

LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE EL ARTICULO 13.2 DE LA CONSTITUCION  
(DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DE LOS EXTRANJEROS):  
UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INNECESARIA O INSUFICIENTE

Araceli MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público.  
Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario.  
Universidad de Salamanca

SUMARIO

1. CUESTIONES FORMALES PREVIAS.—2. ALCANCE DEL REQUERIMIENTO.—3. LA CONTRADICCIÓN ENTRE EL ARTICULO 8 B.1 DEL TCE Y EL ARTICULO 13.2 DE LA CONSTITUCIÓN. EL SIGNIFICADO DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—4. NUEVOS PROBLEMAS.—5. EL ARTICULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA ATRIBUCIÓN DE DERECHOS.

**1. Cuestiones formales previas**

El Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992<sup>1</sup> ha constatado que el artículo 8 B.1 del Tratado de la Comunidad Europea, tal como ha sido modificado por el Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, es contrario «al art. 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles».

El sucinto análisis que haré en estas páginas se centra en el análisis de la, a mi juicio, *inexistencia de tal contradicción* y de los argumentos utilizados por el Tribunal. Es evidente que en la Declaración pueden interesar otros aspectos, como los relativos al hecho de la utilización por vez primera, desde la vigencia de la Constitución, del procedimiento del

<sup>1</sup> BOE de 24 de julio de 1992, supl. del núm. 177, pp. 2-7; también está publicada en RIE, 1992-2.

artículo 95.2 de la misma. Pero su análisis desbordaría los límites del debate propuesto por esta *Revista*.

Antes de pasar a la cuestión de fondo anunciada, es pertinente señalar que el Tribunal y su Magistrado Ponente (el procesalista don Vicente Gimeno Sendra) se han visto atrapados por el enjambre del TUE y no han sabido sobreponerse a la complejidad técnica que ha alcanzado el Derecho Comunitario originario. Así, a lo largo de la Declaración citan incorrectamente el «art. G B, 10» del TUE que contendría el nuevo artículo 8 B.1, objeto de la contradicción. Si se consulta bien el TUE se observará que es el artículo G (apartado o punto) C pero no el apartado; posiblemente también, aunque parezca extraño, la representación del Gobierno utilizó una versión anterior a la de la firma (7 de febrero) a pesar de que el requerimiento se hizo en mayo.

Que el TUE y los Tratados que lo conforman son un avispero de letras y números (TUE) y de números y letras (los demás Tratados) lo prueba el hecho de que llega un momento en que el Tribunal Constitucional considera los cinco artículos 8 A, 8 B, 8 C, 8 D y 8 E como apartados del artículo 8 del Tratado de la Comunidad Europea (FJ 3 A).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional no debe tener un «libro de estilo» para las abreviaturas y en cada sentencia y declaración prodiga su imaginación: en la STC 28/1991 hablaba del «Tratado CEE» (y confundía una norma originaria con una de derecho derivado); en la STC 64/1991 lo abrevia como «TCEE» y, ahora, en la Declaración lo enrevesa como «TCCEE». Y, además, el Tribunal no se percibe que el artículo G del TUE en su punto primero le cambia el nombre a la CEE por CE (Comunidad Europea)... Luego, nunca debió citar al artículo en cuestión como artículo 8 B del TCCEE, porque ese precepto no existe en ese Tratado. Así pues, yo me referiré al artículo 8 B TCE.

La segunda y última cuestión es general: rehúsa denominar su labor interpretativa como «Dictamen» porque a su entender un dictamen no es una decisión vinculante, sino una mera opinión fundada en Derecho y «este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo» (FJ 1).

La primera observación es que tanto una «Declaración» o decisión como un Dictamen comparten la característica esencial de estar *fundadas en Derecho* y no se entiende que califique a un Dictamen como «mera opinión».

La segunda observación es que quizá el Magistrado Ponente estaba pensando en los dictámenes hechos por jurisperitos a cambio de una contraprestación económica; pero seguramente debía saber que además de esa especie económica (no siempre de valor jurídico), renombrados Tribunales tienen atribuida la competencia de emitir Dictámenes, con esta honrosa denominación, de naturaleza *vinculante* y, por tanto, con los efectos materiales propios de la cosa juzgada.

Así es el caso, sin ir más lejos, del propio Tribunal de Justicia de las Co-

munidades Europeas cuya competencia consultiva a requerimiento de las Instituciones comunitarias (Comisión o Consejo) o de los Estados miembros le está reconocida para un supuesto similar (art. 228.1 CEE) al del artículo 95.1 de la CE (control previo de la constitucionalidad de los Tratados internacionales en ambos sistemas jurídicos). El resultado de su control tiene el mismo valor que en el sistema español: si decide en el Dictamen que hay contradicción ese Tratado no puede ser concluido sin la previa modificación del convenio en cuestión (que, en el caso comunitario, de nuevo debe ser examinado por el TJCE para comprobar que se ajusta a su Dictamen)<sup>2</sup> o bien habría de revisarse la «Constitución» comunitaria, es decir, la norma de Derecho originario con la que entra en contradicción.

## 2. Alcance del requerimiento

Sorprende que ante un Tratado de tal envergadura política en todos sus aspectos, incluso en los más técnico-económicos de la Unión Económica y Monetaria, como es el Tratado de la Unión Europea, el cual afecta a los clásicos *derechos regalianos* del Estado<sup>3</sup>, el Tribunal se haya limitado en su Declaración a analizar la compatibilidad de uno solo de sus preceptos (art. 8 B.1) con la Constitución. Así, el trabajo ha sido menor y más fácil. La inhibición del Tribunal en el fondo es muy cómoda, políticamente hablando, para el Gobierno, el cual puede escudarse en que ha consultado al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad del conjunto del TUE con la Constitución y el Tribunal sólo ha encontrado una contradicción muy específica y limitada: el señuelo fue lo único que supo ver el Tribunal. Sobre todo porque lo que ha visto el Tribunal en el artículo 8 B.1 y, de forma especial, a partir de lo que ha dicho del artículo 13.2 pudo haber constatado alguna que otra contradicción en los Tratados en vigor.

Yo creo que el Tribunal Constitucional ha hecho dejación de sus responsabilidades de guardián de la Constitución y debió haber examinado el TUE en su conjunto abordando las cuestiones más vidriosas para con-

<sup>2</sup> Así, recientemente, los Dictámenes 1/91 y 1/92 sobre el «Espacio Económico Europeo»; aún no publicados en la Recopilación, pero pueden verse en *RIE*, 1992-1, pp. 226-259, y 1992-2, pp. 597-631. Un comentario sobre los mismos a cargo de A. VALLE GALVEZ en *RIE*, 1993-1, pp. 155-193. Con carácter general, *vid.* M. DIEZ DE VELASCO, «La compétence consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 177-194.

En el ámbito de la jurisdicción internacional universal, el Tribunal (Corte) Internacional de Justicia tiene reconocida la competencia para emitir «opiniones consultivas» con efectos obligatorios en algunos ámbitos (Convenio sobre privilegios e inmunidades, Estatuto del Tribunal Administrativo de NU y en el de la OIT).

<sup>3</sup> Así lo ha constatado la mayoría de la doctrina; *vid.* mi artículo «El Tratado de la Unión Europea: una perspectiva general», en *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, octubre de 1992, pp. 13-62, pp. 27-28 y 36.

firmar o no su compatibilidad. El Gobierno le hizo esa consulta *general* al requerirle que se pronunciase el Tribunal «sobre la constitucionalidad del recurso a la vía del artículo 93 de la Constitución en orden a determinar su adecuación y suficiencia a los efectos de la aprobación del Tratado de Maastricht» (Antecedentes 2 y FJ 2). El Tribunal creyó ver en ello una «trampa» y consideró que la cuestión «decisiva y nuclear» era la relativa al derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (FJ 2); en definitiva, se impusieron los intereses de los *mass media* en el contraste sereno y riguroso del Tratado de la Unión Europea con la Constitución.

En mi opinión, la petición del Gobierno era simultáneamente genérica (sobre todo el TUE) y específica (sobre la cuestión del sufragio pasivo), pero esta concreción no condicionaba en nada al Tribunal si éste hubiera examinado el contenido del TUE y lo contrastaba con la Constitución: en ese análisis habría salido a escena el problema que se planteaba en el artículo 8 B.1, y manteniendo la construcción que ha hecho hubiera declarado la insuficiencia del artículo 93 de la Constitución y la necesidad de la reforma previa por la vía que ha establecido; pero a lo mejor el Tribunal habría detectado otros problemas y los habría resuelto favorable o desfavorablemente. El Gobierno no condicionaba el resultado al requerirle su juicio vinculante sobre el conjunto del Tratado; el hecho de que el Gobierno en la segunda consulta le pidiese que examinase, «en su caso», la cuestión específica del artículo 8B.1 del TCE es porque ésta había levantado una polvareda en los medios de comunicación. Es verdad que el Gobierno en sus alegaciones estimaba que el artículo 93 era el procedimiento adecuado para obtener la autorización parlamentaria para la prestación del consentimiento al TUE, pero para *todo el TUE* y no sólo para saldar la aparente contradicción entre el artículo 8 B.1 del TCE y el artículo 13.2 de la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal no entiende el requerimiento y contesta diciendo que no se limitará al examen del artículo 8 B.1 del TCE con el artículo 13 de la Constitución, y, con razón, dice que comparará el precepto comunitario con la Constitución «in toto» (FJ 2, *in fine*). Pero yo creo que el mismo razonamiento, la salvaguardia de la Constitución en su conjunto, le debió guiar para decidir examinar si alguna *otra* disposición del TUE entraba en conflicto con la norma fundamental.

En definitiva, al invertir el orden del requerimiento del Gobierno en su respuesta (limitándose a la cuestión específica) el Tribunal no sólo cometió un error metodológico, sino que no cumplió su obligación constitucional de examinar la constitucionalidad del TUE (ap. 2, Antecedentes) como le solicitó el Gobierno. Si creyó huir de una supuesta trampa, cayó en ella. Cuando aborda en el FJ 4 (después de haber determinado la incompatibilidad y la exigencia de la reforma constitucional previa) la cuestión de la adecuación del artículo 93 de la Constitución ahora sí que se encuentra el Tribunal encadenado en su razonamiento a la cues-

ción de si este especial procedimiento permitiría salvar la incompatibilidad; pero ya limita la comparación constitucional al artículo 13.2 y a su eventual «pantalla» (el art. 93). En la primera aparición en la escena constitucional del artículo 95 su fiel guardián no entendió la trama de este precepto de la Constitución.

### 3. La contradicción entre el artículo 8 B.1 del TCE y el artículo 13.2 de la Constitución.

#### El significado de la ciudadanía de la Unión

Para el contraste del artículo 8 B.1 del TCE, el Tribunal retiene tres preceptos constitucionales (arts. 13.2, 23 y 1.2). Al examinar aquella norma comunitaria con el artículo 13.2 al Tribunal le basta con una página escasa en la que parafrasea la norma comunitaria y la constitucional para decidir la suerte final de la Declaración. Como una norma dice literalmente una cosa y la otra dice otra (aparentemente) distinta, así sin razonamiento alguno, sin fundar en Derecho (que no es sólo transcribir dos preceptos), en definitiva, sin construcción lógico-jurídica, decide en dos párrafos del FJ 3 A la necesidad de reformar la Constitución. Ahí queda dirimido todo. Ya no precisaba más.

Incluso a partir de ahí no debió precisar más, pues especialmente en el apartado B) del mismo Fundamento Jurídico lo que hace, al interpretar el artículo 23 (cargos públicos, función pública), es sembrar una duda, duda de la que no es consciente: la duda de si esta reforma es insuficiente y si desde 1986 no viviremos instalados peligrosamente en la inconstitucionalidad. Así sucede en relación con el derecho de acceso a la función pública —sin actividad *iure imperii*— de los nacionales de los Estados miembros y con otros derechos como el de libre circulación y residencia que la Constitución reserva a los españoles y que los tratados constitutivos extienden a los comunitarios.

Por lo que se refiere al artículo 13.2 de la Constitución, dado que el Tribunal no hace un análisis del mismo y tampoco del artículo 8B.1 ni de la nueva categoría jurídica que se introduce en el TUE, mediante la institución de la «ciudadanía de la Unión», habrá que interpretar el texto comunitario para saber si el hermético fallo del Tribunal, aun *sin* razonamiento, es o no correcto.

El Tribunal no deduce nada sustantivo de los artículos 8 a 8 E del TCE y se refiere con indiferencia al «tercer 'status' común». No deduce que se trata de una verdadera categoría jurídica a la que se vinculan derechos específicos que configuran un verdadero estatuto civil y político, más otros de índole económica y social y una organización de un sistema de protección jurídica (derecho de petición, *ombudsman*) y jurisdiccional de los derechos. No extrae ninguna consecuencia jurídica de lo que denomina «una parcial superación del tradicional binomio nacional/

extranjero» (FJ 3 A). Resulta obvio que las instituciones jurídicas pueden ver aparecer otras nuevas, que las nuevas categorías pueden tener su propia autonomía o tenerla parcialmente y compartir derechos y obligaciones. Y lo que ha hecho el TUE es crear una nueva categoría, la de ciudadano de la Unión, a la que confiere un estatuto jurídico en el que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales no es el más destacado, aunque sea muy aparente y sirva de reclamo para los medios de comunicación.

En esta materia el Tribunal debió haber indagado si la categoría, si la institución de la ciudadanía de la Unión misma es o no compatible con la Constitución. Claro que debía de haber estudiado algunos preceptos más que el artículo 8 B.1 y haber hurgado en las interrelaciones de la segunda parte del TCE con la primera («Principios», art. 6, principio de igualdad de trato) y con, por ejemplo, la tercera parte («Políticas», art. 48 TCE, derecho de libre circulación y residencia). Si la institución como tal fuera incompatible entonces su Declaración hubiera tenido una construcción, un fundamento lógico.

Sin embargo, no analiza el análisis de conjunto de la nueva categoría y su conformidad con la Constitución. Ahora bien, llega a la conclusión de que la Constitución solamente admite las dos categorías clásicas, el binomio ciudadano/extranjero, y que, por tanto, los ciudadanos de la Unión no son tales en España, sino extranjeros. Este es el resultado real al que ha llegado indirectamente: que la categoría es inadmisiblemente constitucionalmente. Es obvio que en la mente del legislador constitucional de 1978 no había otra alternativa al binomio clásico. Pero el Tribunal tenía la alternativa de la interpretación jurídica conforme al principio del efecto útil.

Para evitar esa conclusión general sobre la ciudadanía de la Unión niega categoría a la institución y poder al legislador para crear el nuevo *status* señalando con desden que así podría «el legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 CE». En ese párrafo segundo del FJ 5 niega sin paliativos la existencia de un nuevo estatuto ciudadano: el legislador de la nacionalidad —dice el Tribunal Constitucional— «no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición [nacionales españoles], reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les está vedado por el artículo 13.2 de la Constitución».

El Tribunal relega la institución de la ciudadanía de la Unión al mundo de la fraseología europeísta, de la retórica, y se limita a un derecho específico. Y, desde luego, no parece que el Tribunal haya tenido conocimiento del resto de derechos comprendidos en los artículos 8 a 8 E y en el resto del articulado de los Tratados. Al fin y al cabo el «trato nacional» aparece en numerosos ámbitos.

Sin embargo, considero esencial la nueva institución, como una verdadera y nueva categoría jurídica, que como nueva, obviamente, la Constitución no pudo entreverla ni tampoco negarle o privarle de los derechos que ahora se han acordado a la misma. Ahora bien, su no previsión en la Constitución no significa que la institución de la ciudadanía de la Unión y su régimen jurídico sean contrarias a la misma o sólo se puedan ubicar en el régimen de los extranjeros. El Tribunal Constitucional debió utilizar el arsenal de medios de interpretación a disposición de toda jurisdicción y aplicar el principio de efecto útil para superar la clásica dicotomía «español-extranjero»; es decir, debió hacer una interpretación que permita dar a las normas constitucionales un significado actual y adecuarlas a la evolución de los conceptos y a las necesidades nuevas.

Las características de la nueva categoría son también decisivas para entender sus efectos internos. He aludido a que esta categoría se nutre de derechos específicos de carácter autónomo o propios de la órbita comunitaria, pero los núcleos más importantes son los derechos y deberes de orden interno, pues el objetivo último de la ciudadanía de la Unión es la igualdad de trato o trato nacional entre los ciudadanos de los Estados miembros. Es decir, en dos imaginarios círculos, el círculo de la ciudadanía de la Unión coincidiría casi totalmente con el círculo nacional, de forma que la esfera interna de derechos *exclusiva* del nacional de un Estado miembro en comparación con el ciudadano de la Unión residente en ese Estado miembro se limitaría a la participación política parlamentaria y regional, a la reserva de la función pública de imperio (FFAA, Policía, Cuerpo Diplomático, Abogados del Estado, etc.) y cargos «políticos» de la Administración y a los deberes militares.

En definitiva, como consecuencia del principio de no discriminación (o de igualdad de trato) y del derecho de libre circulación de personas y residencia la ciudadanía de la Unión se nutre del llamado trato nacional: ése es su eje, su esencia. Lo que ocurre es que los ciudadanos de la Unión conservan su nacionalidad y la necesitan como condición *sine qua non* para ser ciudadanos de la Unión, es decir, para acceder en los otros Estados miembros a la esfera de derechos de los nacionales.

El Tribunal Constitucional debió tener en cuenta las características de esta institución y decir si las mismas son o no compatibles con la Constitución: si cabe la asimilación en una amplia esfera de los ciudadanos de la Unión a la condición de nacionales españoles; si es posible otorgarles el trato nacional o no en su calidad de ciudadanos de la Unión y no como extranjeros. Porque lo que la institución de la ciudadanía de la Unión hace es integrar *aún más* a los pueblos de los Estados miembros a través de la cobertura jurídica del nuevo concepto y de nuevos derechos (como el de sufragio activo y pasivo en el lugar de residencia en las elecciones municipales y europeas). Este nuevo derecho es *complementario* del de libre circulación y residencia; es una prolonga-

ción lógica del artículo 8 A y de los artículos 3 y 7 A del TCE (estos últimos preceptos obligan a España desde 1986, aunque a raíz de esta Declaración también puedan ser inconstitucionales).

Todo un conjunto de disposiciones de Derecho originario y derivado han hecho que los nacionales de los Estados miembros estén muy lejos del régimen de extranjería y que disfruten de un denominador común de derechos tan amplio e importante que puedan ser asimilados, salvo en las esferas muy sensibles de soberanía, a los nacionales. La norma de trato nacional es la regla en la Comunidad Europea.

Por ello, resulta incomprensible que el Tribunal Constitucional no tenga en cuenta la nueva institución y su esencia y significado de equiparación de los ciudadanos de la Unión, y rechace su existencia como categoría jurídica propia y la incardine en la parte de binomio con la que menos concuerda: con la categoría del extranjero. Resulta, pues, que con la reforma exigida por el Tribunal Constitucional los ciudadanos de la Unión residentes en España no son tales, sino extranjeros y votan en su calidad de extranjeros.

Y lo que resulta de la Declaración del Tribunal, al incardinar en la segunda frase del artículo 13.2 el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión, si media tratado o una ley, es que se podrá extender el derecho de sufragio pasivo a otros residentes extranjeros no comunitarios. Lo que la Constitución no quiso para los extranjeros, ahora tal posibilidad es universal so pretexto de extenderlo a quienes podrían acceder por la esfera específica de la ciudadanía de la Unión en la que están situados jurídicamente.

Yo creo que si al Tribunal Constitucional se le hacía difícil considerar como «asimilados» a los españoles a los ciudadanos comunitarios y, por tanto, incluidos en la expresión constitucional «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos por el art. 23» (lo que hasta cierto punto se comprende esa resistencia), entonces lo que resulta inaceptable es que contrariando el compromiso adquirido en el TUE los califique de extranjeros.

Si consideraba que la Constitución de 1978 no permite otra alternativa que el binomio y que el principio del efecto útil no es admisible en el Derecho español, entonces lo que tenía que haber declarado con claridad es que la institución como tal no es compatible con la Constitución o que al no estar contemplada y ser un conjunto de derechos y obligaciones nuevos debe preverse su estatuto en el articulado de la misma y exigir que la Constitución contemplase de forma concreta la nueva ciudadanía de la Unión y se aludiese a su estatuto con una remisión al Tratado de la CE.

En mi opinión, la conclusión implícita a que llega el Tribunal Constitucional de que añadiendo el carácter pasivo al sufragio previsto para los extranjeros en el artículo 13.2, y que han acatado el Gobierno y las Cortes al reformar la Constitución (*BOE* de 28 de agosto de 1992), no ha sido la idónea. Aun en el supuesto de que se aceptara su resistencia a

asimilar a los comunitarios al trato nacional, la solución no ha debido ser la de añadir «y pasivo» en el artículo 13.2 de la Constitución.

El problema está en la expresión «solamente», que era la que había que haber hecho desaparecer y añadir: «Los ciudadanos de la Unión, residentes en España, serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». O «sin perjuicio de los derechos y deberes previstos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea para los ciudadanos de la Unión, residentes en España, los españoles serán titulares de los derechos reconocidos...».

De un lado, tal remisión no es una carta en blanco, pues cualquier cambio del estatuto requerirá la conformidad del Gobierno (en la adopción del Tratado) y de las Cortes (en la autorización de la manifestación del consentimiento).

De otro, se da carta de naturaleza a la institución y al desarrollo evolutivo de su estatuto, con el doble control señalado, y evitando otras dudas en materia de libre circulación y residencia (art. 19 de la CE) y de función pública (art. 23), por ejemplo, y teniendo así un instrumento flexible que evite otros sobresaltos constitucionales que la espiral de la integración pudiera depararnos en la vecindad del milenio.

Es una ironía que el Estado que protagonizó la iniciativa de la institución de la ciudadanía de la Unión la rechace constitucionalmente—según interpretación del Tribunal Constitucional— y mantenga a los ciudadanos de la Unión en la categoría clásica de extranjeros. Extranjeros privilegiados, pero a efectos del sufragio pasivo como cualquier otro extranjero que tenga la misma suerte que el comunitario (reconocimiento por un tratado).

J. M. KEYNES decía que «la dificultad no está en comprender las ideas nuevas, sino en abandonar las ideas antiguas».

#### 4. Nuevos problemas

Una vez que el Tribunal Constitucional estableció la contradicción entre el artículo 8 B del TCE y el artículo 13.2 de la CE, indaga los efectos de la remisión de este último precepto al artículo 23 (cargos públicos) y sus eventuales consecuencias sobre el procedimiento de revisión (sistema complejo del artículo 168 de la CE).

Para el Tribunal el artículo 23 no es atributivo de derechos, sino la concreción del principio de igualdad a efectos de la provisión de cargos y función pública. De ese precepto, dice, no se deriva prohibición para los no nacionales de derechos políticos ya sea en materia de sufragio o de otros derechos. Para el Tribunal la norma que prohíbe a los no nacionales el sufragio pasivo y los derechos previstos en el artículo 23 es el mencionado artículo 13.2: éste excluye a los no nacionales de los

derechos reconocidos en el artículo 23 «restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles». El Tribunal utiliza este razonamiento para encauzar la reforma que ha establecido en el apartado anterior (FJ 3 A) por el procedimiento simplificado del artículo 167; pero esta maniobra puede desencadenar un temporal de dudas.

En efecto, resulta entonces que, desde enero de 1986, hay una contradicción entre dicho artículo 13.2 de la Constitución y el artículo 48.4 CEE (o TCE), tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad. Dicho precepto comunitario establece que las normas sobre libre circulación de personas «no serán aplicables a los empleos en la administración pública». De forma parecida el artículo 55 CEE excluye del derecho de establecimiento a las actividades relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Ahora bien, esas exclusiones del ámbito comunitario deben ser interpretadas muy restrictivamente en consonancia con la noción muy restringida de «función pública». Significa que la noción de función pública o empleo público no depende de la calificación discrecional de una legislación nacional.

El Tribunal comunitario ha declarado que «a fin de evitar que el efecto útil del tratado no quede frustrado por disposiciones unilaterales de los Estados miembros» esa noción se delimita por la Comunidad y debe ser entendida como «participación directa y específica en el ejercicio del poder público»<sup>4</sup>. Además, el Tribunal de Justicia entiende que la exclusión del artículo 48.4 CEE (y del 55 CEE) es una excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato y, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente<sup>5</sup>. Luego, miles y miles de empleos de función pública están abiertos a los ciudadanos de los Estados miembros en nuestro país (aunque apenas o nada se haya hecho uso de ese derecho por los comunitarios) y en todos los Estados miembros.

Pero con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en esta Declaración de 1 de julio de 1992 al artículo 13.2, sin permitir el juego de la institución de la ciudadanía de la Unión y del artículo 93 de la Constitución, resulta que el artículo 48.4 CEE (o del TCE) es incompatible con los artículos 13 y 23 de la Constitución (lo mismo le sucedería al artículo 19 de la CE con los artículos 8 A y 48 TCE).

Obsérvese que la Constitución no hace salvedades en favor de los nacionales más que para el sufragio activo y, tras la reciente reforma de 28 de agosto, pasivo, si media un tratado o una ley. No hay una previsión similar para la función pública y los cargos públicos o para el derecho de libre circulación y residencia en los artículos 19 y 23 de la CE. De ahí que el Tribunal Constitucional en el FJ 5, al rechazar la equiparación de los comunitarios a los nacionales, insiste en que el artículo 13.2

<sup>4</sup> TJCE, sentencia de 21.6.74 (*Reyners*, 2/74), f. 43, 45 y 50.

<sup>5</sup> TJCE, sentencia de 12.2.74 (*Sotgiu*, 152/73), f. 4.

«reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos —como el de sufragio pasivo que aquí importa— que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución». Visto ese segundo párrafo del FJ 5 y el finla del FJ 4 en el que rechaza que el artículo 93 permita la atribución de derechos subjetivos excluidos por el artículo 13.2 (función pública y cargos públicos) para los extranjeros, el Tribunal debió precisar este extremo y el Gobierno y las Cortes se debieron dar por enterados y aprovechar el procedimiento de reforma.

En consecuencia, la reciente reforma, a la luz de la Declaración del Tribunal Constitucional, ha sido insuficiente.

### 5. El artículo 93 de la Constitución y la atribución de derechos

El Tribunal Constitucional hace nuevamente una lectura simplista de la Constitución al entender que el artículo 93 de la misma sólo permite ceder o transferir «competencias» y no derechos (FJ 4, párrs. 4.º y 5.º). Según el Tribunal, como el artículo 93 explicita «atribución del ejercicio de competencias» y el artículo 8 B atribuye un derecho, este precepto no puede acogerse al artículo 93. Obsérvese que dice que el artículo 8 B TCE «no entraña una cesión competencial, sino un compromiso directo para el Reino de España en orden a acomodar el propio ordenamiento electoral a una atribución de derechos subjetivos, operada por el Tratado». Luego, si ese precepto se adopta aisladamente en un Tratado internacional bastaría el procedimiento de mayoría simple del artículo 94.1 de la Constitución. ¿Qué hubiera sucedido si en vez de concretar los derechos de la ciudadanía de la Unión en el TUE, éste hubiera contemplado la creación genérica de la institución y hubiera atribuido al Consejo la competencia para regular su concreto régimen jurídico<sup>6</sup>. El Tribunal Constitucional parece sentirse confortablemente en la lectura superficial de la Constitución...

El problema que arrastra el Tribunal Constitucional desde su sentencia 28/1991, de 14 de febrero (relativa al Acta Electoral Europea), es la interpretación que viene dando al artículo 93 como meramente «orgánico-procedimental». Como ya he señalado en anteriores ocasiones, el artículo 93 de la CE no sólo establece un procedimiento de votación por mayoría absoluta para autorizar determinados Tratados. Al igual que preceptos análogos de otras Constituciones de Estados miembros, es la

<sup>6</sup> Como es sabido, la Comisión ya había elaborado una propuesta de Directiva de 22 de junio de 1988 (DOCE C 246 de 20 de septiembre de 1988), propuesta que fue informada favorablemente por el Parlamento Europeo por 246 votos a favor y 56 en contra, pero quedó bloqueada en el Consejo.

expresión de la aceptación de los plenos efectos de las normas comunitarias y abarca las finalidades políticas últimas de la integración: el artículo 93 permite la atribución del ejercicio de derechos de soberanía y no se agota en la autorización de la atribución, sino que rige continuamente nuestra vinculación a las Comunidades Europeas.

Los Tratados internacionales que se autorizan con esta base jurídica pueden por igual transferir competencias existentes o crear nuevas competencias como crear nuevos derechos e instituciones no previstas en la Constitución o extender derechos contemplados en la misma. La adhesión de España a las Comunidades Europeas ha ampliado nuevos derechos y libertades fundamentales en nuestro favor y en favor de los ciudadanos de los otros once Estados miembros.

Resulta casi una obviedad recordar que los Tratados comunitarios crean derechos nuevos (entre otros, elecciones al Parlamento Europeo) o extienden ciertos derechos del nacional al ciudadano comunitario (libre circulación y residencia, elecciones municipales) y que tales efectos jurídicos están comprendidos dentro del alcance del artículo 93 de la CE.

Además, el estatuto de la ciudadanía de la Unión no produce ninguna alteración sustancial de los derechos constitucionales de los españoles. Los límites al uso del artículo 93 se encontrarían en una atribución de soberanía que pusiera en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo afectando a sus elementos esenciales como son el Estado social y democrático, el sistema autonómico y el respeto a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I. El artículo 93 no permite su utilización para restringir o alterar sustancialmente nuestros derechos y libertades. Esto es claro. Pero ha permitido (¿o acaso ha sido inconstitucional la adhesión a las Comunidades Europeas?), mediante tratado internacional autorizado por mayoría absoluta por las Cortes, que esos derechos se puedan ver extendidos a otros nacionales (libre circulación y residencia) o que los derechos protegidos puedan verse condicionados por los fines comunitarios (en materia de derecho de propiedad, ejercicio de una profesión, etc.). El TUE lo que hace es añadir a nuestro derecho de voto activo y pasivo en las elecciones municipales el de otras personas a las que estamos vinculados jurídica y políticamente.

Salamanca, septiembre de 1992

## SUMMARY

## THE DECLARATION OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT ON ARTICLE 13.2 OF THE CONSTITUTION (FOREIGNERS' RIGHT TO PASSIVE SUFFRAGE): AN UNNECESSARY AND INSUFFICIENT CONSTITUTIONAL REFORM

The Constitutional Court of Spain has declared that article 8 B.1 of the Treaty of the European Community, modified by the Treaty of European Union adopted in Maastricht, is contrary to article 13.2 of the Spanish Constitution which limits the right to passive suffrage (to be elected) to Spanish nationals alone in municipal elections.

The Constitutional Court, however, does not analyze whether or not the remaining dispositions of the Treaty of European Union are compatible with the Spanish constitution. Furthermore, it does not accept "citizenship of the Union" as a category or juridical institution in its own right, different from national citizenship and the situation of the foreigner, for the Spanish Constitutional Court, the citizen of the Union is a foreigner in Spain.

It also considers that article 13.2 reserves for Spanish citizens the possession and the exercise of certain rights which neither by law nor by treaty can be attributed to foreigners (civil service, public offices) except through new constitutional reforms. This could affect the requirements of Community Law to open up to all the citizens of the member states employment in the civil service which does not imply the exercise of public authority.