cuestión a los Jefes de Estado y de Gobierno para que decidan por unanimidad. La Comisión puede negarse a presentar la propuesta formal ante el Consejo, y también tiene la competencia para decidir sobre la posterior incorporación de nuevos Estados a las *cooperaciones reforzadas* ya creadas. En cuanto al desenvolvimiento, toda *cooperación reforzada* se registrará por las normas procedentes del TCE, y las instituciones participan con su número total de componentes, salvo el Consejo, cuyas decisiones sólo pueden ser adoptadas por los representantes de los Estados participantes, si bien en las deliberaciones podrán estar presentes todos los Estados.

Para las que se establezcan en el marco del Título VI del TUE, el artículo K.12 señala los siguientes requisitos adicionales a los generales del artículo K.15: respetar las competencias de la Comunidad Europea y los objetivos de ese mismo Título VI, y tener por finalidad impulsar una evolución más rápida de la Unión hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia. La autorización para crear este tipo de *cooperación reforzada* corresponde igualmente al Consejo por mayoría cualificada, con las mismas posibilidades de veto por un Estado que en el caso de la Comunidad Europea; pero el carácter intergubernamental de este marco determina que la iniciativa corresponda directamente a los Estados: la Comisión carece, tanto del derecho de solicitud de la autorización al Consejo, como de la decisión sobre la incorporación de nuevos Estados a las ya creadas, que también corresponde al Consejo. Estas *cooperaciones reforzadas* se registrarán por las disposiciones del Título VI del TUE, e igualmente actúan las instituciones con su número total de componentes, a excepción del Consejo, en el cual sólo decidirán los representantes de los Estados participantes, si bien en las deliberaciones también podrán estar presentes los representantes de los restantes Estados.

3.2.2. Constitución e integración diferenciada

Para calibrar el alcance constitucional de la *cooperación reforzada*, es preciso distinguir entre el concepto general y sus manifestaciones concretas en el Primer o Tercer pilar de la UE. En cuanto a lo primero, la idea de que un número de Estados inferior al total de los miembros de la Unión recurra a los mecanismos, procedimientos e instituciones previstos en los Tratados no parece hallar obstáculo constitucional. En efecto, por el carácter dinámico y evolutivo de la idea misma de integración, el artículo 93 de la Constitución no condiciona la participación española en estructuras supraestatales a la ideas de reciprocidad, paridad o igual intervención de todos los Estados miembros, incluido el nuestro, en todos los ámbitos de la acción transnacional. Ya se indicó que la diversidad de sensibilidades y de situaciones entre los Estados ha obligado en el pasado a diversos arreglos flexibles dentro de la Comunidad, que comportan participación desigual o exclusión pura y simple de algunos de ellos en ciertas áreas. De este modo, el artículo 93 no impediría que España deje de estar presente en nuevos umbrales de integración, ni, específicamente, la obligaría a tomar parte en todas y cada una de las *cooperaciones reforzadas* que se creen.

En cuanto a las que se establezcan en el marco de la Comunidad, el límite de que hayan de permanecer dentro de las atribuciones de ésta (nuevo art. 5 A del Tratado de Roma) ahorra la necesidad de autorizaciones parlamentarias *ex* artículo 93 de la Constitución para la creación de cada una de tales cooperaciones, puesto que no habría en rigor transferencia de nuevas competencias. La decisión es comparable al empleo del artículo 235 del Tratado, que tampoco requiere intervención o autorización parlamentaria, ni desde el punto de vista comunitario ni desde el constitucional (17). Menores dificultades surgen aún

(17) La naturaleza y funcionamiento del artículo 235 del TCE no es, sin embargo, cuestión enteramente aporoblemática. Desde el punto de vista constitucional español, el aspecto quizá más relevante sea el de los límites a la ampliación de competencias en favor de la Comunidad que abre dicho artículo, y con ello, la de su deslinde respecto de la reforma de los Tratados, esta sí, expresamente condicionada a la autorización nacional; un análisis desde este enfoque puede encontrarse en P. PÉREZ TREMP, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, 1994, págs. 94-96. En Dinamarca, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998 ha declarado que el artículo 235 no es inconstitucional según la interpretación dada a dicho precepto por el Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2/94, de 26 de marzo de 1996, según el cual tal artículo no puede fundamentar una excesiva ampliación de la esfera competencial de la Comunidad más allá del ámbito general resultante de las disposiciones del Tratado, ni puede emplearse para aprobar medidas cuyo resultado real sea la alteración del Tratado sin seguir el procedimiento prescrito. Desde la perspectiva comunitaria, son numerosas las obras dedicadas al análisis del artículo 235 del Tratado; entre ellas, pueden citarse las siguientes: H. LESGUILLONS, «L'extension des compétences de la CEE par l'article 235 du Traité CEE», *Annuaire Française*

en el caso del Tercer Pilar, puesto que al no haber en éste cesión alguna de soberanía por su carácter intergubernamental, tampoco puede haberla en las *cooperaciones reforzadas* que en dicho marco pudieran crearse.

3.3. *La reforma de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión*

3.3.1. *Idea general del nuevo Título V del TUE (18)*

El Tratado de Amsterdam da nueva redacción al Título V del TUE. Al respecto, cabe subrayar que se clarifican los instrumentos de actuación preexistentes (Acciones y Posiciones Comunes, arts. J.4 y J.5, respectivamente), se añaden otros nuevos (Estrategias Comunes, adoptadas por el Consejo Europeo, art. J.3.2) y, como novedad destacada frente a la situación anterior, se prevé la posibilidad de concluir Acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales (art. J.14). Los procedimientos y mecanismos decisorios se acercan a los comunitarios, al extenderse la mayoría cualificada a nuevos supuestos que antes se decidían por unanimidad (Acciones y Posiciones Comunes basadas en una Estrategia Común, art. J.13.2) e introducirse la mayoría simple para cuestiones de procedimiento. Por otra parte, el nuevo artículo J.13, apartado primero, incluye fórmulas de flexibilidad en el proceso decisorio, como la *abstención constructiva*, que no impide la adopción de decisiones por unanimidad, o la posibilidad de que un Estado pueda acompañar a su abstención una declaración conforme a la cual no estará obligado a aplicar la medida pero permitirá

de Droit International, 1974, págs. 886-904; G. MARENCO, «Les conditions d'application de l'article 235 du Traité CEE», *Revue du Marché Commun*, núm. 131, 1970, págs. 147-157; G. OLMI, «La place de l'article 235 dans le système des attributions de compétences à la Communauté», en *Mélanges F. Dehousse*, Bruselas, 1979, págs. 279-295; A. TIZZANO, «Las competencias de la Comunidad», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, OPOCE, 1981, págs. 45-86; F. TSCHOFEN, «Article 235 of the Treaty Establishing the European Economic Community: Potential Conflicts between the Dynamics of Lawmaking in the Community and National Constitutional Principles», *Michigan Journal of International Law*, 3-1991, págs. 471-509, y, en nuestro país, A. MANGAS MARTÍN, «La *vis expansiva* de la competencia comunitaria (art. 235)», en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 322-326.

(18) Acerca de la nueva regulación de la PESC, cfr. P. DES NERVIENS, «Les relations extérieures», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 3-1997, «Le Traité d'Amsterdam», específicamente en págs. 97-104. Una valoración crítica de la reforma en este ámbito figura en S. VANHOONACKER, «From Maastricht to Amsterdam: Was it Worth the Journey for CFSP?», *Eipascopé*, núm. 1997/2: «The New Treaty on European Union: A First Assessment», págs. 6-8.

que ésta sea vinculante para la Unión, con el límite de que, cuando el número de Estados acogidos a esta fórmula llegue a un tercio de los miembros, no se adoptará la decisión. En el plano organizativo, destaca la nueva figura del Alto Representante de la *PESC*, que será el Secretario General del Consejo (nuevos arts. J.16 del TUE y 207.2 del TCE) y la creación de una unidad *ad hoc* de planeamiento y análisis (Declaración sobre el establecimiento de una Unidad de Planificación de la Política y de Alerta Rápida).

Capítulo relevante dentro de la *PESC* es el de la defensa y las relaciones con la UEO. El nuevo artículo J.7 contempla la definición progresiva de una política de defensa como parte de la Política Exterior de la UE, incluida la defensa común, cuando, respecto a esta última, así lo decida el Consejo Europeo y lo confirmen los Estados conforme a sus respectivas Constituciones. Se prevé el incremento de relaciones institucionales con la UEO, y su posible integración en la UE, igualmente cuando así lo decida el Consejo Europeo y lo ratifiquen los Estados según sus respectivas normas constitucionales. En cualquier caso, la UEO continúa siendo el brazo ejecutor de las decisiones sobre defensa de la UE y, como novedad, se contemplan expresamente las llamadas «misiones *Petersberg*» (humanitarias, de rescate, de mantenimiento de la paz y de prevención y gestión de crisis), en las que podrán participar los Estados miembros no integrados en la UEO con arreglo a las modalidades prácticas que adopte el Consejo. Como factores de flexibilidad, se permiten cooperaciones más estrechas entre los Estados en el marco UEO, en la OTAN o incluso en el plano bilateral.

3.3.2. *Naturaleza de la PESC: cooperación intergubernamental y artículo 93 de la Constitución*

Constitucionalmente relevante es, en primer lugar, señalar que no hay en la *PESC* cesión de competencias en el sentido del artículo 93, al no existir una organización o institución supranacional que las reciba. La nueva regulación mantiene el carácter intergubernamental de esta forma de cooperación, que sigue sin tener personalidad jurídica, al igual que la propia Unión (19), y perma-

(19) Acerca de este problema, véase M. PÉREZ GONZÁLEZ y N. STOFFEL VALLOTTON, «La cuestión de la naturaleza jurídica de la Unión: el problema de la personalidad jurídica», en M. OREJA AGUIRRE, *El Tratado de Amsterdam...*, cit., vol. I, pág. 200. Estos autores plantean la eventualidad de un progresivo reconocimiento implícito de personalidad jurídico-internacional a la Unión, a partir de la posibilidad, analizada más adelante en este trabajo desde la óptica constitucional, de concluir Acuerdos internacionales con terceros Estados u organizaciones en el

nece separada de la acción exterior de la Comunidad. Más que de cesión, cabe hablar de autolimitación o de ejercicio coordinado de la soberanía con los demás miembros, como se deduce del carácter vinculante para los Estados de las Acciones y Posiciones Comunes que se adopten (arts. J.4.3 y J.5), incluso cuando participen en conferencias u organizaciones internacionales (art. J.9.1), y también el deber de apoyo y no obstaculización de las acciones en general adoptadas en este marco (art. J.11.2). Aunque aisladamente todo ello apuntaría al artículo 94 de la Constitución como fundamento interno de estas reformas, la vía correcta es, sin embargo, el artículo 93. Al fin y al cabo, la *PESC* forma parte de una estructura más amplia, la Unión, que abarca a las Comunidades Europeas, estas sí, organizaciones de integración supranacional; y sobre todo, el Tratado de Amsterdam incluye en otros lugares modificaciones que afectan a las Comunidades y que sí comportan cesión de soberanía a una organización de carácter supranacional (nuevas competencias sobre entrada y circulación de personas, así como sobre empleo, en los añadidos Títulos III bis y VI bis de la Tercera Parte del Tratado de Roma).

La propia naturaleza de la integración europea impediría que se bifurcara el procedimiento constitucional de ratificación del Tratado de Amsterdam entre el artículo 93, para los elementos de integración supranacional, y el artículo 94.1, para los de mera cooperación intergubernamental. La posibilidad de que las Cortes aceptaran unos y rechazaran otros (por ejemplo, por alcanzarse la mayoría simple de las Cámaras requerida por el art. 94.1, pero no la absoluta del Congreso exigida en el art. 93) resulta inviable por estar obligados los Estados a participar simultáneamente en las Comunidades y en las formas de cooperación que integran la UE, como revela el procedimiento único de adhesión de nuevos Estados a todos los elementos de la Unión que se fija en el artículo O del Tratado de Maastricht. Por otra parte, ningún Tratado internacional puede ser ratificado parcialmente, y la técnica de las reservas no es aplicable para los Tratados comunitarios, por lo que queda, pues, descartada aquí toda forma de «ratificación a la carta».

No significa tal cosa que en todo caso haya que tramitar los Tratados de re-

marco de la *PESC* (arts. J.14 y K.13 del TUE), aduciendo como indicios adicionales el principio del marco institucional único (arts. C y E), el procedimiento unificado de ingreso de nuevos Estados en la Unión (art. O) y algunos otros más. La Unión haría uso de su subjetividad a través del marco institucional único, aunque actuaría con arreglo al Tratado que corresponda en función de la materia en que se esté llevando a cabo el Acuerdo. En el mismo sentido, S. LANGRISH habla de personalidad jurídica limitada de la Unión (*limited legal personality*) a propósito de los Acuerdos del nuevo artículo J.14 («The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights», *op. cit.*, pág. 14).

visión de la UE por la vía del artículo 93. Dicho precepto sería aplicable cuando tales Tratados comporten efectivamente nuevas atribuciones en favor de la Comunidad —o retrocesión a los Estados de algunas o todas de las ya cedidas—, o bien cuando afecten al modo de ejercicio comunitario de las competencias. Por el contrario, si la reforma sólo incidiera sobre los pilares intergubernamentales y no supusiera convertir éstos en organizaciones de carácter supranacional, o bien la integración total o parcial de los mismos en la Comunidad, la vía constitucional adecuada sería la del artículo 94.1 y no el artículo 93. Sí parece, en cambio, que este último precepto es el aplicable cuando el Tratado en cuestión contenga simultáneamente elementos de integración supranacional y de cooperación intergubernamental, como ya sucedió con el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht (20), y ocurre también en el caso presente (21).

Por último, parece descartable cualquier efecto similar a una «congelación» automática entre procedimientos de ratificación, conforme al cual toda reforma de la Unión, aunque no implique cesión de soberanía o no afecte a la organización institucional o procesos decisorios de la Comunidad, deba inexorablemente ratificarse por la vía del artículo 93, por el sólo hecho de que dicho precepto constitucional haya sido empleado con ocasión de la adhesión y de las revisiones anteriores. Contrariamente, la selección del procedimiento interno aplicable para la ratificación de ulteriores Tratados de modificación de la Unión debería efectuarse, en cada caso, a la vista de su concreta naturaleza, contenido y alcance.

(20) El Acta Única Europea, a la vez que introducía reformas en las tres Comunidades, creaba la Cooperación Política Europea, de naturaleza intergubernamental. El Tratado de Maastricht, por su parte, además de revisar las Comunidades, estableció la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior, mecanismos de naturaleza también intergubernamental que quedaron englobados junto con las Comunidades en el mismo marco mediante la creación de la Unión Europea.

(21) Véase P. PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, *op. cit.*, págs. 83 y sigs., quien, partiendo de que no toda modificación de los tratados constitutivos de un ente supranacional exige necesariamente autorización por ley orgánica *ex* artículo 93 de la Constitución, descarta la necesidad de tal autorización para aquellas reformas que afecten a elementos de los Tratados basados en esquemas de colaboración y no de integración. Si la considera necesaria, bien cuando la modificación consista en la devolución de competencias a los Estados (por entender que la autorización por ley orgánica genera resistencia pasiva en tal supuesto), bien cuando, sin existir cesión, la reforma afecte al modo de ejercicio de las previamente atribuidas.

3.3.3. *Naturaleza jurídica y régimen de celebración de los nuevos Acuerdos internacionales en el marco de la PESC. Aplicabilidad de las normas constitucionales sobre Tratados*

Entre las mejoras introducidas por el Tratado de Amsterdam en la capacidad operativa de la PESC se encuentra la posibilidad de concluir Acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales. El nuevo artículo J.14 señala que el Consejo podrá, a tal efecto, autorizar a la Presidencia a entablar negociaciones, asistida en su caso por la Comisión, y que dichos Acuerdos serán celebrados por el Consejo por unanimidad, pero termina señalando que «ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional», en cuyo caso «los restantes miembros del Consejo podrán acordar que el acuerdo se les aplique provisionalmente».

Al margen del problema estrictamente europeo del deslinde entre esta nueva figura y los Convenios comunitarios, cabe afirmar que es constitucionalmente irrelevante el debate abierto acerca de si este tipo de Acuerdos comporta o no reconocimiento a la Unión de personalidad jurídica internacional o, al menos, capacidad para la conclusión de Tratados, puesto que uno y otro fenómeno son frecuentes en otras organizaciones internacionales en las que también participa nuestro país, como, sin ir más lejos, la ONU (arts. 104 y 105.1 de la Carta de las Naciones Unidas). Por otro lado, no existe cesión de competencias *materiales* a una pretendida Unión personificada, puesto que persiste el carácter intergubernamental del proceso decisorio por el requisito de la unanimidad de los representantes de los Estados para autorizar la celebración formal del Acuerdo por el Consejo, así como por la exclusión de las restantes instituciones.

Interesa, en cambio, aclarar las consecuencias del inciso final del precepto, introducido a última hora a petición de Dinamarca, a tenor del cual un Acuerdo no será vinculante para un Estado miembro cuyo representante haya declarado en el seno del Consejo que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional. Al no existir transferencia de competencias *materiales* —sí tal vez, como se ha señalado, de las competencias *procedimentales* relativas a la celebración misma del Acuerdo (22)—, el artículo J.14 no sustrae a estos Acuerdos o Convenios de las reglas constitucionales sobre Tratados, y, particularmente, de la necesidad de autorización previa de las Cortes

(22) M. PÉREZ GONZÁLEZ y N. STOFFEL VALLOTTON, «La cuestión de la naturaleza jurídica de la Unión: el problema de la personalidad jurídica», *op. cit.*, págs. 197-198.

Generales, si el contenido de los mismos coincidiera con los casos previstos en el artículo 94.1 de la Norma Fundamental (es difícilmente concebible que por esta vía pudieran suscribirse Acuerdos de integración supranacional con terceros Estados u organizaciones internacionales).

Tal es el sentido que debe darse al inciso final del artículo J.14, de modo que, al no existir propiamente transferencia de competencias *materiales* en favor de entidad supranacional alguna, dichos Acuerdos continúan sometidos a las normas constitucionales sobre Tratados. La consecuencia sería que el Gobierno español estaría obligado a efectuar la declaración a que se refiere el mencionado nuevo precepto del TUE y someter el Acuerdo en cuestión a autorización parlamentaria cuando reúna los requisitos previstos en el artículo 94.1 de la Constitución. Ello tal vez plantearía la necesidad de adaptar la legislación española (dictamen del Consejo de Estado, intervención del Consejo General del Poder Judicial, remisión del proyecto de Acuerdo a las Cortes y tramitación del mismo, etc.) a la agilidad del procedimiento de celebración en el seno del Consejo de la Unión que se desprende de este nuevo artículo J.14.

Un último aspecto a destacar es el problema de la eficacia interna de estos Acuerdos. Puesto que, según parecen coincidir los primeros análisis, su celebración corresponderá al Consejo *en nombre de la Unión* (23), y es claro que no se trata de los Convenios que puede celebrar la Comunidad (puesto que no se rigen por el artículo 228 del TCE, sino por el citado nuevo precepto del TUE), hay que concluir que estos Acuerdos no son Derecho comunitario, y por tanto, no se benefician del principio de aplicabilidad inmediata. La consecuencia de todo ello es que estos Acuerdos tampoco quedan sustraídos a las normas constitucionales sobre eficacia interna de los Tratados, de manera que, con arreglo al artículo 96.1 del Texto Fundamental, completado por el artículo 2.1 del Código Civil, sólo producirán efectos internos a partir de su íntegra publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. No bastaría, pues, con su inclusión en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, como por el contrario ocurre con el Derecho comunitario.

3.3.4. *Las cuestiones de defensa y las relaciones UE-UEO.* *Marco constitucional*

Tras el fracaso de la Comunidad Europea de la Defensa en 1954, los aspectos de seguridad y defensa continuaron tratándose en el marco de la OTAN y

(23) S. LANGRISH, «The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights», *op. cit.*, págs. 13-14; M. PÉREZ GONZÁLEZ y N. STOFFEL VALLOTON, *op. cit.*, pág. 196.

de la UEO, al margen de la integración comunitaria. Muy posteriormente, el Tratado de Maastricht trató de resituarlos en la órbita de la UE, al incluirlos en el pilar intergubernamental sobre Política Exterior y de Seguridad Común (Título V), pero el artículo J.4 se limitaba entonces a prever la política de defensa y la propia defensa común como posibilidades futuras sin especificar plazos o procedimientos, y a atribuir a la UEO, manteniendo la autonomía de ésta, la puesta en práctica de las decisiones de la UE con repercusiones sobre la defensa. Dada la parquedad de sus disposiciones, el propio precepto (apartado sexto) preveía su posible revisión con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 1996.

Tras el Tratado de Amsterdam, el nuevo artículo J.7 del TUE incluye entre las posibilidades de la *PESC* la definición progresiva de una política de defensa común. Asimismo, establece un procedimiento para pasar a una defensa común, o para estrechar las relaciones con la UEO con vistas a su posible integración en la Unión, conforme al cual el Consejo Europeo podrá aprobar, en uno u otro caso, una decisión que habrá de ser refrendada por los Estados conforme a sus respectivas normas constitucionales. En relación con este último aspecto, constitucionalmente relevante es determinar el procedimiento aplicable a dicha ratificación por parte del Estado español, si bien no es posible avanzar una solución apriorística, pues la elección del artículo 93 o del artículo 94.1 de la Norma Fundamental dependerá del contenido concreto de la decisión que adopte el Consejo Europeo.

Cabe reproducir también las anteriores consideraciones sobre el rechazo de una pretendida «congelación» de procedimiento y la necesidad de acudir a un examen del régimen jurídico de la decisión sujeta a ratificación, en este caso adoptada por el Consejo Europeo. Si, como es de prever por su extrema sensibilidad, tanto la defensa común como las relaciones con la UEO se mantienen en un marco exclusivamente intergubernamental mediante su integración pura y simple en la *PESC*, el procedimiento a seguir habría de ser el del art. 94.1 de la Constitución, por coincidir enteramente este supuesto con el previsto en su letra b), esto es, «*Tratados de carácter militar*». Si, por el contrario, una u otra se sometieran a un régimen supranacional, bien por la creación de una organización del estilo de la no nata Comunidad Europea de la Defensa, bien por su integración dentro de la Comunidad Europea a título de política específica, la vía de ratificación habría de ser la del artículo 93, por entrañar ambas alternativas cesión de soberanía a una entidad distinta de los Estados miembros.

Síntoma, no obstante, del carácter evolutivo y cambiante de estos temas, el propio artículo J.7 prevé, al igual que su antecesor en la versión original de Maastricht, su posible revisión futura (apartado sexto).

3.4. *Circulación de personas en un espacio de libertad, seguridad y justicia*

Una significativa aportación del Tratado de Amsterdam ha sido el desbloqueo de la plena realización de la libre circulación de personas, mediante la institucionalización en el TUE y el TCE del nuevo concepto del *espacio de libertad, seguridad y justicia*. Hay que recordar que, tras el Acta Única Europea, el objetivo comunitario del mercado interior había de implicar un *espacio sin fronteras interiores*, en el que la libre circulación de mercancías, *personas*, servicios y capitales debía quedar garantizada a partir del 1 de enero de 1993. Sin embargo, Reino Unido e Irlanda bloquearon la desaparición los controles sobre las personas en las fronteras intracomunitarias al exigirse aquí la unanimidad (art. 100 del TCE). Ello motivó que los restantes Estados ensayaran entre sí la supresión de controles fronterizos y las medidas compensatorias a la misma a través de los Acuerdos de Schengen, sistema de cooperación intergubernamental *ad hoc*, que el Tratado de Amsterdam incorpora ahora a la Unión mediante complejas fórmulas que se reseñarán más adelante. El Tratado de Maastricht apenas supuso avance real en este campo: no resolvió la cuestión de los controles fronterizos, y la nueva Cooperación *JAI* regulada en su Título VI (24), distinta de la Comunidad y de carácter intergubernamental, apenas ha alcanzado resultados, por ser también necesaria la unanimidad de los Estados (25).

Al precio de una notable complejidad, el Tratado de Amsterdam resuelve la cuestión de la supresión de los controles fronterizos, sitúa buena parte de las medidas compensatorias bajo competencia comunitaria, reforma y rebautiza la antigua Cooperación *JAI*, incorpora la cooperación Schengen a la Unión mediante arreglos flexibles y otorga un estatuto especial al Reino Unido, Irlanda y

(24) Acerca de este Tercer Pilar de la Unión en la versión original del Tratado de Maastricht, véase J. MONAR y ROGER MORGAN (eds.), *The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the fields of justice and home affairs*, European Interuniversity Press, Bruselas, 1994. En nuestro país, E. VILARIÑO PINTOS, «La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 1, 1994, págs. 61-84.

(25) Coinciden en destacar el escaso balance de esta forma de cooperación los Informes del Consejo, de la Comisión y del Parlamento Europeo sobre el funcionamiento del TUE, así como el Informe del Grupo de Reflexión. En el mismo sentido, H. LABAYLE, «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, vol. 33, núm. 1, 1997, especialmente págs. 2-18; D. O'KEEFE, «Recasting the Third Pillar», *Common Market Law Review*, vol. 32, núm. 4, 1995, especialmente págs. 893 y 894.

Dinamarca en correspondencia a la conformidad de estos países con el nuevo sistema. Todo se instrumenta a través la definición de la Unión como *un espacio de libertad, seguridad y justicia* (nuevo considerando décimo y nueva redacción del art. B del TUE), lo que incluye adiciones al TCE (nuevo Título III bis de la Tercera Parte) y reformas al TUE (nueva redacción del Título VI), así como matizaciones al sistema general a través de los nuevos Protocolos sobre el *Acervo de Schengen*, sobre el Reino Unido e Irlanda y sobre Dinamarca.

3.4.1. *El reparto de competencias entre la Comunidad y el reformado Tercer Pilar de la UE. Las posiciones especiales del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. El Protocolo sobre el Acervo de Schengen*

De las nuevas disposiciones (considerando décimo, art. B y Título VI del TUE, y Título III bis de la Tercera Parte del TCE) se desprende con claridad que el concepto del *espacio de libertad, seguridad y justicia* (26) se compone dos elementos relacionados entre sí: desaparición de los controles sobre las personas en las fronteras intracomunitarias y adopción simultánea de medidas compensatorias respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia. El Tratado de Amsterdam articula jurídicamente este concepto configurándolo como uno de los objetivos generales de la Unión en el revisado art. B del TUE, y repartiendo las competencias para su realización entre la Comunidad Europea (nuevo Título III bis de la Tercera Parte del TCE) y los Estados reunidos en el marco del reestructurado Tercer Pilar intergubernamental de la Unión, anteriormente denominado *Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior* y ahora rebautizado como *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* (nueva redacción del Título VI del TUE).

Con el fin de establecer un *espacio de libertad, seguridad y justicia*, el Tratado de Amsterdam otorga competencias a la Comunidad, en el mencionado Título III bis, para decidir la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores y para adoptar simultáneamente medidas compensatorias a dicha desaparición en las siguientes esferas: vigilancia de las fronteras exteriores, visados y condiciones de viaje de nacionales de terceros países por

(26) Acerca de la instrumentación jurídica de este nuevo concepto por el Tratado de Amsterdam, cfr. H. LABAYLE, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 33, núm. 4, 1997, págs. 813-881; F. MARINO MENÉNDEZ y F. REINARES NESTARES, «Una Unión al servicio del ciudadano (II): Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam...*, op. cit., vol. I, págs. 255-297.

el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses (art. 73 J); asilo, refugio, inmigración y libre circulación de extranjeros residentes legales en un Estado miembro (art. 73 K); cooperación judicial en materia civil, incluyendo notificación y traslado fronterizo de documentos, cooperación en la obtención de pruebas, etc. (art. 73 M). Al Tercer Pilar (Título VI del TUE) corresponde el tratamiento de las restantes medidas compensatorias, referidas a la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros en aspectos penales, si bien los Estados mantienen sus competencias soberanas en estos sectores, por tratarse de una estructura de cooperación intergubernamental que decide por unanimidad de los Ministros competentes reunidos en el Consejo, sin intervención vinculante de la Comisión y del Parlamento Europeo, aunque bajo el control —limitado— del Tribunal de Justicia.

Respecto a la Comunidad, las medidas previstas en los artículos 73 J y 73 K deberán adoptarse en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Poniendo, pues, fin a la indeterminación anterior, el nuevo Tratado fija con claridad los objetivos y los instrumentos de actuación disponibles para la Comunidad, así como un horizonte temporal definido. Por la sensibilidad de las áreas implicadas, el artículo 73 O contempla un procedimiento decisorio especial aplicable transitoriamente durante los primeros cinco años, con arreglo al cual el Consejo decidirá por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de los Estados miembros, previo dictamen no vinculante del Parlamento Europeo; al cabo de ese tiempo, los Estados perderán este derecho de iniciativa, que corresponderá en exclusiva entonces a la Comisión, como sucede por regla general para el resto de asuntos regulados en el TCE. Y si bien se trata del procedimiento con menos rasgos supranacionales dentro de la Comunidad, el citado artículo 73 O contempla una suerte de «pasarela comunitaria», autorizando al Consejo para que apruebe por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y *sin necesidad de intervención de los Parlamentos nacionales*, que todas o parte de las materias del Título III bis pasen a regirse por el procedimiento de codecisión del artículo 189 C, lo que supondría sustituir la unanimidad por la mayoría cualificada en el Consejo y aumentar significativamente las facultades del Parlamento Europeo.

Igualmente a consecuencia de la sensibilidad de estas materias, el artículo 73 P introduce algunas matizaciones a las competencias del Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial del artículo 177 no podrá ser planteada por cualquier órgano judicial nacional, sino sólo por aquellos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno. Se prevé, además, que el Consejo, la Comisión o un Estado miembro puedan acudir al Tribunal para que resuelva una cuestión de interpretación del propio Tratado o de las medidas

que se adopten sobre su base, y se excluye del control del Tribunal todo lo relativo al mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior, en coherencia con la reserva de tales competencias a los Estados miembros.

Como se ha adelantado ya, el precio del consenso ha sido la previsión de un estatuto especial para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en diversos Protocolos, a los cuales remite el artículo 73 Q. El Protocolo sobre la posición de Dinamarca contempla una fórmula de *opting out*, conforme a la cual este país no participará en la aprobación o aplicación de medidas con arreglo a este Título III bis. Por su parte, el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda otorga a ambos países una posición más ventajosa, pues a la vez que los excluye con carácter general en los mismos términos que Dinamarca, también contempla un mecanismo de *opting in* que les permite participar en la adopción o aplicación de medidas específicas con base en este mismo Título cuando así lo manifiesten por escrito al Consejo; junto a ello, el Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7 A del TCE al Reino Unido y a Irlanda reserva a éstos el derecho a mantener en cualquier caso los controles sobre las personas en sus fronteras con los demás Estados miembros. El resultado es, pues, una «comunitarización a 12 + 2» y, con ello, la ruptura de la unidad del Derecho comunitario en estos ámbitos, aunque de momento se ha revelado como la única vía para alcanzar el necesario acuerdo de todos. Se prevé, sin embargo, que el Título III bis citado forme parte del acervo comunitario que habrán de aceptar los países candidatos a la adhesión a la UE, por lo que quedan excluidas derogaciones futuras para otros Estados.

Las restantes actuaciones necesarias para el establecimiento del *espacio de libertad, seguridad y justicia* se encomiendan al Tercer Pilar de la Unión Europea, ahora rebautizado como *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* en la nueva redacción del Título VI del TUE. Su campo de acción se proyectará sobre aquellas cuestiones relacionadas con la seguridad interior que no han sido «comunitarizadas», desarrollándose notablemente en estas disposiciones las posibilidades de actuación a la vista de la experiencia acumulada por el anterior marco *JAI*: cooperación entre servicios de policía, aduana y equivalentes con funciones coercitivas de los Estados miembros dentro o fuera del marco de Europol (arts. K.1, K.2 y K.4) y cooperación judicial en materia penal (arts. K.1, K.3 y K.4). Además, se reestructuran los instrumentos de actuación disponibles (nuevo art. K.6): desaparecen las problemáticas Acciones Comunes, se clarifican las Posiciones Comunes, se mejoran los Convenios y se introducen dos nuevos instrumentos, Decisiones marco y Decisiones, muy similares a Directivas y Decisiones comunitarias.

Pese a que esta forma de cooperación mantiene, en líneas generales, su

esencia intergubernamental (todas las decisiones las adopta el Consejo; la mayor parte de ellas y, en todo caso, las de mayor trascendencia, por unanimidad), se han introducido algunos elementos próximos a los procedimientos comunitarios: extensión del derecho de iniciativa de la Comisión a todos los ámbitos (art. K.6.2), obligación de consulta al Parlamento antes de la adopción por el Consejo de Posiciones Comunes, Decisiones marco y Decisiones (art. K.11.1). Destacable en este contexto es el incremento de las competencias del Tribunal de Justicia en el nuevo artículo K.7, aunque de menor intensidad que las que tiene en el ámbito de la Comunidad: cuestión prejudicial condicionada a la aceptación de los Estados mediante una declaración al efecto (párrafos 1 a 3) (27), control de legalidad de Decisiones marco y Decisiones (párrafo 6), competencia subsidiaria a la del Consejo para la resolución de litigios entre Estados miembros sobre interpretación o aplicación de los actos del Tercer Pilar (párrafo 7), resolución de litigios entre Estados miembros y Comisión sobre interpretación o aplicación de Convenios (segunda parte del párrafo 7).

Por último, otra innovación con vistas al establecimiento de *un espacio de libertad, seguridad y justicia* es el Protocolo por el que se integra el *Acervo de Schengen* en el marco de la Unión Europea. Se emplea en él la nueva técnica de la *cooperación reforzada*, configurando al sistema Schengen como la única a la que se da nacimiento directamente desde el propio Derecho originario. En cuanto a su configuración institucional, el Protocolo dispone que habrá de regirse, *ratione materiae*, por los mecanismos, procedimientos e instituciones tanto del Título VI del TUE como del Título III bis de la Tercera Parte del TCE; a tal efecto, el Consejo, que sustituirá al Comité Ejecutivo previsto en el Convenio Schengen de 1990 a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, determinará la base jurídica en uno y otro Título para las distintas

(27) Por el momento, tal declaración de aceptación de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia ha sido formulada por Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Austria, según la modalidad a) del artículo K.7.3 (planteamiento de la cuestión por cualquier órgano judicial interno). Holanda declaró que aceptará esta competencia y que se hallaba estudiando atribuir la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia a órganos jurisdiccionales distintos de aquellos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso interno. Todo ello figura en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 340, de 10 de noviembre de 1997, pág. 308. En cuanto a España, el proyecto de Ley Orgánica de autorización del Tratado de Amsterdam (citado en nota 1) contempla la formulación de tal declaración de aceptación de la competencia del Tribunal de Luxemburgo abriendo la posibilidad de interponer la cuestión a cualquier órgano judicial; es de destacar que, simultáneamente, nuestro país se reserva el derecho de establecer en su legislación interna la obligatoriedad de interponer la cuestión prejudicial para los órganos contra cuyas decisiones no quepa ulterior recurso de Derecho interno, haciendo uso de la posibilidad prevista en la Declaración número 10 aneja al Tratado de Amsterdam sobre el artículo K.7 del Tratado de la Unión Europea.

disposiciones del acervo. Mediante esta vía se logra preservar todo el dispositivo ya existente, reconducirlo al marco institucional de la Unión y respetar la tradicional posición británica e irlandesa, así como las nuevas reservas planteadas por Dinamarca.

La articulación jurídica del sistema Schengen dentro de la Unión será notablemente compleja. La particular posición de Dinamarca, excluida del Título III bis del TCE, motiva que el Protocolo sobre este país le permita decidir si incorpora o no a su ordenamiento aquellas medidas en el contexto de Schengen que se basen en dicho Título, y señale que las incorporadas al ordenamiento dañen generarán una obligación, no de Derecho comunitario, sino de Derecho internacional, con los demás Estados miembros. Por otro lado, en un ejemplo más de la llamada «Europa a la Carta», se autoriza al Reino Unido e Irlanda para participar a voluntad en algunas o todas las disposiciones del acervo Schengen, lo que evidentemente planteará problemas de adaptación. Finalmente, el Acuerdo de 1996 por el que Islandia y Noruega participan en el sistema Schengen obligará a la búsqueda de fórmulas, de difícil configuración jurídica, que permitan a estos países no integrados en la Unión tomar parte en las sesiones del Consejo cuando se traten asuntos relativos a dicho sistema; además, estos dos países habrán de celebrar un acuerdo con el Consejo para determinar sus derechos y obligaciones respecto a Irlanda y Reino Unido en aquellos aspectos del acervo en que estos últimos hayan decidido adoptar y/o aplicar.

3.4.2. *El artículo 93 de la Constitución y las nuevas competencias de la Comunidad Europea sobre entrada y circulación de personas*

Desde el punto de vista constitucional, una de las cuestiones más destacadas que suscita el Tratado de Amsterdam es la transferencia de competencias a la Comunidad Europea sobre algunos de los aspectos más sensibles de la soberanía estatal, como son la vigilancia de las fronteras, la exigencia y expedición de visados, las condiciones de entrada y residencia de extranjeros extracomunitarios y la determinación del Estado competente para tramitar solicitudes de asilo y conceder el estatuto de refugiado. Esta nueva cesión ahonda el carácter supranacional de la Comunidad, acercándola aún más a horizontes de integración política; pero, por esto mismo, pone a prueba las estructuras constitucionales de los Estados miembros, como revela la Decisión del Consejo Constitucional francés de 21 de diciembre de 1997 (núm. 97-394, de 31 de diciembre), en la que se declara la incompatibilidad de este nuevo Título III bis con la Constitución de la República, y la consiguiente necesidad de revisarla previamente a la ratificación del Tratado de Amsterdam.

Muy sintéticamente, el Consejo Constitucional estima que las nuevas competencias sobre asilo, inmigración y paso de las fronteras interiores (arts. 73 J, apartados 1 y 2, y art. 73 K) exceden del ámbito de materias cuya cesión a la Comunidad autoriza el artículo 88.2 de la Constitución francesa, y que el procedimiento decisorio a que quedarán sujetas tras el período transitorio de cinco años previsto en el Tratado de Amsterdam es inconstitucional por ser distinto de los establecidos en la versión original del Tratado de Maastricht, al cual el citado artículo 88.2 remite expresamente (28). También estima inconstitucional el artículo 73 O, apartado segundo, cuando se aplique a las materias previstas en los artículos 73 J, apartado primero y 73 K, apartado 2, letra *a*) e incisos ii y iv de la letra *b*): en síntesis, se reputa inconstitucional la posibilidad de que el Consejo pueda decidir por unanimidad, *sin intervención o ratificación nacional*, el paso al procedimiento de codecisión (que sustituye la unanimidad por mayoría cualificada en el Consejo, y otorga poderes vinculantes para el Parlamento Europeo) para la aprobación de medidas sobre expedición de visados por los Estados miembros, reglas sobre el visado uniforme y control de las fronteras exteriores; según el Consejo Constitucional, el paso a la mayoría cualificada en estas cuestiones sin que intervenga autorización o ratificación del Parlamento francés vulnera las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía (29).

¿Es trasladable el ejemplo francés a la realidad constitucional española?

(28) Artículo 88.2 de la Constitución francesa: «*Bajo reserva de reciprocidad y de acuerdo con las modalidades previstas por el Tratado sobre la Unión Europea firmado el 7 de febrero de 1992, Francia acepta realizar las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea, así como para la determinación de las normas relativas al paso por las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Comunidad Europea.*»

(29) En este mismo sentido, aduce F. LUCHAIRE que, si la decisión por parte del Consejo de pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión en estas materias hubiese quedado condicionada a la aprobación de los Estados, y por tanto de Francia, el Tratado no contendría ninguna estipulación contraria a la Constitución de la República (cfr. «*Le traité d'Amsterdam et la Constitution*», *op. cit.*, pág. 339). A título de reflexión final, aunque remitiéndose a la decisión política del Ejecutivo francés, este mismo autor propone como alternativa a la revisión constitucional la adición de un Protocolo al Tratado de Amsterdam en el que se prevea que el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada y al procedimiento de codecisión sólo sea efectivo tras la aprobación de los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales, por entender que tal vez esta fórmula revista menor dificultad que conseguir la reforma de la Constitución (*op. cit.*, pág. 344). Respecto a esto último, cabría al menos cuestionarse si sería más sencillo reabrir la Conferencia Intergubernamental y renegociar la cuestión para obtener el consenso de quince Estados, o por el contrario, hacer efectivo en uno solo de ellos el cumplimiento interno de una obligación internacional que se asumió al firmar el Tratado de Amsterdam.

De entrada, deben destacarse las diferencias entre ambas Constituciones en cuanto a la regulación del poder de integración. Mientras el artículo 88.2 de la francesa señala expresamente qué competencias pueden cederse a la Comunidad y, por exclusión, cuáles no, su equivalente en la española, el artículo 93, se caracteriza por no tasar o limitar materialmente *las «competencias derivadas de la Constitución»* cuyo ejercicio puede ser objeto de cesión: el límite expreso es precisamente, como subrayó el Tribunal Constitucional en su Declaración sobre el Tratado de Maastricht, que se trate de *competencias*, lo que implica que la reforma constitucional o el poder constituyente no podrían ser objeto atribución a la Comunidad por la vía del artículo 93:

«El artículo 93 permite atribuciones o cesiones para “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” y su actualización comportará —ha comportado ya— una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de “derechos soberanos”, en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964). Para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales (...) En virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto» (30).

Los nuevos artículos 73 I a 73 K del TCE, así como el artículo 73 M sin duda se refieren a *competencias* que, procedentes de los Estados, pasa a desempeñar la Comunidad (en materia de control de fronteras, asilo, inmigración y cooperación judicial en materia civil), por lo que se cumple el primer requisito exigido por el artículo 93 de la Constitución española. Mas la licitud constitucional de la transferencia no queda condicionada únicamente al hecho de que sea referible a *competencia o competencias*, pues no sólo es relevante qué se cede, sino también cómo y en qué condiciones se hace la cesión. Y ello porque, como también puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en la mencionada Declaración, los Tratados de integración no pueden colisionar de manera directa con enunciados o reglas constitucionales

(30) FJ. 5.

«Por lo demás, tampoco el artículo 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales» (31).

Al tratarse, sin embargo, de lo que se ha calificado como una «cesión sistemática» de poder, esto es, en beneficio de una organización dotada de un ordenamiento con su propio aparato de principios y categorías (32), el artículo 93 no exige que las competencias transferidas deban regirse según idénticos parámetros —procedimentales, orgánicos— a los existentes en el juego interno de poderes (33). Sí impone, en cambio, que la Comunidad las ejerza conforme a criterios compatibles o equiparables a los que inspiran el sistema constitucional. Y tal requisito parece cumplirse en este caso: por una parte, el Tratado de Amsterdam sujeta a toda la Unión, con carácter general, a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho (nuevo apartado primero del art. F del Tratado de Maastricht); específicamente, por otra, estas nuevas competencias comunitarias sobre vigilancia de fronteras, inmigración y asilo, cuentan con la necesaria garantía judicial, al no excluirlas el Título III bis del control del Tribunal de Justicia. Adicionalmente, parece cumplirse otro de los límites que, como generalizadamente se ha puesto de manifiesto, condiciona el poder de integración previsto en el artículo 93, cual es el respeto de los derechos fundamentales (34), según resulta con carácter general para toda la Unión de los artículos F, párrafo segundo, y L, letra d), del Tratado de Maastricht; el primero, inalterado por la reforma, se refiere a la obligación impuesta a la Unión de respetar los derechos fundamentales tal y como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario; el segundo precepto, en la nueva versión Amsterdam, atribuye al Tribunal de Justicia la garantía jurisdiccional de dichos derechos frente a la actuación de las instituciones (35).

(31) *Ibidem*.

(32) P. PÉREZ TREMP, *Constitución española y Comunidad Europea, op. cit.*, págs. 56 y sigs.

(33) En este sentido, A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, Madrid, 1996, págs. 371-372.

(34) Acerca de los límites al poder de integración del artículo 93 de la Constitución, véase, entre otros, A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración, op. cit.*; P. PÉREZ TREMP, *Constitución española...*, cit.

(35) La exclusión del Tribunal respecto a las decisiones sobre orden público y seguridad interior no implica ni una quiebra de la garantía jurisdiccional en el ámbito de este nuevo Título III

La flexibilidad del artículo 93 de la Constitución evita obstáculos en relación con los mecanismos de toma de decisiones a que los Tratados sujetan las materias cedidas. Reiterando lo ya dicho con ocasión de la *PESC*, la Constitución española no condiciona la integración a conceptos como paridad o reciprocidad, ni impide el voto por mayoría cualificada en el Consejo, ni exige la unanimidad. A diferencia del quizá excesivamente rígido artículo 88.2 de la francesa, el artículo 93 de la española no subordina la licitud de la transferencia al mantenimiento en los Tratados de los procedimientos decisorios vigentes en un determinado momento; por ello, no plantea, *a priori*, obstáculo constitucional el que un Tratado de reforma de la UE revise dichos procedimientos o instaure otros nuevos, algo que, por otra parte, es previsible dado el carácter evolutivo del proceso de integración europea. En suma, específicamente respecto al nuevo Título III bis del Tratado de Roma, y a diferencia de lo afirmado por el Consejo francés, es constitucionalmente indiferente que los Estados dispongan o no del derecho de iniciativa, que las decisiones se tomen en el Consejo por unanimidad o mayoría cualificada, o que llegue a aplicarse o no el procedimiento de codecisión del artículo 189 C del TCE; puede considerarse, en cuanto a esto último, que la ratificación por nuestro país del Tratado de Amsterdam autoriza anticipadamente al Consejo a decidir el paso a dicho procedimiento de codecisión conforme al párrafo segundo del artículo 73 O.

Otra cuestión constitucionalmente relevante es el ámbito funcional de la transferencia, esto es, el conjunto de funciones o potestades que se atribuyen a la Comunidad. Con arreglo al principio general de administración indirecta del Derecho comunitario (36), especialmente indicado en este caso por la sensibilidad de las materias objeto de cesión, los Estados serán los responsables de aplicar y ejecutar las medidas que adopte la Comunidad: a ellos corresponderá vigilar efectivamente las fronteras exteriores según las normas que progresivamente apruebe la Comunidad, suprimir los controles en las fronteras interiores, confeccionar y expedir el visado uniforme con el formato y según los procedimientos que prevea el Derecho Comunitario, etc. En otras palabras, las competencias administrativas y ejecutivas en los ámbitos cedidos continúan correspondiendo a los Estados, pero sometidas a las normas que apruebe la

bis, ni tampoco de la tutela de los derechos fundamentales. Al tratarse de asuntos reservados a los Estados, el control jurisdiccional seguirá correspondiendo a los órganos judiciales nacionales, quienes, con ocasión del mismo, tutelarán los derechos fundamentales a la vista de las normas constitucionales, pero también del Convenio de Roma, del cual todos los Estados miembros son parte.

(36) Acerca de este principio puede verse, por ejemplo, G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1995, págs. 235 y sigs.

Comunidad, a las posibles potestades de supervisión y recomendación que se otorguen a las instituciones y, con la excepción de las cuestiones de orden público y seguridad interior, al control del Tribunal de Justicia.

Los Estados no pierden, sin embargo, toda capacidad normativa por obra de la transferencia, pero sí su anterior autonomía, entendida como vinculación exclusiva a las respectivas reglas constitucionales y/o compromisos internacionales previos. Los Estados seguirán legislando en la medida en que la Comunidad les deje espacio para ello a través de Directivas o procedimientos similares, cuyo uso será previsiblemente frecuente por la sensibilidad de las materias en cuestión. Objeto de cesión a la Comunidad son, en suma, competencias normativas y judiciales, reteniendo en general los Estados facultades de desarrollo legislativo, ejecutivas y administrativas para la aplicación de las reglas comunitarias que sean dictadas con apoyo en este nuevo Título III bis de la Tercera Parte del Tratado de Roma.

3.4.3. *Las Decisiones marco del reformado artículo K.6 del TUE: ¿déficit de cobertura constitucional?*

Junto a la «comunitarización» de muchos de los ámbitos de la antigua *Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior* y el acercamiento de los procesos decisorios de la a partir de ahora denominada *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* a los esquemas de la Comunidad, la nueva redacción que el Tratado de Amsterdam da al Título VI del TUE pretende mejorar algunas de las deficiencias de que adolecía la versión original del mismo, denunciadas por las instituciones en sus informes para el Grupo de Reflexión. Entre tales mejoras se cuenta el diseño de un nuevo elenco de instrumentos de actuación disponibles para el Consejo, único órgano decisorio en este ámbito, y la sustitución, dentro de éstos, de las anteriores Acciones Comunes por figuras más eficaces y más definidas en cuanto a su naturaleza y efectos. Junto a las Posiciones Comunes y Convenios, que se mantienen, el revisado artículo K.6 crea y define, en su párrafo segundo, letra b), las Decisiones marco, que siguen el modelo de las Directivas comunitarias del art. 189 del Tratado de Roma, aunque, a diferencia de ellas, carecen de efecto directo:

«El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: (...)

b) *adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. No tendrán efecto directo».*

Sin embargo, la diferente naturaleza de la Comunidad Europea y de este nuevo Tercer Pilar sobre *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal*, supranacional la primera e intergubernamental el segundo, puede suponer que lo que es constitucionalmente válido en un caso no lo sea en el otro. Pese a su similitud estructural con las Directivas, el dato que debe retenerse para decidir si el artículo 93 de la Constitución proporciona base interna suficiente para estas Decisiones marco es determinar a quién atribuye el Tratado de Amsterdam la competencia para adoptarlas, si a una entidad supranacional, como en el caso de las Directivas, o a los propios Estados miembros. Pues bien, de los artículos A, E y L, y del Título VI, del TUE resulta que la *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal*, en cuyo ámbito pueden dictarse las Decisiones marco, *no es una organización de carácter supranacional* en el sentido del artículo 93 de la Constitución, ya que no existe cesión o transferencia de competencias desde los Estados hacia un sujeto de Derecho internacional distinto, como sí sucede en el caso de la Comunidad Europea. El artículo K.1 señala que los objetivos de la Unión se realizarán elaborando una acción en común *entre los Estados miembros* en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal, repitiéndose las alusiones a los Estados en los preceptos siguientes (arts. K.2, K.3 y K.6, párrafo primero). Y si bien la toma de decisiones corresponde al Consejo, éste lo hace *por unanimidad* y sin intervención vinculante de ninguna otra institución. Falta además el dato crucial de la *personalidad jurídica*, que no se reconoce ni a esta forma de cooperación en el Título VI del TUE ni a la Unión en su conjunto en el artículo A (37).

(37) A la inexistencia de una entidad distinta de los Estados no obsta que el Tratado de Amsterdam haya aproximado los esquemas decisorios de este Tercer Pilar a los comunitarios. El derecho de iniciativa de la Comisión, extendido ahora a todos los ámbitos de esta cooperación, es compartido con los Estados (art. K.6, párrafo segundo) y no goza del mismo peso en este foro que el que tiene en el proceso decisorio comunitario a tenor del artículo 189 A del Tratado de Roma. El Parlamento Europeo debe ser consultado por el Consejo para la aprobación de Posiciones Comunes, Decisiones marco y Decisiones, pero su dictamen no es vinculante (art. K.11, párrafo primero). Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia (art. K.7) son más débiles que las previstas en el TCE: no existe recurso por incumplimiento, ni por omisión, ni por responsabilidad extracontractual y la cuestión prejudicial queda condicionada a que los Estados emitan una declaración aceptando la competencia del Tribunal de Justicia (apartados 2 y 3 del art. K.7); más bien,

Si el artículo 93 de la Constitución autoriza, pues, *a una organización o institución supranacional* para adoptar normas o medidas que, como las Directivas comunitarias, impliquen cambios en la legislación interna española, es dudoso que ofrezca sustento a las Decisiones marco, puesto que éstas no son elaboradas por una organización supranacional autónoma, sino *por los propios Estados* reunidos en el ámbito de la *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* del nuevo Título VI del TUE. Este último elemento de la ausencia de una organización supranacional supone que las Decisiones marco del artículo K.6.2.b) constituyen en realidad Convenios o Tratados en forma simplificada, independientemente de su denominación particular, como indica el que sean adoptadas por Estados, sean vinculantes para éstos y no pertenezcan al ordenamiento jurídico comunitario. Generan, pues, compromisos en el sentido clásico del Derecho Internacional General y su incumplimiento daría lugar a responsabilidad internacional, exigible por los mecanismos también clásicos, al no existir, según se ha visto, procedimientos como los comunitarios que permitan al Tribunal de Justicia imponer a los Estados la ejecución de sus resoluciones en ejercicio de las competencias que le reconoce el nuevo artículo K.7. Significa todo ello, en resumen, que las Decisiones marco escapan del ámbito de aplicación del artículo 93 de la Constitución, si bien ello no implica inexorablemente la inconstitucionalidad de este nuevo artículo K.6.2.b) del TUE.

El encuadre constitucional de las Decisiones marco debería buscarse entonces en el artículo 94.1.e), «*Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución*». También, por sus potenciales repercusiones sobre los derechos individuales, en el artículo 94.1.c), «*Tratados o convenios que afecten (...) a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I*». Puesto que desde el Acta Única Europea se viene aceptando que el artículo 93 sea la vía constitucional para la ratificación por España de Tratados con componentes tanto supranacionales como intergubernamentales, nada habría que oponer a que dicha vía se emplee también con el Tratado de Amsterdam. Pero ello no sustrairía a las Decisiones marco del artículo 94.1 de la Constitución, puesto que no pertenecen al ordenamiento de una institución u organización supranacional como es la Comunidad, sino que son normas elaboradas por los propios Estados al igual que los Tratados o Convenios internacionales clásicos. En otros términos, parece que la ratificación del Tratado de Amsterdam por el procedimiento del artículo 93 no au-

podrían compararse a las de otras jurisdicciones de carácter internacional (por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), al no preverse en este nuevo Título VI del TUE procedimientos comparables a los regulados en los artículos 171.2 y 176 del TCE para garantizar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal.

toriza al Ministro español de Justicia o Interior a votar en el Consejo, sin la previa autorización de las Cortes *ex* artículo 94.1, la aprobación de una Decisión marco cuando ésta obligue a modificaciones legislativas o cuando, por su propio contenido, afecte a los derechos y deberes fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución. Y ello porque un Tratado ratificado conforme al artículo 93 ha de respetar las restantes disposiciones constitucionales, según señaló el Tribunal Constitucional en la Declaración sobre el TUE, lo que incluye también al artículo 94.1. Tampoco sería constitucionalmente posible el voto del Ministro español en el Consejo y una confirmación parlamentaria posterior, puesto que ello supondría, en realidad, una nueva modalidad de celebración de Tratados, distinta de las tres ya previstas en los artículos 93 y 94, y carente, por ello, de sustento en precepto alguno de la Norma Fundamental. Por otro lado, el dato de la carencia de efecto directo de las Decisiones marco no es relevante, puesto que esa ausencia de eficacia directa es la regla general en los Tratados o Convenios clásicos, y ello no los dispensa de modo genérico, sino tal vez todo lo contrario, del requisito de la previa autorización parlamentaria cuando concurran los supuestos contemplados en el artículo 94.1.

Ahora bien, desde la otra perspectiva, la del Tratado de Amsterdam, el citado nuevo artículo K.6.2.b) no subordina la aprobación de las Decisiones marco por el Consejo a las normas constitucionales internas de los Estados. ¿Implica este silencio la prohibición de que el legislativo español intervenga cuando se den las condiciones del artículo 94.1 de la Constitución? La respuesta parece afirmativa, ya que en otros lugares los Tratados remiten expresamente a las normas constitucionales de los Estados miembros para la adopción de determinadas medidas (significativamente dentro del mismo Título, el artículo K.14 para el llamado «procedimiento de pasarela»; el nuevo artículo J.7.1 para las cuestiones de defensa y las relaciones con la UEO, etc.), y tampoco se prevé en el precepto la intervención posterior de los Parlamentos nacionales, como sí lo hace, según quedó dicho, el artículo J.14 para los nuevos Acuerdos internacionales en el marco de la *PESC*. Si tal fuera la conclusión, la relativa inadecuación del artículo 93 del texto constitucional y, sobre todo, del artículo 94, aconsejaría una revisión para adaptarlos a la configuración de estas Decisiones marco con el fin de evitar así hipotéticos pronunciamientos futuros de inconstitucionalidad del Tratado. Por el contrario, si se estima que el Tratado de Amsterdam no impide la intervención de las Cortes Generales para la adopción de las Decisiones marco cuando venga impuesta por la Constitución española, la reforma no sería obligada, pero sí tal vez conveniente, a la vista del riesgo de bloqueo, tanto en la Unión como en el propio legislativo español, que conllevaría el mantenimiento del *statu quo* constitucional en estos temas.

Esta eventual inadaptación de las estructuras internas a las nuevas exigen-

cias del Tratado de Amsterdam resultaría explicable tanto por el carácter evolutivo de la integración europea, como por la ya cierta «edad» de la Constitución: hace veinte años no era fácil prever que convivirían junto a las Comunidades Europeas nuevas formas de cooperación intergubernamental entre los Estados miembros en el marco de una más amplia Unión Europea. Tampoco se preveía cercano el horizonte de una mayor integración política europea, como lo atestigua el hecho de que los nuevos derechos —típicamente políticos— de sufragio incluidos en el Tratado de Maastricht hayan desencadenado una revisión constitucional.

3.5. *El artículo 14 de la Constitución y las nuevas disposiciones del Tratado de Amsterdam sobre igualdad entre hombre y mujer.*
La doctrina APESCO

Dentro del proceso de relativa «constitucionalización» de los derechos fundamentales en el marco de la Unión y especialmente dentro de la Comunidad, sobresalen las nuevas disposiciones sobre igualdad o prohibición de discriminaciones entre hombre y mujer. La nueva redacción del artículo 2 del TCE ubica dicho principio, al más alto nivel, entre los grandes objetivos de la acción comunitaria. No puede hablarse, en cambio, de una nueva competencia, pues el nuevo apartado segundo del artículo 3 lo configura más bien como objetivo o parámetro a tener en cuenta en las políticas o acciones ya existentes, enumeradas en el párrafo primero (agricultura, transportes, mercado interior, competencia, etc.) (38).

Poniendo fin a la anterior exclusión británica, el Tratado de Amsterdam reincorpora el anterior Protocolo con el Acuerdo sobre Política Social al TCE. Como consecuencia, el nuevo artículo 118 del Tratado de Roma contempla en su apartado primero una intervención complementaria de la Comunidad respecto a la acción de los Estados de cara a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer en el mercado laboral, mientras que el artículo 119.3 autoriza la adopción de medidas comunitarias para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluyendo el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo, o para un trabajo de igual valor.

De estas disposiciones no resulta claro que el Tratado de Amsterdam innova respecto a la situación anterior en cuanto a que la Comunidad pueda a partir

(38) Artículo 3.2 del TCE: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

de ahora emprender acciones de discriminación positiva en favor de la mujer. El apartado 4 del nuevo artículo 119 señala que el mencionado principio de igualdad de trato no impedirá a ningún *Estado* mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales; si esta posibilidad de medidas de discriminación positiva se reconoce sólo a los Estados, *sensu contrario* no se reconoce a la Comunidad, máxime cuando ningún otro precepto alude a tal posibilidad.

Desde la óptica constitucional, es relevante señalar que el Tratado de Amsterdam no comporta cesión de competencias del Estado español en beneficio de la Comunidad en materia de igualdad entre el hombre y la mujer. Por un lado, el apartado segundo del artículo 3 del TCE se limita ahora a contemplarla como un parámetro u objetivo a alcanzar *dentro de las políticas y acciones comunitarias ya existentes* enumeradas en el apartado primero del mismo precepto, y no como un nuevo título competencial. Significa ello, también, que toda medida que se adopte por la Comunidad en estos terrenos tiene como único canon de validez al propio Tratado de Roma y los derechos fundamentales, tal y como se reconocen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes (art. F.2 del TUE), cuya apreciación corresponde, por cierto, al Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Por otro lado, los citados nuevos artículos 118 y 119 no son sino reproducción de los correspondientes preceptos del anterior Protocolo con el Acuerdo sobre Política Social anejo al Tratado de Maastricht, el cual ya había previsto este mismo tipo de acciones comunitarias «a once» («a catorce» tras la ampliación de 1995), y que ahora se integra en el Tratado de la Comunidad por la aceptación del Reino Unido. Dicho de modo gráfico, sólo este último país cede competencias en estos terrenos; el nuestro ya lo hizo en 1992 mediante el citado Protocolo y Acuerdo, sin que la inclusión de los mismos en el cuerpo del Tratado de Roma suponga alteración alguna en este sentido.

Por último, debe resaltarse que el artículo 14 de la Constitución puede jugar algún papel en estos terrenos. De entrada, ya se ha visto que el Tratado de Amsterdam sólo contempla una competencia complementaria de la Comunidad, de modo que los Estados mantienen aún amplias facultades sobre promoción de la igualdad hombre-mujer en el ámbito socio-laboral; en el ejercicio de tales atribuciones, los poderes públicos españoles continúan sometidos a las reglas internas, particularmente, el artículo 14 de la Constitución sobre igualdad. Se ha visto también que el Tratado no excluye medidas estatales de discriminación positiva en el mundo del trabajo, lo que en España supone la plena virtualidad, nuevamente, del artículo 14 del Texto Constitucional y de toda la construcción jurisprudencial sobre discriminación inversa. Finalmen-

te, las medidas de ejecución que haya de adoptar el Estado español para el cumplimiento de las obligaciones fijadas en las decisiones comunitarias quedan, según quedó claro en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso APESCO, sometidas a las reglas y parámetros internos de validez, lo que aquí incluye, otra vez, al artículo 14 de la Constitución y determina la disponibilidad del recurso de amparo en el caso de vulneración de tal precepto, si bien las normas comunitarias valdrán como canon interpretativo del mismo, en virtud del artículo 10.2 del Texto Fundamental:

«En conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE.

(...) La cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9.1 CE)» (39).

3.6. *El Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Aspectos constitucionales*

Durante los últimos años, la apertura gradual de fronteras propiciada por el mercado interior ha situado al derecho de asilo en el foco de atención de los Estados miembros. Aunque las principales medidas armonizadoras se han referido a los nacionales de terceros Estados, también se han adoptado otras sobre asilo a ciudadanos comunitarios (40), tendentes estas últimas a acelerar los procedimientos nacionales bajo la consideración de que *«no debería haber motivo ni de hecho ni de derecho, dentro del cumplimiento de la Convención de*

(39) STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ. 4.

(40) Acerca del debate sobre la desaparición del derecho de asilo para nacionales de los Estados miembros con anterioridad al Tratado de Amsterdam e incluso a la Conferencia Intergubernamental de 1996, cfr. F. J. CARRERA HERNÁNDEZ, «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 3, 1995, págs. 837-858.

Ginebra de 1951, de reconocer el estatuto de refugiado a un solicitante de asilo nacional de otro Estado miembro» (41).

El nuevo Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros que incorpora el Tratado de Amsterdam es fruto de un compromiso de mínimos alcanzado a última hora a partir de la propuesta inicial del actual Gobierno español, heredada del anterior, de suprimir totalmente dicho derecho para ciudadanos comunitarios. La postura española partía de que los Estados miembros de la UE respetan los derechos y libertades fundamentales y los principios básicos de la democracia y el Estado de Derecho, por lo que el asilo entre sus nacionales resulta innecesario (42).

Ya en la Conferencia Intergubernamental, España propuso añadir el siguiente párrafo al artículo 8 del TCE: *«Todo ciudadano de la Unión será considerado, a todos los efectos legales y judiciales relacionados con la concesión del estatuto de refugiado y cuestiones de asilo, como nacional del Estado miembro ante el que solicita el asilo. En consecuencia, ningún Estado de la Unión admitirá a trámite una petición de asilo o refugio formulada por un nacional de otro Estado de la Unión»*. Poco después, el Consejo Europeo de Dublín de 12 y 13 de diciembre de 1996 parecía confirmar las tesis españolas, al incluir en las Conclusiones de la Presidencia las siguientes afirmaciones: *«El Consejo Europeo pide a la Conferencia [Intergubernamental] que desarrolle la importante propuesta de modificar los Tratados para establecer como un principio claro que ningún ciudadano de un Estado miembro de la Unión pueda solicitar asilo en otro Estado miembro, teniendo en cuenta los Tratados internacionales»*. Se trataría, por otra parte, de una supresión o limitación del derecho en la línea de lo establecido en el nuevo artículo 16.a) de la Ley Fundamental de Bonn, añadido tras la reforma de 28 de junio de 1993, el cual niega en su párrafo segundo el reconocimiento del derecho de asilo en Alemania a quienes entren procedentes de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

De haber prosperado esta propuesta, se habría prolongado el incipiente debate surgido acerca de si la supresión del asilo a nacionales de los Estados miembros obligaba a revisar el artículo 13.4 de la Constitución, cosa a la que el

(41) Apdo. 20 de la Resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo, adoptada por el Consejo en el marco de la *Cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior* de la UE el 20 de junio de 1995, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 274, de 19 de septiembre de 1996.

(42) Sobre la postura de los sucesivos Gobiernos y sus motivaciones, véase *El País*, de 23 de abril de 1997, pág. 21: «La supresión del asilo en la UE fue propuesta por el Gobierno del PSOE y asumida por Aznar.»

Ministro de Asuntos Exteriores se había mostrado en un primer momento favorable. No hubo lugar, sin embargo, a tal debate, puesto que, en contra de lo que inicialmente pudo parecer, la cuestión se encontró con el fuerte rechazo de varios Estados miembros (Finlandia, Austria, Dinamarca, Suecia, Bélgica, Francia, Grecia y Reino Unido), así como también del ACNUR, Amnistía Internacional y otras asociaciones y movimientos humanitarios (43). Ante ello, España hubo de renunciar a incluir estas cuestiones en el Tratado, y presentó a la Presidencia holandesa en mayo de 1997 un proyecto de Protocolo en el que ya no desaparecía el asilo, sino que contemplaba su reducción a tres supuestos: cuando el Estado miembro del que es nacional el demandante de asilo ha suspendido los derechos fundamentales en su territorio, cuando se haya suspendido a ese mismo Estado de alguno de los derechos en el Tratado con arreglo al procedimiento del artículo F.1 del TUE, o cuando lo decida el Estado ante el que se formaliza la solicitud, pero en este caso bajo el control del Consejo (44.)

Tras un nuevo rechazo por parte de varios Estados por entender que el tercer supuesto «politizaría» el asilo, la versión final del Protocolo no impide absolutamente la concesión de dicho derecho a los nacionales de los Estados miembros. Éstos se reconocen mutuamente como países de origen seguros, y prevén los siguientes supuestos de concesión de asilo a sus respectivos ciudadanos: cuando se hayan suspendido los derechos fundamentales en el país de procedencia, cuando éste haya sido sometido al nuevo procedimiento comunitario por vulneración de los principios esenciales de la democracia o el Estado de Derecho, o bien —y aquí se abre la puerta a la mayor discrecionalidad— cuando el Estado miembro de acogida decida tramitar unilateralmente la solicitud, aunque se establece en tal caso la presunción de que la solicitud es manifiestamente infundada, así como la obligación de que dicho Estado informe inmediatamente al Consejo. Desde la perspectiva española, el Protocolo soslaya el posible problema de constitucionalidad porque no entraña directa y automáticamente la desaparición del asilo para nacionales de los Estados miembros. A tenor del último supuesto previsto, un Estado conserva toda su capacidad de decisión al respecto, imponiéndosele tan sólo la presunción —*iuris tantum*— de que la solicitud presentada por un ciudadano de otro Estado miembro es manifiestamente infundada, pero dejando margen para que el solicitante pueda demostrar —y el Estado pueda aceptar— que concurren los requisitos exigidos para la concesión del derecho. La supresión o no del asilo

(43) A este respecto, cfr. F. MARINO MENÉNDEZ, «El régimen del asilo en el Tratado de Amsterdam», en M. OREJA AGUIRRE, *El Tratado de Amsterdam...*, cit., vol. 1, págs. 286-287.

(44) MARINO MENÉNDEZ, *op. loc. cit.*; véase también *El País*, 22 de abril de 1997, pág. 5: «España pierde la batalla para eliminar el derecho de asilo entre los países de la UE».

queda con ello referida a las propias normas constitucionales y legales de los Estados; en el caso de España, tal cosa implica que quedan intactas las disposiciones internas aplicables, las cuales, por cierto, no contemplan entre los supuestos de inadmisión a trámite de las demandas de asilo el que procedan de nacionales de otros Estados miembros (art. 5.6 de la Ley reguladora del derecho de asilo). En Alemania, por ejemplo, es el artículo 16a).2 de la Ley Fundamental de Bonn, y no el mencionado Protocolo, el que suprime el asilo para ciudadanos de los Estados miembros de la UE.

4. CONCLUSIÓN: ¿REFORMAR LA CONSTITUCIÓN?

A lo largo de las páginas anteriores se han considerado singularizadamente determinados aspectos del Tratado de Amsterdam que podrían demandar algún ajuste constitucional. Es principalmente el caso, según se vio, de las Decisiones marco del nuevo artículo K.6.2b) del TUE, el cual podría no concordar bien con la exigencia de previa autorización parlamentaria a normas internacionales que se desprende del artículo 94.1 de la Norma Fundamental (45). En cuanto a la posibilidad de celebración de Acuerdos internacionales en el marco de la *PESC*, la eventual contradicción podría salvarse entendiendo que la remisión a los procedimientos internos de ratificación en el nuevo artículo J.14 del TUE es obligada para el Gobierno español, aunque no en virtud del Tratado, sino de la propia Constitución (46).

A estos retoques puntuales tal vez habría que añadir otros de mayor alcance, cuya raíz se remonta al Tratado de Maastricht, o mejor, a la Declaración del Tribunal Constitucional sobre el mismo. Como es sabido, el Tribunal estimó incompatible con la Constitución el derecho de sufragio pasivo de ciudadanos comunitarios en elecciones locales por estar reservado dicho derecho a los españoles en la versión original del artículo 13.2 de la Norma Fundamental. La lógica subyacente a dicho razonamiento del Alto Tribunal, para algunos, podría comportar la inconstitucionalidad (¿sobrevenida?) de todas aquellas disposiciones comunitarias que extienden a los nacionales de los demás Estados miembros derechos constitucionalmente reservados a los españoles, o bien les reconocen otros de contenido similar. Así podría ocurrir con el acceso a la función pública (47) (art. 48 del TCE frente a los arts. 13.2 y 23.2 de la Constitución) o, más ampliamente, con los derechos de libre circulación y residencia

(45) Cfr. *supra*, apdo. 3.4.3.

(46) Apdo. 3.3.3.

(47) R. ALONSO GARCÍA, «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública comunitaria por los ciudadanos comunitarios», *Revista Española de De-*

[arts. 3.c), 7 A, 8 A, 48.3, 52, 59 y 100 del TCE, en relación con el art. 19 de la Constitución], o incluso con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 6 del TCE frente al art. 14 de la Constitución) (48).

Esta eventual inconstitucionalidad del Tratado de Maastricht —o del Derecho comunitario entero— podría «contagiar» por conexión a determinadas disposiciones del Tratado de Amsterdam, más arriba consideradas en sí mismas como no opuestas a los imperativos de la Norma Fundamental. El ejemplo más claro sería el nuevo Título III bis de la Tercera Parte del Tratado de Roma, con nuevas competencias comunitarias sobre entrada y circulación de personas. Aisladamente consideradas, parece que estas disposiciones no excederían de lo asumible mediante el artículo 93 (49); pero podrían reputarse inconstitucionales en la medida en que también pudieran serlo los derechos de libre circulación de personas y residencia derivados tanto de la Ciudadanía de la Unión como del Mercado interior, derechos de los cuales estas nuevas disposiciones son complemento y corolario. Si estas consideraciones resultasen atendibles, apuntarían, asimismo, a la necesidad de un cierto reajuste de la Norma Fundamental; por ejemplo, como se ha sugerido (50), en el sentido de constitucionalizar la Ciudadanía de la Unión.

recho Administrativo, núm. 76, 1992, págs. 599-614. Apurando el razonamiento seguido en la Declaración del Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Maastricht, entiende este autor, en síntesis, que el artículo 13.2 de la Constitución no sólo prohibiría la titularidad del derecho de sufragio pasivo por extranjeros, sino también del resto de derechos del artículo 23 (salvo el de sufragio activo, desde los inicios sustraído a tal prohibición por el propio constituyente), lo que motivaría, por tanto, la inconstitucionalidad de las disposiciones del Tratado de Roma sobre la libertad de circulación de trabajadores respecto a los empleos en la Administración Pública.

(48) A. MANGAS MARTÍN, «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, 2, 1992, págs. 381-393. Se reprocha al Tribunal Constitucional no haber entendido el sentido de equiparación entre nacionales de los Estados miembros que comporta la ciudadanía europea, y haberla incluido en la categoría del extranjero. Como consecuencia, entiende esta autora que de «la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en esta Declaración de 1 de julio de 1992 al artículo 13.2, sin permitir el juego de la institución de la ciudadanía de la Unión y del artículo 93 de la Constitución, resulta que el artículo 48.4 CEE (o del TCE) es incompatible con los artículos 13 y 23 de la Constitución (lo mismo le sucedería al artículo 19 de la CE con los artículos 8 A y 48 TCE)» (*op. cit.*, pág. 390; cursiva añadida).

(49) Cfr. apdo. 3.4.2.

(50) Para A. MANGAS, una adecuada comprensión del artículo 93 habría evitado revisar el artículo 13.2 de la Constitución. Pero, decidida la reforma, ésta no debería haber consistido en la adición de los términos «y pasivo», sino en la inclusión de una referencia expresa a la ciudadanía de la Unión, matizando la regla general sobre la extranjería como condición de titularidad o ejercicio de los derechos («La declaración...», *op. cit.*, pág. 389).

Junto a este enfoque de mínimos, que abogaría por retoques constitucionales sobre aspectos puntuales y de alcance limitado, otro más ambicioso llevaría a constitucionalizar la Unión Europea en una reforma que añadiría referencias expresas a aquélla en la Norma Fundamental, en la línea de las recientes modificaciones constitucionales en Alemania, Francia y Portugal con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht (51). Varias razones podrían aconsejar la apertura de un debate más detenido sobre esta cuestión. Por un lado, la Declaración del Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Maastricht se limitó únicamente a enjuiciar la adecuación de éste al artículo 13.2 de la Constitución a propósito del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios en elecciones locales, pero dejó imprejuizada la cuestión esencial de la compatibilidad del Tratado con la Norma Fundamental en su conjunto (52). Si se aceptara la anteriormente citada inconstitucionalidad sobrevenida del Derecho comunitario por razón de la doctrina sentada en la Declaración del Alto Tribunal sobre el Tratado de Maastricht, la cuestión podría quedar convalidada mediante la constitucionalización expresa de la Unión y/o la Comunidad Europea. No impediría dicho efecto validante el que se trate de una sanación *a posteriori*, puesto que la reforma constitucional también sería obligada, si no se quiere optar por la denuncia, si el Tratado llegara a ser declarado incompatible con la Norma constitucional por las vías ordinarias de control de constitucionalidad.

Otro argumento que se ha barajado en favor de la constitucionalización de la Unión Europea consiste en afirmar que la integración está conduciendo a una auténtica mutación constitucional incontrolable desde los propios Estados, de suerte que el mejor modo de mantenerse como entidades soberanas sería consentir de forma general y expresa en las respectivas Constituciones a la participación en la UE. No sólo los Tratados, sino también el desarrollo ordinario y cotidiano de las competencias cedidas por las instituciones comunitarias están modificando progresivamente las reglas constitucionales de una manera difícilmente controlable por los guardianes de la Constitución. Puesto que la soberanía admite limitaciones o pérdida de atribuciones cuando éstas son consentidas, lo que resta a los Estados es aceptar expresamente esas innovaciones

(51) Una crónica del accidentado proceso de ratificación del TUE, y de las reformas constitucionales registradas en varios de los Estados miembros, incluido el nuestro, figura en P. PÉREZ TREMP, «Las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del Tratado de Maastricht en el Derecho comparado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico núm. 18, 1994, págs. 51-85. Asimismo, véase J. RIDEAU, «Les procédures de ratification du traité sur l'Union européenne», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 12, 1992, págs. 611-641.

(52) Véase en este sentido, y en general, sobre una reforma tendente a constitucionalizar la Unión Europea, P. PÉREZ TREMP, «El Tratado de Amsterdam y la Constitución española», *El País*, 5 de marzo de 1998, pág. 12.

con carácter general, mediante cláusulas de constitucionalización de la Unión y/o la Comunidad Europea similares al nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, o el nuevo Título XIV de la Constitución francesa (53).

Por otro lado, el artículo 93 de la Constitución no se adapta bien a la nueva dinámica de la construcción europea que, con el precedente de la Cooperación Política establecida en el Acta Única, ha abierto el Tratado de Maastricht. Como es sabido, la Unión Europea es hoy por hoy una realidad más amplia que las Comunidades Europeas: aun permaneciendo éstas como núcleo fundamental del proceso en tanto que organizaciones de integración, conviven junto a ellas, dentro de la propia Unión, mecanismos de cooperación intergubernamental —o al menos, no inspirados en técnicas de carácter supranacional—, cuales son la *PESC* y el Tercer Pilar sobre asuntos de seguridad y justicia. Nueva dinámica que, lejos de desaparecer, parece que marcará el futuro próximo, en una Unión ampliada a veinte o treinta Estados, habida cuenta de que ya varios de sus actuales miembros —y probablemente algunos de los futuros— se muestran reacios a ceder soberanía: tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Dinamarca, Suecia y, contrastando con su actitud inicial en los momentos fundacionales de las Comunidades, incluso de Francia. El artículo 93 de la Constitución está configurado para abrir paso a la participación española en organizaciones basadas *exclusivamente* en fórmulas de integración; no lo está, en cambio, para organizaciones o foros que conjuguen integración con cooperación, tal y como sucede ahora en la UE, por la sencilla razón de que tal fenómeno no existía —o al menos no formalmente, en los textos de los Tratados— en la Europa que el constituyente tenía a la vista en 1978. Esta nueva situación no ha generado problemas de constitucionalidad en el pasado, pero parece plantearlos en el momento presente, con las disposiciones del Tratado de Amsterdam sobre el Tercer Pilar intergubernamental (concretamente, según quedó dicho, con las nuevas Decisiones marco), y, lo que es de mayor trascendencia, puede provocarlos en el futuro, con ocasión de nuevas reformas de la Unión. Tales dificultades podrían quedar allanadas mediante una adecuada modificación de las disposiciones constitucionales, en los términos que se expondrán más adelante.

También razones políticas e incluso simbólicas pueden aconsejar la reforma. Tras más de doce años de participación española en la integración europea, y a la vista de que ésta se extiende progresivamente a ámbitos cada vez más relevantes de la acción estatal e incrementa de modo gradual sus repercusiones

(53) La propuesta, así como toda la argumentación que la sustenta y que se ha tratado de sintetizar, es de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993, págs. 54-63.

sobre el juego institucional interno y aun directamente sobre los propios ciudadanos, tal vez haya que considerar llegado el momento de incluir en la Constitución una referencia expresa a la Unión Europea. Pese al cierto sigilo institucional e informativo perceptible en esta ocasión, frente a la notoriedad que alcanzó el Tratado de Maastricht, la ratificación del Tratado de Amsterdam puede ser una buena oportunidad para plantear el necesario debate constitucional sobre qué actitud queremos mantener hacia la integración europea, si queremos someterla a límites, y cuáles han de ser éstos. El actual artículo 93 de la Constitución quizá resulte, a estas alturas, excesivamente «inexpresivo»: no menciona a las Comunidades, ni a la Unión, ni siquiera a la integración europea. Y esa indefinición abarca al que quizá sea el principal problema, el de los *límites*, lo que ha motivado la elaboración de varias construcciones teóricas en busca de unas restricciones *inmanentes* al poder de integración del artículo 93 (54). Sin embargo, la variedad de tales construcciones, coincidentes en cuanto a la delimitación de un *noyau dur* de valores y principios constitucionales como barrera al poder de integración, pero divergentes en cuanto al contenido concreto de ese núcleo, quizá apunten a la necesidad de concretar y positivizar dichos límites en el propio texto constitucional, aportando así mayor grado de seguridad jurídica.

¿Modelos para una eventual revisión constitucional? La experiencia comparada dentro de la propia UE ofrece varios: desde Constituciones que no contienen referencias específicas a la integración (Italia, aunque en trance de reforma para subsanar tal omisión), hasta aquellos en que la autorización para los Tratados de adhesión y reforma de las Comunidades o la UE debe otorgarla el propio constituyente (Irlanda); en otros países, los Tratados de integración quedan equiparados a la reforma constitucional o requieren las mismas mayorías

(54) Alusiones a las distintas teorías barajadas al respecto, junto con una visión propia del tema, figura en P. PÉREZ TREMPs, *Constitución española y Comunidad Europea*, cit., págs. 65 y sigs. También, y acudiendo a la experiencia constitucional alemana, A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, cit., págs. 313 y sigs. De entre ellas, resulta llamativa, aunque carente de apoyo positivo expreso en disposición constitucional alguna, la tesis de J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, para quien no podrían autorizarse cesiones de soberanía que afecten a cuestiones cuya reforma constitucional ha de hacerse por el procedimiento agravado (cfr. «Los Tratados Internacionales y los controles de constitucionalidad», en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. III, págs. 2378 y sigs.); tesis posteriormente asumida por el Consejo de Estado en sendos dictámenes formulados con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht (Dictámenes 850/1991, *Consejo de Estado. Recopilación de Doctrina Legal 1991*, págs. 12-20, y 421/1992, *Consejo de Estado. Recopilación de Doctrina Legal 1992*, págs. 2-10), pero rechazada por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 sobre el mismo Tratado, al afirmar éste, según se vio, que la Constitución sólo puede ser reformada por los cauces previstos en su Título X.

que las necesarias para ésta (Holanda), o bien exigen mayorías parlamentarias muy elevadas y/o intervención popular mediante referéndum (Dinamarca). Con ocasión del Tratado de Maastricht, los dos Estados motores de la integración, Francia y Alemania, emprendieron sendos procesos de reforma dirigidos precisamente a constitucionalizar la Unión.

En Francia (55), la Ley constitucional 92-554, de 25 de junio de 1992, añadió un nuevo Título XIV («*De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea*», arts. 88-1, 88-2, 88-3 y 88-4), del que cabe destacar la alusión expresa a la participación francesa en las Comunidades y la Unión (art. 88-1), y sobre todo, la limitación de la cesión de soberanía a los ámbitos de la unión económica y monetaria y las normas sobre paso de las fronteras exteriores con arreglo a las modalidades previstas en el Tratado de Maastricht (art. 88-2). Se reconoce también el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión en elecciones municipales, si bien con ciertas restricciones derivadas de la soberanía (art. 88-3), y se prevé la participación del Parlamento nacional en actos comunitarios de naturaleza legislativa (art. 88-4).

Respecto a Alemania, pese a que el artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn, muy similar al artículo 93 de la Constitución española, podía considerarse jurídicamente base suficiente para la integración, razones de política constitucional movieron a incluir un denominado «artículo Europa», el nuevo artículo 23, en el que se constitucionaliza la participación alemana en la Unión y en la Comunidad Europeas, pero se fijan los límites a la misma (56). Dichos límites quedan configurados, de manera muy distinta al caso francés, en términos amplios que no plantean *a priori* el riesgo de constantes revisiones constitucionales para cada nuevo Tratado de integración, y en el que las opciones constitucionales básicas y las cláusulas de intangibilidad se erigen en barreras a la integración:

(55) Sobre la reforma constitucional francesa, junto con una sistematización de la doctrina del Consejo Constitucional acerca de los límites impuestos por la soberanía a la integración europea, C. GREWE, «La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 11, 1992, págs. 413-438.

(56) Acerca de este nuevo precepto constitucional, véase M. BACIGALUPO, «El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, págs. 161-192. También W. VON SIMSON y J. SCHWARZE, «Integración europea y Ley Fundamental», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (ed. A. LÓPEZ PINA), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, págs. 17-81, y la abundante bibliografía germana allí citada.

«(1) En orden a la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania coopera en el desarrollo de la Unión Europea, que deberá ajustarse a los principios del Estado democrático, de derecho, social y federal así como al principio de subsidiariedad y garantizar una tutela de los derechos fundamentales equivalente en sus líneas esenciales a la dispensada por esta Ley Fundamental. A tal efecto la Federación podrá transferir derechos de soberanía por la vía de una ley de las que requieren la aprobación del Consejo Federal. Lo establecido en los apartados segundo y tercero del artículo 79 [aprobación de leyes de reforma constitucional por dos tercios de la Dieta Federal y el Consejo Federal e intangibilidad de la organización federal de Alemania, de la participación de los Länder en la legislación, de la dignidad humana y los derechos fundamentales, y del principio democrático] será de aplicación en lo relativo a la fundación de la Unión Europea así como las modificaciones de los tratados constitutivos y demás normativas equiparables que supongan en sí mismas una alteración o complemento de los contenidos de esta Ley Fundamental o posibiliten que ello se lleve a cabo».

La posterior Sentencia del Tribunal del Karlsruhe de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht (57) ha profundizado sobre el sentido del principio democrático y de la permanencia de la «estatalidad» (*Staatlichkeit*) de Alemania como límites a la integración.

Las reformas francesa y alemana ofrecen términos de referencia para un eventual debate de revisión constitucional en España, aunque las categorías y conceptos no deben trasladarse de manera automática, habida cuenta de las distintas realidades políticas y jurídicas de los países. En España, el grado de consenso entre las fuerzas políticas sobre la integración europea es superior al existente en Francia, y distinta es también la concepción de la soberanía en ambos Estados. Respecto a Alemania, similitudes aparte, no hay en la Constitución española cláusulas de intangibilidad como la del artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn, lo que sin duda cambia los condicionantes a la integración (en España, todo es reformable en la Constitución, aunque los procedimientos sean más o menos gravosos en función de las materias).

La excesiva rigidez del modelo francés haga quizá más aconsejable el ejemplo alemán, aunque adaptándolo a las señas de identidad de nuestro propio sistema, si bien ambas experiencias comparadas coinciden en cuanto a la constitucionalización de la integración europea. Podría ser objeto de reflexión la

(57) Sobre esta decisión del Tribunal Constitucional Federal, véase, entre otros, T. STEIN, «La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, págs. 745-769. Una traducción de la Sentencia puede encontrarse en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 3, 1993, págs. 975-1030.

necesidad de aludir expresamente no sólo a las Comunidades, sino también a la Unión, en tanto que concepto más amplio, al estilo del caso francés. Con ello, se extendería la cobertura constitucional a los pilares intergubernamentales de la UE, los cuales, lejos de desaparecer en un futuro próximo, podrían incluso incrementarse con uno nuevo sobre defensa. Mediante este expediente, quedarían resueltos, por ejemplo, los eventuales problemas derivados del régimen de aprobación de las Decisiones marco del Tercer Pilar anteriormente expuestos.

Junto a ello, tal vez resultara oportuno regular de manera expresa el tema de los límites a la integración. De ese modo no sería necesaria la inferencia de los mismos mediante elaboraciones que, aunque respondan a interpretaciones sistemáticas jurídicamente admisibles, carecen del apoyo expreso de un precepto constitucional concreto, con lo que se incrementaría el grado de seguridad jurídica. No obstante, dichos límites han de ser amplios y en buena medida abstractos, a la vista de que se trata, en suma, de un problema de compatibilidad general entre ordenamientos, y de que la integración es un fenómeno complejo y cambiante. Restricciones semejantes a las del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn podrían juzgarse tal vez más procedentes que las francesas: equivalencia en la protección de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico comunitario, respeto de los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho, respeto al modelo español de organización territorial. Limitaciones materiales y procedimentales a las transferencias de competencias al estilo francés entrañarían, en cambio, el riesgo de constantes reformas que tampoco parecen deseables por la necesaria estabilidad constitucional.

Además del tema de los límites, cabría plantearse la adición de otros contenidos derivados de la propia experiencia constitucional española. La deficiente regulación de la garantía del cumplimiento de las obligaciones comunitarias en el artículo 93 (58) podría ser subsanada con ocasión de la eventual reforma, positivizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre reparto interno de las responsabilidades entre Estado central y Comunidades Autónomas, o tal vez dando cabida a una versión nacional del principio de autonomía institucional y de procedimiento adaptada a la especificidad de nuestro modelo constitucional, y muy probablemente institucionalizando el principio de colabora-

(58) L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ señala a este respecto que «en el artículo 93 se detectan clamorosos silencios, pues las referencias al Gobierno y a las Cortes Generales como garantes del cumplimiento del Derecho Comunitario, escamotean u olvidan la acción de los jueces y de las Comunidades Autónomas»: «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en S. MARTÍN-RETORTILLO (COORD.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, vol. I, págs. 225-226.

ción o alguna suerte de principio de «lealtad constitucional» al estilo de la *Bundestreue* en Alemania; eventualmente, podrían diseñarse instrumentos específicos de control estatal del cumplimiento autonómico de las obligaciones comunitarias, o bien, silenciar esta cuestión si se plantean complicaciones políticas, puesto que en tal caso resultarían aplicables los procedimientos ya existentes. Nuevamente de modo similar al caso de los *Länder* alemanes, pudiera plantearse la intervención de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente de la participación en la UE, cuestión que en 1978 era difícilmente abordable porque ni España pertenecía entonces a las Comunidades Europeas, ni se sabían cuántas Comunidades Autónomas se crearían o cuál sería su configuración. El relativo asentamiento del «Estado de las Autonomías» al cabo de veinte años de andadura constitucional, y la participación española en la integración europea desde hace más de doce, pueden ofrecer la suficiente perspectiva para abordar la cuestión. Por otro lado, las diferencias entre un Estado federal y nuestro concreto modelo de organización territorial, así como las posibles sensibilidades políticas que pudiera plantear el tema, quizá motivaran un aplazamiento de estos temas para momentos posteriores, o aconsejaran no incluirlos en la Norma Fundamental en aras de una mayor flexibilidad del sistema.

Las reformas podrían articularse de diferentes maneras. Bien dando nueva redacción al artículo 93, según el ejemplo alemán, bien añadiendo un nuevo Título específicamente dedicado a la integración europea, como en Francia. Mientras que lo primero tendría la ventaja de no modificar la estructura actual de la Constitución, lo segundo podría considerarse sistemáticamente más coherente con el creciente peso político y jurídico de la Unión Europea. En cualquier caso, uno y otro tipo de revisión podrían abordarse mediante el procedimiento ordinario, mientras el contenido material de la misma no alterase sustancialmente los aspectos protegidos por el procedimiento agravado. Considerando, en cambio, los condicionantes políticos y sociológicos, la trascendencia de la cuestión tal vez pudiera merecer una consulta a los ciudadanos en los términos del artículo 167 de la Constitución, aunque el precedente de Maastricht en otros países podría desalentar a los responsables políticos. Respecto a esto último, no obstante, debe tenerse presente que las actitudes de la ciudadanía hacia la dinámica europea no son las mismas en los distintos países.

Estas y otras muchas cuestiones podrían suscitarse en un debate de fondo sobre la posición de nuestro país ante la integración. En cualquier caso, la limitada —y tal vez desaprovechada— revisión constitucional de 1992 reveló infundados los temores a «abrir la caja de los truenos». Quedó claro entonces que la reforma puede encauzarse adecuadamente mediante el diálogo entre las fuerzas políticas, cuyas actitudes en este terreno, por añadidura, no son en ex-

ceso discordantes. Junto a los indudables efectos legitimadores de la UE, una reforma de mayor alcance que la de 1992 comportaría un saludable ejercicio de confirmación y actualización del consenso básico en un aspecto cada vez más relevante para nuestro sistema constitucional, cual es el de la participación española en el proceso de construcción europea.



NOTA

