

Ricardo-Miguel Llopis Carrasco  
ADMINISTRADOR, COMISIÓN EUROPEA

# DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

#### I. ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

- II. LOS ÁMBITOS DE CONFLICTO. A) LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS. 1. La noción de «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. 2. La existencia de un «núcleo duro» irrenunciable de prerrogativas soberanas. 3. ¿Quién detenta la «competencia de la competencia»? 4. Disposiciones de los Tratados declaradas inconstitucionales. a) *El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo*. b) *La Unión Económica y Monetaria*. c) *Las políticas ligadas a los asuntos de justicia e interior*. B) EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. C) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

### CONSIDERACIONES FINALES.

## INTRODUCCIÓN

Se cumple una década de las primeras decisiones relativas a la constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE). Desde entonces, la construcción europea ha franqueado etapas decisivas de su historia y ha conocido importantes mutaciones, encontrándose en la actualidad en una encrucijada tal vez decisiva. Desde un punto de vista constitucional, la historia reciente del proceso de integración europea ha visto cómo se ponía en tela de juicio lo que hasta hace poco era considerado como un axioma: la constitucionalidad de los Tratados Constitutivos, ya que el fundamento de la pertenencia de los Estados miembros a las Comunidades Europeas era, precisamente, la habilitación constitucional prevista a tal efecto.

Sin embargo, la primera modificación de envergadura de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, es decir, el TUE —si se hace abstracción del Acta Única de 1986—, firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1992 y su posterior reforma, el

Tratado de Amsterdam de 2 de Octubre de 1997, fueron enseguida objeto de dudas en cuanto a su constitucionalidad en algunos Estados miembros. La explicación hay que buscarla, precisamente, en la eventual superación de la mencionada habilitación constitucional, especialmente respecto del primero, pudiendo escucharse aún los ecos de las repercusiones políticas y aun sociales a que su proceso de ratificación dio lugar.

La última etapa hasta la fecha de este proceso desbocado de reformas del TUE, el Tratado de Niza de 28 de febrero de 2001, no ha sido objeto de cuestionamiento desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, por lo que cabe preguntarse si los Tribunales Constitucionales se contentarán en el futuro de las posiciones que se analizan en este estudio o si su jurisprudencia puede depararnos aún sorpresas.

Por ello, transcurrida una década ya, resulta pertinente analizar las tesis sostenidas por los Tribunales Constitucionales sobre el TUE, máxime en el contexto actual del horizonte de la reforma de 2004, donde los postulados que van a ser tratados han hallado un sorprendente eco.

La importancia de estos pronunciamientos viene dada por el hecho de que el TUE supuso un salto cualitativo en el proceso de integración europea, ya que atribuyó nuevos sectores completos y muy significativos de la actividad estatal. Las viejas Comunidades Europeas entraron con él en una fase del *proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa*<sup>1</sup> cualitativamente diferente.

Este hecho se trasladó en forma de controversia jurídico-política a los tribunales constitucionales en algunos Estados miembros, dando lugar a un interesantísimo debate acerca de la naturaleza misma de la Unión Europea.

De los Tratados mencionados, el de Maastricht fue el que más serias dudas de constitucionalidad despertó, siendo examinado en tres Estados antes de su entrada en vigor, Alemania, Francia y España y, posteriormente, en Dinamarca. Esta última sentencia reviste un interés añadido ya que, por un lado, se trata del Estado que como consecuencia de un referéndum en 1992 obligó a la Unión Europea a replantearse su hasta entonces progreso lineal y, por otro, porque podría cerrar para siempre el continuo debate entorno a la pertenencia del reino escandinavo a la Unión.

<sup>1</sup> Artículo 1.2º TUE (antiguo A.2º).

El Tratado de Amsterdam, por su parte, y pese a la expectación despertada, sólo fue objeto de un pronunciamiento, el del Consejo Constitucional francés. El de Niza ha pasado aún más desapercibido en su fase de ratificación nacional, pese a la enorme trascendencia de su contenido. Ello explica en parte que los más amplios desarrollos de este estudio se dediquen al Tratado de 1992, sin olvidar sus repercusiones posteriores ya que se observará que aquella ocasión fijó la posición de nuestros tribunales constitucionales sobre la naturaleza y características de la integración europea.

Este examen constitucional de los Tratados comunitarios interviene en un contexto complejo, pues está en juego la posición misma de las Constituciones de nuestros Estados en el sistema comunitario. Y ello porque, como señala el propio Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), «ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del derecho comunitario sobre el propio derecho constitucional, lo que no es sorprendente, puesto que la función esencial de los tribunales constitucionales es precisamente la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, supremacía que constituye el presupuesto de la existencia de un control de constitucionalidad»<sup>2</sup>.

Por todo ello, la relación entre derecho comunitario y derecho constitucional es uno de los temas de más interés en la teoría actual del Estado<sup>3</sup>.

Aunque las decisiones intervenidas hasta la fecha se centran *grosso modo* en las mismas cuestiones jurídicas, cada una de ellas reviste un carácter e interés diferentes; las decisiones francesas examinando el respeto a la soberanía nacional<sup>4</sup>; la sentencia alemana<sup>5</sup>, como la danesa<sup>6</sup>, mostrando un gran desvelo por el respeto del principio de-

<sup>2</sup> Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Tribunales Constitucionales y derecho comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1.191.

<sup>3</sup> Pablo PÉREZ TREMPES: «La Constitución española antes y después de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, mayo-agosto, 2001, p. 267.

<sup>4</sup> Decisión del Consejo Constitucional francés de 9 de Abril de 1992, DC 92-308 («Maastricht I»), *Journal Officiel de la République Française (JORF)*, 10-IV-92, p. 5.354. La *Semaine Juridique (JCP)*, *Edition Générale*, nº 21.853, p. 162, nota Nguyen VAN TUONG. Decisión del Consejo Constitucional de 2 de Septiembre de 1992, DC 92-312 («Maastricht II»), *JORF*, 3-IX-92. La *Semaine Juridique (JCP)*, *Edition Générale*, nº 21.943, p. 382, nota Nguyen VAN TUONG.

Decisión del Consejo Constitucional de 23 de Septiembre de 1992 («Maastricht III»), DC 92-313, *JORF*, 25-IX-92.

Decisión del Consejo Constitucional de 31 de Diciembre de 1997 («Amsterdam»), DC 97-394, *JORF*, 3-I-98, p. 165.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de Octubre de 1993. Texto completo en español en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, nº 3, pp. 975-1.030.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de Abril de 1998. Texto íntegro en español en Peter DYRBERG: «La Constitución danesa y la Unión Europea (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 4, 1998, pp. 578-586.

mocrático y por la garantía de los derechos fundamentales; la española, finalmente, poniendo de relieve la aportación de España al nacimiento de la «ciudadanía europea»<sup>7</sup>.

De las cuatro jurisdicciones, los límites constitucionales al proceso de integración europea expresados por el Tribunal Constitucional alemán (en adelante, BVerfG) constituyen, como acertadamente se ha señalado, «la manifestación más acabada de la actitud de los tribunales constitucionales en relación con el proceso de integración europea»<sup>8</sup>.

## I ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

El control *a priori* de conformidad de los Tratados con la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico tiene su fundamento en «la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer en el orden internacional»<sup>9</sup>. Se trata, pues, de un control preventivo en el que se compara la Constitución en bloque por un lado y el compromiso que se pretende contraer por otro, antes de que el Estado ratifique el nuevo Tratado. De este modo, la Constitución ve asegurada su primacía formal porque si del control referido resulta la inconstitucionalidad del compromiso, será necesaria su revisión para poder ratificarlo. Esta función profiláctica es la que cumplen, por ejemplo, los artículos 95 de la Constitución española o 54 de la francesa, expresión, por otra parte, de la rigidez en el procedimiento de reforma de las constituciones escritas y del carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico.

El punto de partida para este análisis es la existencia de unas «cláusulas Unión Europea» en las Constituciones de los Estados miembros, es decir, de unas fórmulas capaces de integrar el acervo comunitario y justificar constitucionalmente la pertenencia

7 Declaración del Tribunal Constitucional español de 1 de Julio de 1992, *BOE* nº 177, de 24 de julio de 1992.

8 David ORDÓÑEZ SOLÍS: «Constituciones nacionales y Tratado de la Unión Europea», *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, nº 52-53, septiembre 1994, p. 18.

9 Declaración del Tribunal Constitucional, citada, FJ. 1.

de éstos a las Comunidades Europeas<sup>10</sup>. Así, Alemania contaba hasta 1992 con la previsión del artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF), como sede de la apertura del texto constitucional alemán al derecho internacional<sup>11</sup>. Sin embargo, el talante del TUE determinó la insuficiencia de este precepto y la consecuente reforma constitucional. Así, por Ley de reforma de la LF de 21 de Diciembre de 1992<sup>12</sup>, se introdujo un nuevo artículo 23 que recogía el contenido del antiguo artículo 24 pero bajo la forma de una disposición interpretativa de tipo restrictivo, en el sentido de explicitar los valores que fundamentan la participación de Alemania al proyecto europeo<sup>13</sup>.

Por su parte, la Constitución francesa introdujo el cambio más decisivo, ya que incorporó, también en 1992, un Título completo *ex novo*, el XV, que lleva la significativa rúbrica de «*De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea*». Hasta entonces, la Constitución francesa de 1958 legitimaba la participación de Francia en la construcción europea a través de dos considerandos del Preámbulo de la Constitución de 1946, un texto perteneciente al bloque de constitucionalidad —al igual que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789— por mor del Preámbulo de la Constitución de 1958, que proclama su plena efectividad<sup>14</sup>.

El legislador francés —en su formación de poder de revisión de la Constitución— entendió insuficiente este asiento constitucional para dar una respuesta precisa al giro singular que tomaba la construcción europea tras la primera Decisión del Consejo Constitucional («*Maastricht I*») y prefirió darle otro más exacto del que le reservaba

10 Un estudio detallado sobre estas cláusulas puede hallarse en Luis LÓPEZ GUERRA: «Integración europea y constituciones de los países candidatos», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, 2001, especialmente, pp. 259-261. También, Ricardo-Miguel LLOPIS CARRASCO: «Las "cláusulas Unión Europea" en las constituciones de los Estados como control de constitucionalidad de la integración europea: seguridad jurídica *v.* cheque en blanco», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 30-31, 2000, pp. 49-63.

11 El artículo 24 de la LF indicaba: 1. «La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales».

12 *BGBI*, I, nº 58, de 24-XII-1992, pp. 2.086-2.087.

13 Artículo 23 LF: 1. «Para hacer realidad una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federales y con el principio de la subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la de esta Ley Fundamental. Para ello la Federación podrá transferir derechos de soberanía por ley que cuente con el consentimiento del Consejo Federal. (...)»

14 Preámbulo de la Constitución francesa de 1958: «(...) El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los principios de soberanía nacional tal y como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 (...)».

Considerando 14º del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946: «La República Francesa se conformará a las reglas del derecho público internacional (...)».

Considerando 15º. «Bajo reserva de reciprocidad, Francia consentirá las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz.»

hasta entonces la Constitución<sup>15</sup>. Así, el nuevo Título XV de la Constitución indica en cuatro párrafos el alcance de la participación de Francia al proceso de construcción europea, en un sentido ciertamente taxativo<sup>16</sup>.

Posteriormente, el Consejo Constitucional volvería a imponer la modificación previa de la Constitución para proceder a la ratificación del Tratado de Amsterdam en su Decisión de 31 de Diciembre de 1997<sup>17</sup>. En este caso, el artículo 88.2 de la Constitución fue, de nuevo, reformado<sup>18</sup>.

Con estos mecanismos las Constituciones nacionales se abren a la técnica de la integración supranacional de un modo mucho más decisivo o comprometido que con las declaraciones genéricas de sujeción a las normas del derecho internacional y recogen específicamente el proceso de integración europeo como parte configuradora de éstas<sup>19</sup>.

El caso de la Constitución española es diferente. Como es sabido, su artículo 93 prevé la habilitación para que España pueda atribuir «a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Con esta declaración genérica, España pudo ratificar la adhesión a las, entonces, Comunidades Europeas sin tener que reformar su texto constitucional. El constituyente español entendió que no era preciso reservar un capítulo específico que recogiera la integración de España en las Comunidades Europeas y, hoy también, en la Unión Europea.

15 Por Ley constitucional 92-554, de 25 de Junio de 1992, JORF, 26-VI-1992, p. 8.406. En este punto fue consecuente con el Consejo Constitucional, que entendió que el 15º considerando de la Constitución de 1946 no era habilitación suficiente para autorizar este tipo de transferencia competencial. Cf. Alain PELLET: «Le Conseil Constitutionnel, la souveraineté et les Traités (A propos de la Décision du Conseil Constitutionnel du 31 décembre 1997-Traité d'Amsterdam)», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 4, pp. 3-4.

16 Artículo 88.1. «La República participará en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, constituidas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las han instituido, ejercer en común algunas de sus competencias».

Artículo 88.2. «Bajo reserva de reciprocidad y según las modalidades previstas por el Tratado de la Unión Europea firmado el 7 de febrero de 1992, Francia consentirá las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea y para la determinación de las reglas relativas al cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Comunidad Europea».

Artículo 88.3. «Bajo reserva de reciprocidad y según las modalidades previstas por el Tratado de la Unión Europea firmado el 7 de febrero de 1992, el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones municipales podrá ser concedido únicamente a los ciudadanos de la Unión que residan en Francia. Esos ciudadanos no podrán ejercer las funciones de alcalde o teniente de alcalde ni participar en la designación de los electores senatoriales ni a la elección de senadores. Una ley orgánica votada en los mismos términos por las dos asambleas determinará las condiciones de aplicación del presente artículo».

Artículo 88.4. «El Gobierno someterá a la Asamblea Nacional y al Senado desde su transmisión al Consejo de la Unión Europea, los proyectos o proposiciones de actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea que comporten disposiciones de naturaleza legislativa. Igualmente podrá someterle los demás proyectos o proposiciones de actos así como cualquier otro documento que emane de las instituciones de la Unión Europea. (...)».

17 DC 97-394, *Tratado de Amsterdam*, ya citada.

18 Pasando a tener el siguiente tenor: «(...) Bajo la misma reserva y según las modalidades previstas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su redacción resultante del tratado firmado el 2 de octubre de 1997, podrán consentirse las transferencias de competencias necesarias para la determinación de las reglas relativas a la libre circulación de personas y a los ámbitos relacionados».

19 Pablo PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, colección «Cuadernos de Estudios Europeos», Madrid, 1994, p. 42.

Lo que es digno de interés es la formulación misma del precepto que, separándose tanto de las meras declaraciones «internacionalistas» de algunas Constituciones —caso del artículo 11 de la Constitución italiana—, como de las previsiones taxativas de otras —casos francés o alemán ya expuestos—, alberga una declaración general de habilitación competencial en favor de la organización de integración —sin hacer mención específica a la UE—, pudiendo producir el curioso efecto del eventual vaciamiento de contenido de la Constitución, ya que todo tipo de competencias pueden ser objeto de cesión (de cualquiera de los poderes del Estado o de cualquier ente territorial)<sup>20</sup>.

Por último se encuentra el artículo 20 de la Constitución danesa, cuyo contenido se asemeja a la fórmula empleada por la Constitución española<sup>21</sup>.

Por lo tanto, la situación de los cuatro casos a estudiar tiene estos perfiles. En primer lugar, se encuentran dos Constituciones, la francesa y la alemana, que han optado por introducir sendas «cláusulas Unión Europea» para, de este modo, aprehender expresamente el fenómeno comunitario, aunque con técnicas distintas. En segundo lugar se encuentran las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea que no toman en cuenta el hecho comunitario como un fenómeno necesitado de encontrar un acomodo especial en el texto constitucional; en este grupo se hallan las constituciones española y danesa.

## II LOS ÁMBITOS DE CONFLICTO

Por «ámbitos de conflicto» quiere hacerse referencia a las esferas sobre las que los tribunales constitucionales consultados han realizado sus construcciones interpretativas al enjuiciar el TUE y sus reformas posteriores.

<sup>20</sup> A favor de la introducción de una «cláusula UE» en la Constitución española que dé asiento específico a la integración europea en nuestra Carta Magna se pronuncia el autor precitado en «La Constitución española antes y después de Niza», *op. cit.*, pp. 288-290. También, José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y Antonio LÓPEZ CASTILLO: «Droit de l'Union et Constitutions nationales (Espagne)», Contribución al XX Congreso de la FIDE, 2002, [www.fide2002.org/reportseulaw.htm](http://www.fide2002.org/reportseulaw.htm)

<sup>21</sup> «1. Las atribuciones de que están investidas las autoridades del Reino conforme a la presente Constitución podrán ser delegadas por una ley en los términos que ésta disponga a determinadas autoridades internacionales creadas en virtud de un convenio adoptado por acuerdo recíproco con otros Estados con vistas a promover la cooperación y el orden jurídico internacional.»

## A) LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

La noción de soberanía encuentra difícil acomodo en la construcción europea. Por un lado, los Estados miembros han dejado de ser los únicos competentes en un número creciente de materias muy significativas de la actividad estatal. Por otro, las Comunidades Europeas no son entidades soberanas; ni siquiera pueden determinar su propia competencia, ya que carecen de la *kompetenz kompetenz*, como más tarde se analizará. En este punto comparten con las demás organizaciones internacionales -a pesar de su carácter *sui generis*- el principio general de especificidad, que incluye la atribución singular de competencias. En esto se distinguen del Estado, que sí está investido de soberanía, al poder definir libremente su propio ámbito competencial.

Pero esta respuesta es insatisfactoria en el ámbito comunitario por cuanto las competencias transferidas a las Comunidades Europeas abarcan elementos constitutivos de la soberanía estatal y porque esta cesión es evolutiva y creciente. Ello hace pertinente la pregunta de si los Estados miembros de la Unión Europea están dejando de ser soberanos o de si existe un límite infranqueable en la atribución de competencias a la Unión Europea. En definitiva, se trata de responder a la pregunta sobre el futuro mismo de los Estados en el seno de la Unión Europea.

Estas y otras cuestiones han pesado en el ánimo de los jueces constitucionales nacionales a la hora de fallar sobre el TUE y sus reformas posteriores, sin olvidar que son un órgano del Estado.

1 LA NOCIÓN DE «CONDICIONES ESENCIALES DE EJERCICIO DE LA SOBERANÍA NACIONAL» EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

El Consejo Constitucional francés estudia la constitucionalidad de los Tratados desde el respeto a la soberanía nacional, según el 15º considerando del Preámbulo de la Constitución de 1946. Esta disposición implica *a contrario* que ninguna disposición constitucional autoriza transferencias de toda o de parte de la soberanía nacional a organizaciones internacionales, lo que le movió a establecer en 1976 una curiosa distinción entre *transferencias de soberanía* y *limitaciones de soberanía* en su Decisión so-

bre la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal y directo<sup>22</sup>. La jurisdicción constitucional francesa afirmó en aquella ocasión que las primeras no estaban permitidas, a diferencia de las segundas.

Las críticas a esta interpretación le llovieron al Consejo Constitucional, sobre todo porque una limitación de poderes de los órganos del Estado es inherente al concepto mismo de transferencias de competencias<sup>23</sup>. Sin embargo, la soberanía no puede cederse o trocarse: o se tiene soberanía -y se es un Estado- o no; «limitaciones de soberanía» es un sinsentido<sup>24</sup>.

Estas críticas llevaron al Consejo Constitucional a abandonar el criterio paralizante e impracticable de la soberanía nacional y a utilizar el más elaborado de «*condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional*» que empleó en una Decisión de 1985 relativa al Protocolo adicional nº 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la abolición de la pena de muerte<sup>25</sup>.

De este modo, la doctrina pudo afirmar que para examinar si un compromiso internacional atentaba contra la soberanía nacional, el Consejo Constitucional estudiaría primero si aquél operaba una transferencia de soberanía<sup>26</sup>, en cuyo caso la inconstitucionalidad era la consecuencia lógica; en el supuesto de que no hubiera tal transferencia de soberanía, aún cabría preguntarse si el compromiso acarreaba un atentado a esas «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» para determinar su constitucionalidad<sup>27</sup>.

En su decisión de 1985 añadía además que el compromiso internacional no debía ser incompatible con el deber del Estado de asegurar el respeto de las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y liber-

22 DC 76-71, de 30-XII-1976.

23 François LUCHAIRE: «Le Conseil Constitutionnel et la souveraineté nationale», *Revue de Droit Public*, 1991, pp. 1.499-1.526.

24 Alain PELLET, *op. cit.*, pp. 3-4.

25 85-188 DC, de 22-V-1985. En aquella ocasión, el Consejo Constitucional revitalizó este criterio que ya había utilizado en su Decisión 70-39 DC, de 19-VI-1970 sobre la decisión «recursos propios» de las Comunidades Europeas.

26 Desde la Decisión «*Maastricht I*», el Consejo Constitucional ha abandonado los términos de «transferencia de soberanía» y emplea los de «transferencia de competencias», mejor adaptados a la realidad comunitaria y al texto constitucional revisado. Cf. Jean-Paul JACQUE: «Commentaire de la Décision du Conseil Constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n° 28 (2) 1992, p. 256.

27 Xavier PRETOT: «La non-conformité à la Constitution du Traité sur l'Union Européenne», en *La Constitution et l'Europe. Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, París, 1992, p. 340, y Bruno GENEVOIS: «Le Traité sur l'Union Européenne et la Constitution. A propos de la Décision du Conseil Constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992», *Revue Française de Droit Administratif*, n° 8 (3), 1992, p. 382.

tades de los ciudadanos. Parecía, por tanto, que esas «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» podían definirse a través de estos tres criterios. De hecho, éstos serían los que empleara en 1991 para enjuiciar la conformidad de la Constitución con la ley de ratificación de los Acuerdos de Schengen<sup>28</sup>.

De todo ello se puede concluir que el Consejo Constitucional ha optado en sus últimas decisiones relativas a la integración europea por aplicar un doble test. En primer lugar se plantea si la transferencia afecta a competencias que derivan directamente de la soberanía estatal. En caso de respuesta afirmativa, la inconstitucionalidad parece ser la consecuencia lógica. Pero esta presunción puede ser rebatida si el estudio de las modalidades de ejercicio de la competencia que se pretende transferir demuestra que Francia puede modular su aplicación. En ese caso, la transferencia podría ser declarada conforme a la Constitución. Al contrario, aunque la competencia no afecte a la soberanía nacional, si las modalidades de ejercicio privan a Francia de la posibilidad de control, el Consejo declarará la inconstitucionalidad<sup>29</sup>. Este será, precisamente, el criterio diferenciador en el control de constitucionalidad francés de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam. Mientras en el primero la inconstitucionalidad vendrá determinada por unos *ámbitos* que atentaban contra las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», en el segundo, la inconstitucionalidad no será fruto de una disposición material del Tratado sino de las *modalidades* para su ejercicio.

De lo expuesto cabría concluir que tras los pronunciamientos y las revisiones constitucionales acaecidos en Francia como resultado de la integración europea, ésta atenta contra las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», pero que la introducción del Título XV actúa como cláusula derogatoria que permite la convivencia en el texto constitucional de ambas<sup>30</sup>.

Del conjunto de la argumentación desplegada por el Consejo Constitucional francés llama poderosamente la atención que la resistencia frente a la integración europea se cimiente en categorías fuertemente erosionadas; principalmente la de soberanía, concepto jurídico-político que ha dejado de tener el contenido con que fue acuñado his-

28 Decisión 91-294 DC, de 25 de julio de 1991. Respecto del contenido e interpretación de estos criterios en apariencia herméticos, cf. Jean-Paul JACQUE, *op. cit.*, p. 259, Louis DUBOUIS: «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne», en *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, París, 1991, p. 217.

29 Louis DUBOUIS, *op. cit.*, p. 217.

30 Florence CHALTIEL: «La Constitution française et l'Union Européenne. A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 427, p. 234.

tóricamente. Ello no significa la desaparición del Estado, como se ha señalado acertadamente, sino su transformación, ya que éste ha dejado de ser la referencia última en el orden jurídico-político en un mundo complejo y en evolución<sup>31</sup>.

## 2 LA EXISTENCIA DE UN «NÚCLEO DURO» IRRENUNCIABLE DE PRERROGATIVAS SOBERANAS

El concepto de soberanía -utilizado reiteradamente en varias de las sentencias estudiadas- parece llamar a la existencia de un núcleo intangible de atributos y que confieren al Estado su carácter soberano. Con ello se recoge la distinción schmittiana de reforma y supresión de la Constitución, en el sentido de que la transferencia de ciertas competencias esenciales que configuran al Estado como tal equivaldría a su supresión<sup>32</sup>.

Habría que determinar por tanto si la soberanía se define independientemente de una serie de competencias nucleares o no. Como se ha indicado acertadamente, «la soberanía, como todos los poderes que se proclaman exclusivos, son limitables o condicionables. La soberanía no se afecta porque pierda algún elemento integrante tradicional. El principio se mantiene si la pérdida es voluntaria y querida (...). La soberanía se explica de esta manera, como el poder de resistirse a la imposición o el derecho de aceptar la delimitación externa del poder propio»<sup>33</sup>.

Conviene analizar a continuación cómo han descrito los tribunales constitucionales esos trazos definitorios del núcleo duro de la soberanía estatal en relación con la integración europea. Se tratará, en definitiva, de examinar la existencia de un umbral que equivaliese a penetrar en el núcleo intangible de la soberanía<sup>34</sup>.

El Consejo Constitucional francés fue expresamente requerido sobre esta cuestión en 1992 con motivo de un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la ley de ratificación del TUE. En aquella ocasión los recurrentes preguntaron acerca del límite a las revisiones constitucionales atentatorias de las «condiciones esenciales de ejercicio de

31 Luciano PAREJO ALFONSO: «Algunas notas sobre el proceso de integración europea. ¿Federalismo o fórmula original?», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED, nº 1, 2001, pp 143-144. En el mismo sentido, Luis M<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Les pièges de la souveraineté», en Renaud DEHOUSSE (dir.): *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, París, 2002, especialmente, pp. 50-67.

32 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 115.

33 Santiago MUÑOZ MACHADO: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p. 61. También en este sentido, Louis DUBOUISS, *op. cit.*, p. 217.

34 Denys SIMON: «Le Conseil Constitutionnel français et le Traité sur l'Union Européenne», *Europe*, mayo 1992, p. 2.

la soberanía nacional». Pero en su Decisión «*Maastricht II*» rechazó pronunciarse alegando sorprendentemente su incompetencia para ello<sup>35</sup>.

En la Declaración del Tribunal Constitucional español se adivina la posición más audaz, aunque no pueda afirmarse que éste haga suyas estas conclusiones, entre otras razones porque no fue requerido para ello en el *petitum* que le dirigió el Gobierno para enjuiciar la constitucionalidad del TUE. Únicamente, el Abogado del Estado apunta en sus conclusiones a los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico-constitucional y al principio de soberanía nacional como límites, por lo que habrá que esperar a otra oportunidad para conocer su postura sobre esta cuestión. Sólo es conocida su opinión de que el artículo 93 de la Constitución permite atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias, no su titularidad<sup>36</sup>.

El único que afrontó la determinación de esos eventuales límites fue el Tribunal Constitucional Federal alemán. En realidad, la sentencia sobre el TUE le sirvió para dar cauce a un interesante debate doctrinal acerca de la «estatalidad» o, dicho de otro modo, sobre si las competencias atribuidas por el TUE a la UE conducían irreversiblemente a la creación de un Estado europeo capaz de hacer desaparecer a los Estados miembros como entidad jurídico-política. En concreto, se trataría de determinar si el TUE crea una dinámica institucional con tendencia a fagocitar a término las competencias nacionales en provecho propio, dadas las necesidades crecientes de atender a los múltiples objetivos comunitarios<sup>37</sup>.

El BVerfG se hizo eco de este debate, y aunque declararía al TUE conforme a la Ley Fundamental, lo hizo a costa de sembrar serias dudas: «Alemania es uno de los «señores de los tratados» que justificaron su vinculación al TUE, suscrito «por un período de tiempo ilimitado» (...), con la voluntad de ser miembro a largo plazo, aunque, en definitiva, podría anular tal pertenencia en virtud de un acto en sentido contrario (...)»<sup>38</sup>.

El BVerfG está planteando directamente el derecho de secesión de la Unión Europea como límite al desapoderamiento de los rasgos soberanos del Estado y ésta es probable-

35 Decisión «*Maastricht II*», citada, considerandos nº 31-32, p. 385.

36 Declaración del Tribunal Constitucional, citada.

37 Sobre este debate, Dominik HANF: «Le jugement de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 30 (3), 1994, p. 412.

38 Sentencia del BVerfG, citada, pp. 1.008-9.

mente la clave política de la cuestión, ya que es precisamente la posibilidad de introducir este «derecho de secesión» en los Tratados, una de las posibilidades que se barajan en el seno de la Convención en el horizonte de la reforma de 2004. Aun así, actualmente esto es jurídicamente dudoso, ya que ni siquiera los artículos 56 ó 60 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 ofrecen una base jurídica segura para ello. Además, el BVerfG no precisa cómo tendría que ejercitarse ese «derecho», si colectiva o individualmente. Pero la solución unilateral dista de ser aceptada pacíficamente<sup>39</sup>.

El BVerfG sostiene como premisa mayor el derecho de secesión de la UE y como premisa menor se contentará con declarar inaplicable en Alemania las disposiciones comunitarias que juzgara fuera del «programa de integración» o adoptadas *ultra vires*<sup>40</sup>. De este modo, el BVerfG se proclama titular de la facultad de someter al control de constitucionalidad nacional las normas comunitarias juzgadas vulneradoras del reparto competencial fijado por el TCCE<sup>41</sup>.

En definitiva, el BVerfG acoge un concepto estático y clásico de la soberanía, definiendo la «estatalidad» según el criterio de la *kompetenz kompetenz*. Con ello niega que la Unión o que las Comunidades Europeas la posean, lo cual no es sino constatar una obviedad como se verá en el apartado siguiente. Pero también se ha señalado que allí donde ordenamientos jurídicos independientes se constituyen de modo tal que cada uno dispone en su ámbito de la última competencia, discutir en términos de soberanía carece de interés<sup>42</sup>.

El Tribunal Supremo danés sitúa esta cuestión en la misma línea. Así, a la pregunta de si la Constitución danesa permite una cesión constante de competencias en favor de la UE, responderá que «la atribución de competencias no puede ser de tal envergadura que Dinamarca pueda dejar de considerarse un Estado independiente»<sup>43</sup>.

39 Matthias HERDEGEN: «Maastricht and the German Constitutional Court: constitutional restraints for an «ever closer union», *Common Market Law Review*, nº 31, 1994, pp. 242-243, y Torsten STEIN: «La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht», *Revista de Instituciones Europeas*, nº 21 (3), 1994, p. 766. Un estudio amplio y detallado puede encontrarse también en Luis M<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una Constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, 2001, especialmente, pp. 94-97.

40 José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y Antonio LÓPEZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 51.

41 Luis M<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ estudia este argumento clave de la sentencia del BVerfG a la luz de la experiencia federal americana en «Les pièges de la souveraineté», *op. cit.*, pp. 43-49.

42 Dominik HANF, *op. cit.*, p. 422. También el BVerfG determinará que «los Estados miembros fundaron la Unión Europea con el fin de ejercer mancomunadamente la soberanía», en una definición *novedosa* de ésta, que tal vez esté dirigida al *ejercicio mancomunado de competencias*. Sentencia citada, p. 1.008.

43 Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998, considerando nº 9.8, en Peter DYRBERG, *op. cit.*, p. 585.

Sin embargo se observa una diferencia esencial respecto del pronunciamiento alemán, al señalar que «la determinación de los límites al respecto debe depender sustancialmente de consideraciones de índole política»<sup>44</sup> y ello porque, en definitiva, la soberanía será lo que su titular —en democracia, el pueblo— quiera que sea. La alta jurisdicción danesa ni se encierra en la equívoca determinación de las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» ni realiza una reafirmación de estatalidad como hacen sus homólogos, sino que señala cómo cortar el nudo gordiano en que se ha convertido la apelación a la soberanía nacional en lo referente al control de constitucionalidad de la integración europea: Europa será lo que sus pueblos -y eventualmente un pueblo europeo- quieran que sea; en democracia, es la única respuesta posible.

Ello conduce singularmente a abordar cómo plantearon los tribunales constitucionales la cuestión de la titularidad de esa competencia soberana.

### 3 ¿QUIÉN DETENTA LA «COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA»?

La cuestión tiene, en principio, una respuesta sencilla. Las Comunidades y la Unión Europea son, como se vio, organizaciones internacionales conformadas por Estados que, al igual que todas, se rigen por el principio de especialidad. Pero la situación se complica cuando se observa que las Comunidades Europeas, a diferencia de aquéllas, no disponen de una lista tasada de competencias y que sus objetivos sobrepasan con creces lo habitual en la especie, siendo el germen de una estructura política que podría tener, a término, perfiles estatales. Pero también es evidente que los Tratados Constitutivos no dieron nacimiento a una estructura estatal que en materia de reparto competencial pudiera haber copiado uno de los modelos constitucionales del derecho comparado. Por ello, en el ámbito comunitario hay que conformarse con la definición de competencias expresas, implícitas —que ha ido deduciendo el TJCE— y auxiliares —que sirven a los fines y objetivos comunitarios—, sin olvidar la virtualidad del principio de subsidiariedad en su ejercicio<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Sobre el sistema de atribución de competencias comunitarias en general puede consultarse José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997 y sobre el estudio de cada categoría en particular, Jean RAUX: «Les compétences expresses de caractère spécial», «Les compétences expresses de caractère général», «Les compétences implicites et subsidiaires», *Jurisclasseur Europe*, fascículos n° 2.200-2.202, 1990.

En Alemania, el debate sobre la «estatalidad» desembocó en éste. Si el TUE abría un proceso intenso de atribución competencial en favor de la Unión —en ámbitos muy sensibles para la vida del Estado— y a esto se unía un entramado institucional en el que el Consejo Europeo, un órgano eminentemente político, involucraba decididamente a la Unión en materias de titularidad, cuanto menos, incierta, podía concluirse que el ejercicio de las competencias estatales estaba crecientemente mediatizado por la Unión aun en materias no transferidas. ¿Significaba esto que en ausencia de revisión constitucional la Unión Europea había asumido *de facto* la «competencia de la competencia», despojando a los Estados de su carácter de «dueños de los Tratados»? ¿Significaba igualmente que el TUE había creado subrepticamente las bases para el nacimiento de un Estado europeo obviando el trámite de la reforma constitucional o certificando la defunción de nuestros Estados?

Estos interrogantes hallarían gran eco en los órganos constitucionales alemán y danés. Para el primero, la Unión Europea reconoce la identidad nacional de los Estados y sus funciones son suficientemente previsibles. De este modo el principio de atribución de competencias queda preservado y no surge una competencia en materia de competencias a favor de la Unión Europea; la asunción de competencias futuras exigiría la reforma del Tratado y su ratificación por parte de los Parlamentos nacionales<sup>46</sup>.

Por tanto, el BVerfG admite que la entidad creada por el TUE está llamada a un desarrollo futuro, pero que éste no será automático, ya que dependerá de la voluntad de los Estados<sup>47</sup>.

La misma visión de la integración europea como construcción controlada se observa en la sentencia del Tribunal Supremo danés. En ella declaró que el requisito de determinación que contiene el artículo 20 de la Constitución danesa impedía atribuir a cualquier organización internacional la facultad de determinar su propia competencia, recalcando que las Comunidades Europeas disponen de competencias de atribución<sup>48</sup>.

El BVerfG profundiza este análisis señalando que el desarrollo automático hacia una eventual unión política está obstaculizado por la concurrencia de tres principios bási-

<sup>46</sup> Sentencia citada, p. 1.001. El mismo tenor puede encontrarse en pp. 1.008 y 1.026.

<sup>47</sup> De hecho, a lo largo de su extenso fallo califica alternativamente a la Unión Europea de «comunidad interestatal organizada bajo criterios supranacionales», «comunidad de Estados», «confederación de Estados», «unión de Estados» o «federación de Estados», para recalcar el carácter derivado de la Unión y su relación fiduciaria respecto de los Estados que la componen.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998, citada, considerandos nº 9.2 y 9.3, en Peter DYRBERG, *op. cit.*, p. 580.

cos del derecho comunitario: la atribución expresa y limitada de competencias, el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad, procediendo a un examen riguroso de cada uno de ellos<sup>49</sup>.

Por lo tanto, el BVerfG sienta como principio que la Ley de Ratificación del TUE<sup>50</sup> sólo cubre las atribuciones competenciales previstas, siendo inconstitucional una interpretación expansiva de éstas. Cualquier nuevo título competencial en favor de la Unión requeriría de un nuevo Tratado y, por tanto, de una nueva autorización parlamentaria en Alemania<sup>51</sup>.

Para determinar la titularidad de la *kompetenz kompetenz*, los tribunales constitucionales alemán y danés centrarán su examen en el alcance de dos disposiciones: los artículos F.3 TUE y 235 TCCE (actuales 6.4 y 308, tras Amsterdam).

Respecto del artículo F.3 TUE<sup>52</sup>, el BVerfG afirmaría que no autoriza a la Unión a dotarse *motu proprio* de los medios de actuación que considere necesarios para alcanzar sus objetivos, sino que simplemente enuncia la intención programática de que los Estados miembros dotarán de medios suficientes a la Unión. Dos argumentos militan en favor de esta interpretación en su opinión. En primer lugar la falta de personalidad jurídica de la UE que la inhabilita como sujeto jurídico autónomo y en segundo lugar, que esta disposición carece del complemento jurídico-procesal que pudiera convertirla en norma competencial, ya que —recuerda el BVerfG— cada vez que los Tratados atribuyen un título competencial en favor de las Comunidades éstos determinan también el régimen institucional y decisorio de su ejercicio, lo que no se da en este caso<sup>53</sup>.

Desechada la posibilidad de que el artículo F.3 TUE contuviera la cláusula de la *kompetenz kompetenz* comunitaria, los tribunales alemán y danés procedieron a analizar el artículo 235 TCCE (actual 308), considerado la «puerta falsa» para la atribución de competencias en favor de la Unión al obviar la reforma de los Tratados y, por tanto, la

49 Sentencia citada, pp. 1.010-1.012.

50 Ley de 28-XII-92, *BGBI II*, p. 1.251.

51 Sentencia citada, p. 1.024. El BVerfG tiene indudablemente en su punto de mira el reproche que frecuentemente se ha hecho al TJCE de llevar a cabo un análisis *pro Comunitate* al examinar la titularidad de las competencias, y sin embargo, forzoso es reconocer que éste ha frenado con el paso del tiempo esa tendencia, probablemente porque esa delimitación competencial está mucho más elaborada en nuestros días que al principio de la construcción europea. En este sentido, bastará recordar el Dictamen 2/94 sobre la adhesión de la CE al Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Auto C-376/98 anulando la Directiva sobre publicidad del tabaco precisamente por carecer la CE de competencias al respecto.

52 Esta disposición prevé que: «La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas».

53 Sentencia citada, pp. 1.013-1.015.

ratificación parlamentaria. Así, la sentencia danesa enmarca dicha disposición en el ámbito del principio ya estudiado de atribución de competencias, al afirmar que «en cualquier caso, no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo»<sup>54</sup>.

El BVerfG se pronunció en idéntico sentido, basando su argumentación en la distinción entre interpretación y modificación de los Tratados; la interpretación con valor de modificación encubierta «no surtiría efecto vinculante para Alemania»<sup>55</sup>.

En realidad, el BVerfG está confundiendo con ello dos nociones: la interpretación de los Tratados —que lleva a cabo el TJCE— y las competencias auxiliares o supletorias, por las que las Comunidades se dotan de medios no previstos en los Tratados para alcanzar objetivos que sí están contenidos en ellos y que, por tanto, pertenecen a su esfera competencial. Esto sólo es posible —según los requisitos del artículo 308 TCCE— por voluntad unánime del Consejo de la Unión —institución comunitaria compuesta, no se olvide, por los ministros de nuestros Estados—. Por tanto, muy sutilmente, está acusando al TJCE de ser autor de una interpretación de los Tratados generosamente integracionista; en definitiva, de activismo judicial en favor de la Unión.

El Supremo danés así lo entendió, al afirmar que sólo reaccionaría ante un uso «inadecuado» del artículo 308 TCCE en el caso extraordinario en que estimara que la habilitación constitucional se había sobrepasado manifiestamente<sup>56</sup>. Esta es la diferencia entre las sentencias danesa y alemana; mientras en la primera se respeta el papel institucional del TJCE y sólo en casos excepcionales de grave quiebra del sistema se desconocería su autoridad, en la segunda, el Tribunal de Luxemburgo es atacado sin ambages. El BVerfG se erige de este modo en guardián de la ortodoxia comunitaria —en una crítica sin paliativos a la labor del TJCE—, ya que se considera competente para revi-

<sup>54</sup> Sentencia citada, en Peter DYRBERG, p. 583.

<sup>55</sup> Sentencia citada, p. 1.027.

<sup>56</sup> «La adopción de un acto según el artículo 235 requiere unanimidad. Por consiguiente, el Gobierno puede obstaculizar que la disposición se utilice para adoptar actos que excedan los límites de la atribución de competencias a la Comunidad aceptada por Dinamarca. (...) La cuestión de la validez de un acto jurídico u otra medida adoptada en virtud del artículo 235 podrá, por lo tanto, ser planteada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad que, en ese caso, tiene por misión hacer respetar los límites de la actuación de la Comunidad» (Sentencia citada, considerando 9.5, p. 584). (...) «Por lo tanto, los tribunales daneses tendrán que considerar inaplicable en Dinamarca un acto jurídico comunitario en caso de que surgiera la situación extraordinaria en que pudiera afirmarse con la certeza debida que un acto jurídico comunitario, cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal de Justicia, reposa en una aplicación del Tratado que sobrepasa la cesión de soberanía realizada por la ley de adhesión. Esto es igualmente aplicable a las reglas y principios de derecho que dimanen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Cf. Peter DYRBERG, *op. cit.*, p. 585.

sar si éste realiza una interpretación *ultra vires*, lo que equivale a revisar la «corrección» de sus sentencias<sup>57</sup>. Con ello desconoce que el TJCE es el único competente para pronunciarse sobre el contenido y alcance de las competencias comunitarias definidas en los Tratados Constitutivos.

Teóricamente cabría una respuesta comunitaria a este desafío. Puesto que todos los Estados miembros se hallan vinculados por el artículo 220 TCCE —disposición que no fue modificada ni en Maastricht ni en Amsterdam ni en Niza, a pesar de las fuertes presiones de algún Estado en este sentido—, una acción nacional en su contra podría ser enjuiciada por el propio TJCE a la luz del artículo 10 TCCE -principio de lealtad comunitaria- mediante el recurso por incumplimiento del artículo 226 TCCE. Pero llegar a este extremo equivaldría a la ruptura fáctica del sistema<sup>58</sup>.

Es de esperar que se trate de afirmaciones más retóricas que reales, destinadas a casos tan absolutamente excepcionales que sirvan únicamente para confortar los ánimos nacionales. Su activación sólo sería justificable en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, como se verá más adelante.

En cualquier caso, este monólogo paralelo que han mantenido el TJCE y los tribunales constitucionales acerca de la delimitación competencial ha tenido eco en el mandato de Niza, de modo que uno de los temas a tratar por la Convención y posterior Conferencia Intergubernamental es precisamente la posibilidad de introducir un catálogo de competencias. Si los Estados miembros pretenden con ello marcar más nítidamente los contornos de la Unión, desconocen que al introducir este método clásico del listado de competencias están adentrándose en la senda tabú del federalismo. Los trabajos de la Convención parecen haber alumbrado, por otro lado, un sistema original llamado de «alerta precoz» que garantiza a un tiempo una mayor participación de los parlamentos nacionales en los asuntos comunitarios y quiere ser un instrumento de vigilancia del principio de subsidiariedad.

57 David ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 21.

58 Dominik HANF, *op. cit.*, p. 758.

## 4 DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS DECLARADAS INCONSTITUCIONALES

Tras determinar cómo afectaban a la soberanía del Estado los nuevos Tratados, los tribunales constitucionales centraron su análisis en las disposiciones concretas que podían ser contrarias a sus textos constitucionales. Sólo tres ámbitos retuvieron su atención: el derecho de sufragio en las elecciones locales y al Parlamento Europeo de los ciudadanos comunitarios no nacionales, la Unión Económica y Monetaria y ciertos aspectos ligados al tercer pilar. Aun así, tan sólo el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional español declararon la inconstitucionalidad de algunas de estas disposiciones; el primero, tanto del Tratado de Maastricht como de Amsterdam y el segundo, tan sólo del primero.

a) *El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo*

Uno de los argumentos que justifican la afirmación inicial de que el TUE significó un paso cualitativo en el proceso de integración es la creación de una ciudadanía europea derivada de la condición de nacional de un Estado miembro<sup>59</sup>.

Y si algún derecho político se deriva de la ciudadanía, éste es sin duda alguna el de sufragio, contenido en el artículo 19 TCCE, que establece la condición de elector y elegible para los ciudadanos de la Unión residentes en cualquiera de sus Estados en igualdad de condiciones con los nacionales en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo.

En lo referente a las elecciones municipales, el estudio de constitucionalidad sólo encontró dificultades en Francia y en España, ya que el BVerfG había constatado que la tercera frase del artículo 18.1 LF —añadida tras la reforma constitucional efectuada en Alemania— era una fórmula suficientemente clarificadora<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Instituida por el artículo G TUE, se convirtió en el artículo 8 TCCE, actualmente artículos 17-22 tras el Tratado de Amsterdam. El Tribunal Constitucional español la definió como «*status civitatis* diferenciado de las ciudadanías de los Estados miembros», Declaración citada, Antecedentes, 2.

<sup>60</sup> «En las elecciones en distritos y municipios serán igualmente electores y elegibles las personas que posean la nacionalidad de algún Estado miembro de la Comunidad Europea, según lo que disponga el ordenamiento de la Comunidad Europea». *Cf.* sentencia citada, p. 983.

En el caso francés hay que referirse previamente a ciertos extremos para analizar la postura del Consejo Constitucional. En la decisión *Maastricht I*, las normas de referencia para analizar la constitucionalidad de la disposición comunitaria fueron los artículos 3.4 y 24 de la Constitución. El primero reserva a los nacionales franceses la condición de electores; el segundo dispone la estructura y elección de las cámaras legislativas que, en el caso del Senado, es por sufragio indirecto al representar éste a las colectividades territoriales de la República. En consecuencia, el conflicto constitucional estaba planteado: puesto que el Senado asegura la representación de las colectividades territoriales y es elegido por un cuerpo electoral que es emanación de éstas, y puesto que en su calidad de asamblea parlamentaria participa del ejercicio de la soberanía nacional, el hecho de que ciertos no nacionales pudieran llegar a participar en las elecciones municipales los convertía en partícipes de la soberanía nacional, por lo que el artículo 19 TCCE era inconstitucional<sup>61</sup>.

Esta argumentación sería mencionada *a sensu contrario* por nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que «la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida (...) si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía. (...) ese no es el caso de los municipios»<sup>62</sup>.

Por ello, en Francia, la ley constitucional de reforma de la Constitución<sup>63</sup> reservó el artículo 88.3 a salvar esta inconstitucionalidad, aunque, amparándose en las derogaciones permitidas, excluye a los nacionales no franceses de la posibilidad de acceder a los puestos de alcalde y de teniente de alcalde e impide igualmente que aquéllos puedan participar -en su calidad de miembros electos de las colectividades locales- en las fases posteriores del proceso que conduce a la elección de senadores.

Esta reforma constitucional no zanjó, pese a todo, la cuestión, ya que fue la causa de un nuevo recurso de inconstitucionalidad presentado por sesenta senadores y que obligó al Consejo Constitucional a pronunciarse por segunda vez sobre el TUE<sup>64</sup>. Estos recurrentes sostenían que la reforma efectuada era insuficiente puesto que no se habí-

61 Decisión *Maastricht I*, citada, considerandos nº 26-27.

62 Declaración citada, F. J. 3º c).

63 92-554, de 25-VI-92, ya citada y que creó el Título consagrado a la Unión Europea.

64 Decisión *Maastricht II*, citada.

an revisado los artículos 3 y 24 de la Constitución ni la declaración de 1789. La razón, el principio de soberanía nacional y el ejercicio exclusivo por los nacionales franceses del derecho de voto y de elegibilidad en elecciones que son manifestación de la soberanía nacional. A estas alegaciones, el Consejo Constitucional opuso la fuerza de la cosa juzgada, en el sentido de que en su primera sentencia sólo había señalado como contrarias a la Constitución algunas disposiciones del TUE, por lo que el resto de disposiciones constitucionales —entre ellas las mencionadas por los recurrentes— eran conformes a él. Además, el Consejo Constitucional afirmaba, en referencia al artículo 3 de la Constitución, que el poder constituyente es soberano, por lo que puede reformar, derogar o completar disposiciones de valor constitucional<sup>65</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español centró su examen del TUE en este único punto por lo circunscrito del *petitum* del Gobierno. En opinión de éste, el artículo 19 TCCE atribuía únicamente una competencia constitucional —ámbito del artículo 93 de la Constitución—, por lo que una simple ley orgánica debía permitir la ratificación del TUE. Ello condujo al Tribunal Constitucional a expresar una queja velada, afirmando que, pese a todo, extendería su examen a todo el texto constitucional<sup>66</sup>.

En segundo lugar, recordando la virtualidad del control de constitucionalidad de los tratados internacionales previsto en el artículo 95.2 de la Constitución, señaló: «de este modo, la Constitución ve garantizada a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (...)»<sup>67</sup>.

Entrando ya en el análisis jurídico del fondo, el alto tribunal indicó que para enjuiciar el artículo 19 TCCE, tres habían de ser las disposiciones constitucionales a retener: el artículo 13.2, que reconoce el derecho de participación política a los «españoles», el ar-

<sup>65</sup> *Ibidem*, considerandos nº 12-15.

<sup>66</sup> «(...) hemos de analizar la eventual contradicción del futuro artículo 8B.1 TCCE con la Constitución y no tan sólo con el artículo 13.2 de la misma (único precepto individualizado en el *petitum* del escrito del Gobierno), pues es (...) la Constitución in toto y no sólo algunos de sus preceptos, la que ha de erigirse en punto de referencia por este Tribunal». Declaración del Tribunal Constitucional, citada, F. J. 2º.

Sobre las materias que también hubieran podido ser analizadas por el Tribunal Constitucional con ocasión de la ratificación del TUE, cf. Carlos RUIZ MIGUEL: «La repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, nº 115, 1994, especialmente, pp. 20-25 y respecto del Tratado de Amsterdam, Francisco Javier DONAIRE VILLA: «El Tratado de Amsterdam y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 119 y ss.

<sup>67</sup> Declaración citada, F. J. 1º.

título 23, que otorga el ejercicio de ese derecho a los «ciudadanos» y el artículo 1.2, que proclama que «la soberanía nacional reside en el pueblo español».

El Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que proceder según el artículo 93 de la Constitución exigía estar ante la cesión del ejercicio de competencias a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurría en este caso, ya que se trataba de extender a quienes no son nacionales unos derechos que, según el artículo 13.2, no podía atribuírseles<sup>68</sup>. En definitiva, el Tribunal Constitucional recordó que el artículo 93 es la sede para atribuir competencias a las Comunidades Europeas, no para una reforma implícita de la Constitución<sup>69</sup>. Como consecuencia, el artículo 13.2 fue reformado añadiendo, como es sabido, el adjetivo «pasivo» al adjetivo «activo», que ya calificaba al sustantivo «sufragio»<sup>70</sup>.

Respecto a las elecciones al Parlamento Europeo, el Consejo Constitucional francés no hizo sino retomar la misma argumentación de su Decisión 76-71 DC sobre la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal directo. En aquella ocasión había afirmado que el Parlamento Europeo estaba compuesto por «representantes de cada pueblo de los Estados miembros», lo que daba a entender que era una elección reservada a los nacionales de cada Estado<sup>71</sup>.

Sin embargo, puede observarse una evolución en su jurisprudencia, pues en 1992 esta noción restrictiva desaparece, de modo que la elección de los miembros del Parlamento Europeo se funda menos en los principios de la representación de los Estados en esa Cámara que en los de la representación de la población.

En su fundamentación jurídica, la Decisión *Maastricht I* rechazó que el artículo 3.4 de la Constitución francesa constituyera un obstáculo para el reconocimiento a los ciudadanos comunitarios no franceses del derecho de sufragio en las elecciones al Parla-

<sup>68</sup> *Ibidem*, F. J. 4º.

<sup>69</sup> El Tribunal llegará a afirmar que «[el artículo 8B TCCE] en cuanto directamente atribuye el derecho al sufragio no cede competencias de tipo alguno, sino que otorga derechos subjetivos, y para hacerlo, visto su enunciado y el del artículo 13.2 de la Constitución, será en todo caso precisa la previa revisión de la Constitución», Declaración citada, F.J. 4º. También, que «una ficción legal (...) no es el medio idóneo para operar sobre lo jurídicamente imposible, como lo es el reformar la Constitución al margen de los procedimientos expresamente previstos con tal objeto en los artículos 167 y 168 (...)», *ibidem*, F. J. 5º.

<sup>70</sup> Sobre los detalles de la tramitación parlamentaria y de la reforma hasta su promulgación y entrada en vigor, cf. Francisco RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht» *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 36, 1992, pp. 244-245.

<sup>71</sup> Bruno GENEVOIS: «Le Traité sur l'Union Européenne et la Constitution. A propos de la Décision du Conseil Constitutionnel nº 92-308 DC du 9 avril 1992», *op. cit.*, pp. 391-3.

mento Europeo por reservarlo a los nacionales franceses. El análisis de la naturaleza del Parlamento Europeo determinó —a los ojos del Consejo Constitucional— la constitucionalidad del derecho examinado<sup>72</sup>. Sin embargo, aunque la Eurocámara sea ajena al orden constitucional francés, sus atribuciones reposan sobre competencias con incidencia directa sobre él, por lo que no resulta muy convincente la argumentación desplegada por el Consejo Constitucional. Sólo en el caso de que el Parlamento Europeo fuera el legislador comunitario único habría que modificar la Constitución francesa pero, incluso entonces, el Parlamento Europeo no participaría del ejercicio de la soberanía nacional, ya que intervendría sólo en ámbitos de competencia comunitaria<sup>73</sup>.

b) *La Unión Económica y Monetaria*

Corolario del mercado interior, la Unión Económica y Monetaria (en adelante, UEM) estaba prevista en el artículo B TUE —que disponía que su estadio final sería la implantación de una moneda única— y como «misión de la Comunidad» en el artículo 2 TCCE. Dividida en tres fases sucesivas, su realización completa estaba prevista en último término el 1 de Enero de 1999<sup>74</sup>, comportando una serie de consecuencias monetarias<sup>75</sup> y económicas<sup>76</sup>.

Con estas premisas, el Consejo Constitucional francés concluiría que el paso a la tercera fase de la UEM privaría a los Estados de un atributo en un ámbito en el que se veían afectadas las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», por lo que concluyó que la Constitución impedía la integración de Francia en la UEM, salvo revisión constitucional<sup>77</sup>.

72 Así, el Consejo Constitucional recordaba que la Eurocámara, aun con el TUE «(...) no constituye una asamblea soberana dotada de una competencia general y con vocación a participar en el ejercicio de la soberanía nacional; que el Parlamento Europeo pertenece a un orden jurídico propio que, aunque integrado en el sistema jurídico de los distintos Estados miembros de las Comunidades, no pertenece al orden institucional de la República francesa». Decisión *Maastricht I*, citada, considerando nº 34.

73 Jean-Paul JACQUE, *op. cit.*, p. 261.

74 Antiguos artículos 109 J.3 y 109 J.4 TCCE.

75 Puesta en funcionamiento del Sistema Europeo de Bancos Centrales; atribución al Banco Central Europeo -cuyo modelo evidente es el Bundesbank alemán- del poder de emisión de billetes de banco en la Comunidad Europea, así como el control del volumen de emisión de piezas de moneda por los Estados; fijación de los tipos de conversión de las monedas de los Estados miembros, así como del del *euro*, que se convierte en una moneda con valor cambiario y que reemplaza a las de los Estados miembros (artículos 105-124 TCCE).

76 Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con la prohibición de déficits públicos excesivos y, en caso de transgresión, sanciones en forma de multa (artículos 104-111 TCCE).

77 Decisión *Maastricht I*, citada, considerando nº 43, p. 165.

Sobre este punto el Consejo Constitucional se atuvo a una concepción clásica del Estado, ya que uno de los poderes estatales que definen su carácter soberano es el de la emisión de moneda en régimen de monopolio. Por otra parte, la inconstitucionalidad también respondía al carácter automático del paso a la tercera fase de la UEM<sup>78</sup>.

Por su parte, el BVerfG declararía la constitucionalidad de esta materia, ya que el artículo 88 de la Ley Fundamental —tras ser reformado— permitía la transferencia de las funciones del Bundesbank al Banco Central Europeo «siempre y cuando éste satisfaga los estrictos requisitos del Tratado de Maastricht y de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales en lo relativo a la independencia del Banco Central y a la prioridad de la estabilidad del valor del dinero»<sup>79</sup>.

El BVerfG recordaría que la UEM consagra la concepción de una comunidad con vocación de estabilidad y, por tanto, muy próxima a los principios rectores de la política monetaria alemana. Ello le llevaría a elaborar tres argumentos complementarios para declarar la compatibilidad de la Ley Fundamental con el TUE en esta materia:

- a) el Banco Central Europeo tiene por misión garantizar la estabilidad de los precios<sup>80</sup>, lo que satisface especialmente la exigencia constitucional contenida en el artículo 88.2 LF<sup>81</sup>.
- b) la UEM —contradiendo los postulados de su homólogo francés— no estaba sometida a un «automatismo» y ello porque el paso a la tercera fase dependía del trabajo preparatorio de los Estados, es decir, de la voluntad política de prepararse para ello y por otro lado porque, llegado el momento, Alemania exigiría que el paso se diera respetando los criterios fijados<sup>82</sup>; por último, porque la evolución de

78 En sus considerandos previos, el Consejo Constitucional recordaba cómo los Estados que cumplieran los criterios de convergencia exigidos no tenían posibilidad de sustraerse a la operación, a diferencia del «opting out» del Reino Unido y de la excepción danesa obtenida para el segundo referéndum sobre el TUE. Bruno GENEVOIS: «Le Traité sur l'Union Européenne et la Constitution. A propos de la Décision du Conseil Constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992», *op. cit.*, pp. 396-7.

79 Sentencia citada, p. 1.025.

80 Artículos 3A.2 (actual art. 4) y 105.1 TCCE.

81 Sentencia citada, pp. 1.019 y 1.022.

82 En este sentido recuerda el principio de cooperación leal contenido en el artículo 10 TCCE que vincula a los Estados y a las instituciones comunitarias como medio para evitar un debilitamiento en la exigencia del cumplimiento de los criterios de convergencia, *ibidem*, p. 1.020. Y hay que recordar que las presiones para rebajar su aplicación rigurosa en la Conferencia Intergubernamental que dio lugar al Tratado de Amsterdam fueron en vano, lo que condujo, por ejemplo, al mantenimiento del procedimiento de cooperación -que desaparecía- prácticamente en exclusiva para este ámbito.

la UEM era suficientemente previsible y por tanto asumible desde el punto de vista parlamentario<sup>83</sup>.

c) El Banco Central Europeo será un banco independiente del poder político —a imagen del Bundesbank—<sup>84</sup>.

c) *Las políticas ligadas a los asuntos de justicia e interior*

El artículo 100 C TCCE —introducido por el TUE— disponía en su párrafo primero que «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, determinará los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros». El párrafo tercero determinaba que esta regla de la unanimidad pasaría a ser mayoría cualificada a partir del 1 de enero de 1996.

Precisamente el abandono de la regla de la unanimidad en el seno del Consejo de la Unión a partir de la fecha reseñada en lo referente a la política común de visados respecto de países terceros supuso que el Consejo Constitucional francés inclinara la balanza del lado de la inconstitucionalidad respecto de esta disposición al suponer «una afectación de las *condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional*»<sup>85</sup>.

La mayoría cualificada no atentaba *per se* contra las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», pero afectaba a una materia en la que sí estaban en juego esas «condiciones esenciales». De este modo, la conjunción de la naturaleza de la materia y de la modalidad de voto, determinó la inconstitucionalidad<sup>86</sup>.

83 Sólo recordó que la unión económica -no la monetaria- que sobrepasara la simple coordinación de las políticas económicas estatales —como indicaba el TUE— exigiría una revisión del Tratado con nueva sanción parlamentaria, *ibidem*, pp. 1.021 y 1.023.

84 «Tal modificación del principio democrático [la creación de un banco central emisor independiente] para garantizar la confianza en el valor de pago de una moneda es defendible, toda vez que tiene en cuenta la peculiaridad -ensayada en el ordenamiento jurídico alemán y acreditada también desde el punto de vista científico- de que un banco central independiente garantiza el valor del dinero y, por lo tanto, el fundamento económico general de la política presupuestaria estatal y para planificaciones y disposiciones privadas en la salvaguardia de las libertades económicas en mayor medida que órganos de soberanía cuyas posibilidades y medios de actuación dependen esencialmente de la cantidad y del valor del dinero disponible, y están sujetos al asentimiento a corto plazo de las fuerzas políticas. La independización de la política monetaria en la competencia soberana de un banco central europeo independiente, la cual no es transferible a otros ámbitos de la política, satisface los requisitos jurídico-constitucionales que permiten modificar el principio democrático», *ibidem*, p. 1.026.

85 Decisión *Maastricht I*, citada, considerando nº 49.

86 Xavier PRETOT, *op. cit.*, p. 335.

De todos modos, el razonamiento no puede hacer olvidar que el modo de votación en el seno del Consejo es una cuestión relativa al funcionamiento interno de las instituciones comunitarias que en nada afecta al reparto de competencias entre los Estados y la Comunidad Europea, por lo que no debiera tener incidencia sobre esas «condiciones esenciales»<sup>87</sup>. En realidad, éstas sólo debieran verse afectadas por la naturaleza de la materia, no por las modalidades de su ejercicio. Con ello, el Consejo Constitucional parece afirmar que la regla de la unanimidad asegura una suerte de «derecho de veto», de modo que Francia podría impedir la adopción de una decisión que no quisiera verse aplicar. Con ello, por otra parte, establece una identidad perfecta entre el Consejo de la Unión y los Gobiernos nacionales, ignorando que el primero es una institución comunitaria o, tal vez, haciendo gala de un despiadado realismo.

Esta volvió a ser la cuestión central del control de constitucionalidad del Tratado de Amsterdam en Francia<sup>88</sup>. Por ello centrará su análisis en el nuevo Título IV del Tratado, «*visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*», que incluye el artículo 73 K sobre asilo, refugiados e inmigración (actual artículo 63 TCCE) y el artículo 73 J sobre cruce de fronteras exteriores e interiores de la Unión (actual artículo 62 TCCE). El primero abarca nuevos ámbitos no cubiertos por el artículo 88.2 de la Constitución francesa y el segundo recoge sólo una parte de esta habilitación —el cruce de las fronteras exteriores—<sup>89</sup>.

Por otra parte, el artículo 73 O (actual artículo 67 TCCE) recoge un cambio en la modalidad de votación en el Consejo para la adopción de medidas relativas a materias cubiertas por los antiguos artículos 73 J y 73 K<sup>90</sup>. Como resultado, el razonamiento seguido será el mismo que en *Maastricht I*: al operarse el cambio sin ratificación nacional posterior, la modalidad de voto, por afectar a una materia en la que están compro-

87 Denys SIMON, *op. cit.*, p. 3.

88 Esta ocasión demostró, por otra parte, que la Decisión *Maastricht I* había supuesto un giro jurisprudencial en el control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Francia, ya que ambas decisiones guardan una gran simetría. Así, confirmó que la soberanía nacional *ex Constitutione* no es obstáculo para que Francia pueda concluir compromisos internacionales para la creación o desarrollo de una organización internacional permanente, dotada de personalidad jurídica y con poderes decisorios propios, como resultado de atribuciones competenciales nacionales, bajo estas condiciones: reciprocidad y ausencia de cláusulas contrarias a la Constitución o atentatorias de las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional». En este sentido, los considerandos nº 6 y 7 de la decisión *Amsterdam* son idénticos a los nº 13 y 14 de la decisión *Maastricht I*.

89 Decisión *Amsterdam*, citada, considerandos nº 11, 15 y 21.

90 Esta disposición preveía que durante un período transitorio de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, las medidas en estas materias se adoptarían por unanimidad y a iniciativa de los Estados. Pasado ese período, las medidas se adoptarían a iniciativa de la Comisión y podrían serlo por mayoría cualificada según el procedimiento de codecisión, según decisión del Consejo por unanimidad.

metidas las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», es inconstitucional<sup>91</sup>.

Respecto del cruce de fronteras exteriores, sin embargo, el Consejo Constitucional aún señalaría que el artículo 73 O recoge el contenido del antiguo artículo 100 C TCCE, por lo que la cosa juzgada se aplicaba en virtud de su decisión *Maastricht II*. Pero afirmaría sorprendentemente que la adopción automática de la mayoría cualificada y del procedimiento de codecisión al término del período transitorio de cinco años en esta materia constituía una nueva modalidad de transferencia de competencias en un ámbito en el que se hallan expuestas las «condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional», por lo que también fue declarada inconstitucional<sup>92</sup>. Resulta sorprendente que el procedimiento de codecisión le pareciera correcto en 1992 e inconstitucional en 1997. Su argumento de que ello se debía a su aplicación en ámbitos afectados por las «condiciones esenciales» no resulta convincente.

Como resultado, la Constitución francesa fue, de nuevo, modificada en este punto bajo la técnica de la descripción de la transferencia, lo que obligará a reformas constantes a medida que avance la construcción europea.

## B) EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El estudio del principio democrático en el ámbito comunitario será el segundo foco de atención de los tribunales constitucionales; sobre todo del alemán –que, de hecho, declaró éste como único motivo procedente del recurso de inconstitucionalidad– y, en menor medida, del danés. Así, el BVerfG partirá de la afirmación de que la transferencia de competencias a la UE no puede acarrear una lesión del principio democrático como resultado de atribuir competencias que en el plano nacional pertenecen al Parlamento federal, a instituciones de la UE formadas por gobiernos nacionales<sup>93</sup>.

El BVerfG proclama de este modo que el principio democrático corre el riesgo de ser vaciado de contenido como consecuencia de la *desparlamentarización*, es decir, del fenómeno por el cual los Ejecutivos nacionales gozan de un papel destacado en el sis-

91 Decisión *Amsterdam*, citada, considerandos nº 23-26.

92 *Ibidem*, nº 27-29.

93 Sentencia citada, p. 993.

tema comunitario a través del Consejo, mientras que los parlamentos nacionales han visto cómo iban siendo desposeídos de competencias en beneficio de aquél a medida que avanzaba el proceso de integración. Si a ello se añade el papel mitigado del Parlamento Europeo en la toma de decisiones, el resultado es lo que se denomina el «déficit democrático» de la Unión Europea<sup>94</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo danés también tuvo que responder a esta cuestión, ya que los recurrentes manifestaban que la cesión de soberanía en favor de la Unión Europea era de tal magnitud que resultaba incompatible con la premisa constitucional del carácter democrático del gobierno<sup>95</sup>. Sin embargo, su respuesta es más pragmática que la de su homólogo alemán, tal vez debido a que la práctica parlamentaria danesa establece un control mucho más estricto y eficaz sobre el mandato de negociación del gobierno en el ámbito comunitario. Así, tras señalar que cualquier atribución de la competencia legislativa a una organización internacional conlleva una cierta intervención en el sistema de gobierno democrático, concluirá que en el caso de la Unión Europea, al estar atribuida la competencia legislativa primariamente al Consejo, «el gobierno danés, responsable ante el Parlamento, puede ejercer su influencia», por lo que «incumbe al Parlamento decidir si la participación del Gobierno (...) debe ser condicionada por un mayor control democrático»<sup>96</sup>.

Con esta respuesta, el Supremo danés señala que son las propias instancias políticas nacionales las que deben decidir el grado de control democrático y el modo de organización interna de la participación de Dinamarca en las instituciones comunitarias. Por ello hay que reivindicar que la quiebra que supone la *desparlamentarización* no es consecuencia del sistema institucional comunitario sino de que la mayoría de los Ejecutivos nacionales la toman como coartada para sustraerse al control parlamentario y acaparar algunas de las competencias que las constituciones asignan al Legislativo en un Estado democrático de Derecho.

El BVerfG señalaría también que el artículo 23 LF admitía que la Unión Europea pudiera llegar a tener su propia soberanía, es decir, que la evolución hacia la unión polí-

94 El Consejo de Niza de diciembre de 2000 incluyó precisamente el papel de los parlamentos nacionales en la construcción europea como uno de los cuatro ámbitos que la Convención y la Conferencia Intergubernamental de 2004 debían estudiar de cara a la reforma de los Tratados (cf. «Declaración sobre el futuro de la Unión»).

95 Peter DYRBERG, *op. cit.*, p. 576.

96 *Ibidem*, p. 586.

tica era posible y tendría cabida constitucional, aunque en ese caso la legitimación democrática no podría ser la misma que en un orden estatal regulado por una Constitución, puesto que dejaría de depender de la voluntad de un único Estado<sup>97</sup>. Y concluía: «interpretar esto como vulneración del principio democrático en que se funda la LF (...) cimentaría una noción de democracia que a cualquier Estado democrático lo tornaría incapaz de integrarse más allá de la norma de la unanimidad»<sup>98</sup>.

El contraste con las decisiones francesas es evidente. Mientras en éstas la presencia de la unanimidad era una garantía para la soberanía nacional, el BVerfG afirma, en cambio, la posibilidad de integrarse en una organización supranacional que, a término, tendría su propia soberanía y se regiría por mayorías, no sin antes afirmar que «sin embargo, esta adhesión exige que se garanticen una legitimación y una influencia emanadas del pueblo incluso dentro de una confederación de Estados»<sup>99</sup>.

Por lo tanto, en el estado actual de evolución de la construcción europea, la ley de ratificación nacional legitima democráticamente tanto la existencia de la Comunidad como sus decisiones, como consecuencia de su aprobación parlamentaria o popular. El BVerfG advierte que ello comporta dos exigencias. En primer lugar, que el principio mayoritario —que acepta— debe hallar su límite en los principios constitucionales y en unos indeterminados «intereses elementales de los Estados» y, en segundo lugar, que incluso en una comunidad no estatal, el principio democrático debe presidir la toma de decisiones. Aquí arranca toda una línea argumental entorno a la *congruencia estructural*, es decir, acerca de si deben aplicarse a la Unión los mismos parámetros democráticos que al Estado. La otra línea argumental se construye alrededor del papel de los parlamentos nacionales como agentes legitimadores de la construcción europea.

Como resultado, el BVerfG sugiere que los requisitos previos que debe comprobar Alemania antes de aceptar embarcarse en etapas sucesivas de la integración europea son la autorización parlamentaria y la existencia de un sistema institucional suficientemente democrático. El primero se concreta en la determinación de las competencias cedidas, de modo que las modificaciones posteriores ya no estarían cubiertas por la

97 Sentencia citada, p. 1.002.

98 *Ibidem*, p. 1.003.

99 *Ibidem*, p. 1.003.

autorización parlamentaria<sup>100</sup>. En esta función legitimadora de la existencia y de la acción de la Unión, el BVerfG sitúa en primer plano a los parlamentos nacionales. Más aún, señalará que la evolución «soberanista» de la Unión debe ser decidida por los pueblos de los Estados miembros por medio de sus parlamentos nacionales, lo que le llevará a elaborar la tesis de la legitimación democrática de la Unión por medio del binomio «parlamentos nacionales-Parlamento Europeo» que, «a título complementario, irradia un respaldo democrático para la política de la Unión Europea»<sup>101</sup>.

En este sentido hay que convenir que en la actualidad, el Parlamento Europeo no ciementa la legitimación democrática de la Unión Europea, en ausencia de un *pueblo europeo*<sup>102</sup>. A pesar del incremento de sus competencias —sobre todo a través de la ampliación del campo de actuación del procedimiento de codecisión—, la legitimidad última de la Unión reposa en las constituciones nacionales. La prueba está en que pese al incremento de competencias que el TUE supuso para la Eurocámara, nunca antes se había vivido una crisis mayor en la legitimidad de la Unión como la que desencadenó su fase de ratificación nacional<sup>103</sup>. De hecho, el BVerfG sólo le concede una «legitimación complementadora», lo que le llevaría a concluir que «a la Dieta Federal alemana habrán de quedarle funciones y competencias de peso sustancial»<sup>104</sup>.

Y sin embargo, ¿están preparados los parlamentos nacionales para sustentar esa legitimación hacia la que se apunta? ¿Cuál es el papel real de nuestros parlamentos en la vida política? Reformas constitucionales en las «cláusulas Unión Europea» como la francesa o la alemana inciden en una mayor participación de sus parlamentos nacionales y regionales en el control de la construcción europea<sup>105</sup>, pese a lo cual resulta difícil imaginar a nuestros preteridos parlamentos controlando eficazmente y fijando con flexibilidad y celeridad los mandatos de negociación de sus delegaciones nacio-

100 Puede observarse cómo el alcance de esta sentencia ha influido notablemente en los desarrollos posteriores de la construcción europea, puesto que al papel de los parlamentos nacionales, se añade con esta nota otro de los puntos que la Conferencia Intergubernamental de 2004 deberá estudiar según el mandato de la Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza: la posible elaboración de un catálogo de competencias de la UE, que puede adivinarse en estas palabras del BVerfG. La posible inclusión de la Carta de derechos fundamentales podría contemplarse asimismo como otra consecuencia, con lo que todos los puntos de la sentencia del Tribunal de Karlsruhe habrían encontrado finalmente eco en la ya célebre Declaración nº 23 sobre el futuro de la UE.

101 Sentencia citada, p. 1.004.

102 J.H.H. WEILER: «Does Europe need a Constitution? (Demos, Telos and the German Maastricht Decision)», *European Law Journal*, nº 1, 1995, p. 282.

103 David ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 23.

104 Sentencia citada, p. 1.006.

105 Artículos 88.4 de la Constitución francesa y artículo 23, párrafos 2º-6º LF.

nales en el Consejo, con la prácticamente única excepción danesa<sup>106</sup>. En realidad, ¿no son los Ejecutivos nacionales los principales interesados en que esta situación se perpetúe, al permitir que sus decisiones escapen al control parlamentario?

Este es el principal fallo de la construcción del BVerfG: su teoriedad. El sistema comunitario supera con creces la democraticidad de la cooperación intergubernamental clásica, que se resume en una información limitada que proporciona el Ejecutivo a su parlamento nacional y en una política de hechos consumados ante la cual el Legislativo sólo puede asentir. ¿Una participación parlamentaria tan reducida puede constituir la fuente principal de una verdadera legitimación democrática para la Unión?<sup>107</sup> En nuestros regímenes parlamentarios, el papel de las cámaras legislativas ha evolucionado profundamente hacia una caracterización como órganos de control del Ejecutivo; como lugar en el que tiene lugar el debate de posiciones entre la mayoría que sustenta al Gobierno y las fuerzas de la oposición, afín de que la ciudadanía pueda contrastar unas posturas y otras. Pero la legitimidad democrática de los Ejecutivos modernos no es menor que la que tienen nuestros parlamentos. Por eso, pretender que el sustento democrático para la construcción europea pasa por conceder mayor papel a los parlamentos nacionales parece, cuanto menos, aventurado<sup>108</sup>.

La afirmación del BVerfG de que la Dieta deberá conservar competencias importantes puede interpretarse en el sentido de que las transferencias de competencias no podrán ser ilimitadas si afectan a la esencia del principio democrático<sup>109</sup>. Es preferible imaginar que éste, junto con los demás principios constitucionales, más que límites a la integración son condiciones que, de cumplirse, autorizarían esas transferencias<sup>110</sup>.

La segunda condición que debía comprobar Alemania para participar de las etapas sucesivas de la integración europea era la suficiencia democrática de las instituciones supranacionales. El BVerfG no exigirá a la Unión la misma forma de legitimación del poder público que en un orden estatal al rechazar la aplicación mimética del principio

106 Sobre el control en sede parlamentaria de la actividad del Gobierno danés en el ámbito de la UE, cf. Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR: «Parlamento Europeo y parlamentos nacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1, UNED, 2001, pp. 178-179.

107 Deirdre CURTIN: «The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces», *Common Market Law Review*, nº 30, 1993, p. 19.

108 Sobre estas cuestiones, ligadas al controvertido «déficit democrático» de la Unión Europea, cf. ROBERTO VICIANO PASTOR: «L'analyse critique du «déficit démocratique» dans l'Union Européenne», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 1.438.

109 Dominik HANE, *op. cit.*, p. 420.

110 Pablo PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad Europea, op. cit.*, p. 124.

de *congruencia estructural*; pero sí un mínimo, lo que denominará el «contenido ineludible del principio democrático», definido como la legitimación popular del poder público y la exigencia de responsabilidad por su ejercicio<sup>111</sup>.

### C) LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De tormentosas pueden calificarse las relaciones que han mantenido tradicionalmente los tribunales constitucionales nacionales —especialmente el alemán y el italiano— con el TJCE en esta materia, debido a la ausencia de disposiciones protectoras de los derechos fundamentales en los Tratados<sup>112</sup>. El control de constitucionalidad del TUE volvió a ser ocasión para un nuevo capítulo de este enfrentamiento. Como es sabido, éste introdujo un artículo F.2 que pretendía ser el punto de anclaje para su protección<sup>113</sup>, al tiempo que el artículo L TUE (actual artículo 46 TUE) excluía inopinadamente la competencia del TJCE sobre el Título en el que se hallaba esta disposición; de aquí las reservas expresadas.

El Consejo Constitucional francés adoptó una postura poco comprometida y en su Decisión *Maastricht I* señaló que la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos estaba asegurada por el artículo F.2 TUE y por el propio TJCE, sobre todo como consecuencia de acciones interpuestas a iniciativa de los particulares<sup>114</sup>. La protección que instaura el TUE le pareció suficiente, sin cuestionar siquiera la limitación del artículo L TUE, sobre la que el BVerfG señalaría sin embargo que «sólo excluye de la jurisdicción del TJCE aquellas disposiciones del TUE que no faculten a la Unión para tomar medidas que tengan efectos directos sobre el titular de derechos fundamentales en el territorio de soberanía de los Estados miembros»<sup>115</sup>.

111 Sentencia citada, p. 1.030.

112 Para un estudio detallado de la evolución jurisprudencial constitucional en esta materia, cf. Marco DARMON: «Juridictions constitutionnelles et droit communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1988, pp. 217-251 y para un estudio más sucinto, David ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, pp. 21-22, o Isabel SCHÜBEL: «La primauté du droit communautaire en Allemagne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 412, noviembre 1997, pp. 623-625.

113 Art. F.2 TUE (actual art. 6 TUE): «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho comunitario». En realidad, esta disposición retoma simplemente lo que había sido la jurisprudencia tradicional del TJCE en materia de protección de los derechos fundamentales.

114 Considerandos nº 17-18.

115 Sentencia citada, pp. 995-6.

Su posición inicial quedó definida así: «el BVerfG garantiza mediante sus competencias (...) que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades. (...) [El BVerfG asegura] la protección de los derechos fundamentales en Alemania y por tanto no sólo frente a órganos estatales alemanes<sup>116</sup>. En cualquier caso, una vinculación internacional de la República Federal de Alemania no podrá aminorar la protección de los derechos fundamentales garantizada frente a los poderes del Estado en Alemania (...)»<sup>117</sup>.

Esta postura ya la había adelantado en su sentencia *Solange II*, al señalar que las transferencias de soberanía a organizaciones internacionales no permitían un socavamiento de la identidad constitucional alemana, definida por el respeto a los derechos fundamentales contenidos en la LF<sup>118</sup>.

Pese a la cita expresa de su sentencia *Solange II*, el BVerfG opera aquí un giro en su jurisprudencia sobre protección de derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Entonces había renunciado a su pretensión anterior —*Solange I*— de ejercer su jurisdicción frente a actos de derecho comunitario derivado a condición de que el nivel de tutela comunitario de los derechos fundamentales no fuera inferior a una tutela, en general adecuada de éstos. Las cosas se presentan de modo distinto ahora. Si entonces reconocía la competencia comunitaria para ejercitar la tutela de los derechos fundamentales con carácter general, excluyendo su intervención de no constatarse una caída inaceptable del estándar protegido, en su sentencia sobre el TUE asume la función de garante general de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, dejando al TJCE la tarea de concreción casuística de la tutela comunitaria, que él examinará como garante último de esos derechos en Alemania. Con ello, el BVerfG esboza un nuevo sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones constitucionales y la comunitaria<sup>119</sup>.

116 *Ibidem*, p. 995.

117 *Ibidem*, p. 998.

118 «En tanto que las Comunidades Europeas y en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen con carácter general una tutela efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que sea equivalente en lo esencial a la tutela de los derechos fundamentales ofrecida como algo irrenunciable por la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal no ejercerá en lo sucesivo su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado que sea invocado como fundamento jurídico de una conducta de los tribunales y autoridades alemanes en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y por tanto no examinará más ese derecho atendiendo al parámetro de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn». (Decisión «*Solange II*», 22-X-1986, B II.1 e, f. Texto íntegro en español en *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3, 1987, pp. 881 y ss.).

119 Antonio LÓPEZ CASTILLO: «De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF): Comentario a la sentencia-Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, pp. 230-232.

Bajo la apariencia de colaboración se halla un auténtico control de la «corrección» de la jurisprudencia comunitaria. La razón que emplea el BVerfG es que la protección de los derechos fundamentales que garantiza la Ley Fundamental no se reduce a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos alemanes sino que también debe abarcar las situaciones que se den *en* Alemania, independientemente de la autoridad pública autora de la transgresión<sup>120</sup>. Hasta entonces, el BVerfG sostenía que únicamente podían ser objeto de recurso de amparo los actos que lesionaran derechos fundamentales provenientes de los poderes públicos alemanes, pues eran los únicos sometidos a la Ley Fundamental. A partir de esta sentencia se amplía el concepto de poder público susceptible de violar los derechos fundamentales protegidos por ésta<sup>121</sup>.

De este modo, también las Comunidades Europeas, y principalmente el TJCE, se hallan directamente vinculados por los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental, lo cual no deja de ser sorprendente porque con esta afirmación, el BVerfG desconoce que el TJCE es la única instancia legítima para enjuiciar actos de las instituciones comunitarias. Tratándose de órdenes jurídicos autónomos, el respeto de las competencias materiales de ambas instancias judiciales resulta tan esencial como básico.

Por añadidura, el BVerfG olvida que la protección de los derechos fundamentales es una obligación asumida por el TJCE desde pronunciamientos ya antiguos, ya que en ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, éste ha venido actuando en su defensa -hasta ahora sin fundamento jurídico positivo para ello-, como reacción a los desafíos planteados por los tribunales constitucionales nacionales. En realidad, el BVerfG parece deducir la obligación de respetar los derechos fundamentales consagrados por la Ley Fundamental de su sentencia, cuando no hace sino atribuirse lo que viene siendo la práctica jurisprudencial del TJCE<sup>122</sup>.

Sin duda, éste es un conflicto potencialmente eterno, por lo que a la pregunta «¿hasta cuándo *Solange?*», puede responderse que *Solange* permanecerá mientras exista la Ley

120 Dominik HANF, *op. cit.*, p. 413.

121 Torsten STEIN, *op. cit.*, p. 760. *Cf.* en este sentido la sentencia citada, p. 995.

122 Así, el respeto a los derechos fundamentales en el ámbito comunitario forma parte de los principios generales del derecho comunitario, según el TJCE. Para determinarlos, éste ha tomado diversas fuentes de inspiración; entre ellas, las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». En este sentido, hay que hacer referencia a sentencias clásicas como «*Erich Stauder/Ulm*», 29/69, de 12-XI-69, Rec. 1969, pp. 419-430, «*Internationale Handelsgesellschaft gmbH/Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*», 11/70, de 17-XII-70, Rec. 1970, pp. 1.125-1.158 o «*Nold, J., Koblen und Baustoffgrosshandlung/Comisión*», 4/73, de 14-V-74, Rec. 1974, pp. 491-516.

Fundamental o mientras los Tratados no legitimen al TJCE para ir más allá de una protección pretoriana de los derechos<sup>123</sup>. Desde la perspectiva constitucional, esto es lógico, puesto que la misión de todo tribunal constitucional es la defensa de la carta magna. Sin embargo, el problema que crea al TJCE es enorme, puesto que le obliga a conjugar en solitario la construcción de una comunidad de Derecho con la necesidad de garantizar la primacía del derecho comunitario en su aplicación e interpretación.

Es cierto que una defensa puramente pretoriana de los derechos fundamentales es insatisfactoria, pero la causa hay que buscarla en la negativa de quienes se resisten reiteradamente a crear un sistema adecuado para su protección en la Unión Europea, es decir, los Estados. La insistencia en la necesidad de ese catálogo comunitario -vana pretensión durante años y verdadera clave del problema- encontró por fin eco en la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000, pero, una vez más, la situación, lejos de solucionarse se complica al negar fuerza jurídica alguna a este texto<sup>124</sup>. Una vez más, las esperanzas se han quedado en ese estado, pese a lo cual, el TJCE se *inspirará* de su contenido. La obstinación de los autores de los Tratados por posponer *ad calendas grecas* esta cuestión central del devenir de la Unión podría, sin embargo, tocar a su fin si finalmente la Conferencia Intergubernamental de 2004 introduce la Carta en el «Tratado constitucional», como una suerte de Preámbulo del mismo. Como es norma en los últimos tiempos, cuando las cuestiones definitivas, aquellas que deben significar un paso hacia delante en el objetivo primigenio de la construcción europea se convierten en insoslayables, la huida hacia delante es la respuesta más común.

## CONSIDERACIONES FINALES

La construcción europea se halla de nuevo en la encrucijada, pero en los últimos tiempos ha estado invitada al tren de la Historia en tantas ocasiones que resultará intere-

123 Dominik HANE, *op. cit.*, p. 414, recordando su artículo «Solange II: Wielange noch *Solange*», *EuGRZ*, nº1-4, 1987, pp. 1 y ss.

124 Sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y su virtualidad, *cf.* Ricardo ALONSO GARCÍA: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, 2001, pp. 13-43 y en el mismo número, Alejandro SAIZ ARNAIZ: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿qué hay de nuevo?», pp. 153-170.

sante observar qué estratagema tejen esta vez los Estados para hacerle creer que puede seguir esperando en el andén; cuatro reformas de los Tratados en los últimos diez años resultan un tanto excesivas como para engañar al más cándido de sus pasajeros.

Hasta los Tribunales constitucionales nacionales han advertido del «momento crítico» en que nos hallamos. Así, del estudio de sus decisiones relativas a las últimas reformas de los Tratados Constitutivos se puede constatar en primer lugar que éstos se resisten a extraer todas las consecuencias de la autonomía del orden jurídico comunitario, convirtiendo su relación con la Constitución en la asignatura pendiente; tal vez porque los Tratados también aspiran a ocupar el puesto supremo de las Constituciones en el ordenamiento jurídico interno. Y, en segundo lugar, que al adoptar unas posiciones agresivas en defensa de las bases en que se asienta el Estado, se han encargado de denunciar que el engarce entre el ordenamiento jurídico comunitario y la configuración jurídico-política de nuestros Estados resulta ya insostenible, propugnando por ello encaminarse hacia una solución definitiva.

También se observa el retorno de un concepto estático y clásico de la soberanía. Y sin embargo, la resistencia de los Estados a aceptar que se han desprendido de parcelas significativas de ésta, expresada en alambicadas fórmulas y argumentaciones jurídicas de sus tribunales constitucionales, recuerda al clásico cuento infantil de los hermanos Grimm, en el que el Estado habría ido despojándose de atributos esenciales pero continuaría proclamando su soberanía, hasta que un niño gritara que está desnudo.

El balance de estas sentencias ofrece la imagen de unos tribunales constitucionales que han adoptado definitivamente una postura vigilante frente a la construcción europea, por lo que no resulta sorprendente que tan sólo en Francia fuera objeto de control el Tratado de Amsterdam: si la ratificación del Tratado de Maastricht fue un quebradero de cabeza para los Estados, imaginemos a unos tribunales constitucionales ávidos de enfrentarse a su sucesor; ¡no digamos ya al de Niza!<sup>125</sup>.

Cabe pensar que el origen de estos enfrentamientos es que las constituciones nacionales eran un traje perfecto para el Estado pero inadecuado para las exigencias de la Unión Europea, por lo que la situación que se ha descrito puede eternizarse y, lo que

125 J.H.H. WEILER: «Fédéralisme et constitutionnalisme: le *Sonderweg* de l'Europe», en Renaud DEHOUSSE (dir.): *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, París, 2002, p. 166.

es peor, enrarecerse aún más. ¿Tiene remedio? En realidad sí, pero depende de quienes, en última instancia, reforman los Tratados, es decir, de los Estados. Y cada vez resulta más evidente que los Gobiernos nacionales no tienen el menor interés en ello. La situación actual, por insostenible que pueda resultar, beneficia sus intereses, ya que les permite seguir controlando los destinos de la construcción europea, al ser sus actores privilegiados.

La solución a este pulso exige clarificar los términos del debate y ello pasa indefectiblemente por tener un proyecto definido. Sin embargo, la construcción europea sigue elaborándose en términos de despotismo ilustrado, a pesar de los *referenda* danés de 1992 e irlandés de 2001 y, así, la redacción del «Tratado constitucional» —una categoría novedosa en la teoría del Derecho— resulta otra huída hacia delante. Nuestros gobernantes se niegan a expresar a la opinión pública qué se quiere hacer, qué se puede hacer juntos, cómo llevarlo a cabo y el coste y los beneficios de cada opción. En suma, si la opinión pública se moldea según los mensajes que recibe, los ciudadanos no pueden comprender cómo sus responsables políticos les envían consignas contradictorias en referencia a la Unión Europea, dado que en ocasiones ésta resulta nefasta para los «intereses nacionales» y es sede de un déficit democrático difícilmente soportable y, paradójicamente, pasa a tener que ser apoyada —como un axioma—, según una propaganda vacua e instrumentalizada, en las contadas ocasiones en que el pueblo ha sido consultado. ¿Cómo es posible presentar al mismo tiempo los logros de la construcción europea como éxitos negociadores de nuestros Gobiernos nacionales y atribuir todos los males a la «eurocracia» de Bruselas?<sup>126</sup>

La formación de una opinión pública europea pasa necesariamente por preparar honradamente a la ciudadanía acerca de la necesidad de dar un marco jurídico y político estable a la UE. Por ello, la virtualidad del actual proceso de reforma de los Tratados encabezado por la Convención y la posterior Conferencia Intergubernamental debiera estar en responder definitivamente a la cuestión de si es posible que el proceso de integración europea continúe avanzando sobre sus bases actuales hasta alcanzar un equilibrio que orbite alrededor del *federalismo* —que permitiera superar la situación de confusión en que se halla actualmente y que no pasa necesariamente por la adopción de una Constitución formal— o si, por el contrario, esa intensificación supone la

126 Vid. Roberto VICIANO PASTOR: «L'analyse critique du «déficit démocratique» dans l'Union Européenne», *op. cit.*, pp. 1.455-1.457.

ruptura de esas bases<sup>127</sup>. Pero hay que identificarlo primero y aprobarlo democráticamente después.

Por ello, el «Tratado constitucional» acoge la terminología de la solución, pero rechaza el contenido de ésta. Probablemente, la ausencia de un *pueblo europeo* esté en la raíz del problema, ya que no existe el sujeto político, el *demos* europeo, que sea su titular. Y aunque es cierto que dicho *demos* puede nacer precisamente con ocasión de la adopción de un texto constitucional —como se encarga de recordarnos la experiencia constituyente americana—<sup>128</sup>, hay que convenir que dicho pueblo debe manifestar su voluntad en tal sentido, lo que sigue sin verificarse en el caso europeo.

Por todo ello, cabe concluir que el paso del *despotismo ilustrado* al *Estado democrático europeo* exigirá aún pequeñas revoluciones.

127 Luciano PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pp. 144-145.

128 Roberto VICIANO PASTOR: «El largo camino hacia una constitución europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1, UNED, 2001, p. 98.