



CATEDRA JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ  
DE ESTUDIOS  
SOBRE EL DEFENSOR DEL PUEBLO

---

---

**El Defensor del Pueblo  
en el Tratado de la Unión Europea**

---

*Jornadas celebradas los días  
2 y 3 de noviembre de 1992*

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO  
EN EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA**



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios  
sobre el Defensor del Pueblo

EL DEFENSOR DEL PUEBLO  
EN EL TRATADO  
DE LA UNION EUROPEA

Jornadas celebradas los días 2 y 3  
de noviembre de 1992, en la Sede  
de la Universidad en Getafe

Madrid, 1993

ISBN: 84-87182-16-X

Depósito legal: M. 2.843-1993

Fotocomposición e impresión: Closas-Orcoyen, S. L.  
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)

## SUMARIO

	<i>Págs.</i>
APERTURA .....	11

### PONENCIA I

LA CIUDADANIA DE LA UNION EUROPEA, por Araceli Mangas Martín.....	15
I. INTRODUCCION .....	17
1. El proceso de la integración europea y los ciudadanos de los Estados miembros .....	17
2. Los derechos económicos y sociales atribuidos por los Tratados constitutivos: una ¿«ciudadanía»? económica .....	19
II. LA GESTACION DE LA CIUDADANIA DE LA UNION .....	21
1. El modelo de las primeras tentativas: la ciudadanía al servicio de la Comunidad .....	21
2. La propuesta española: una ciudadanía de la Unión al servicio del ciudadano.....	25
3. Las reacciones a la propuesta española: la posición de otros Estados miembros y de las instituciones....	29
III. SIGNIFICADO DE LA CIUDADANIA DE LA UNION.....	32
1. El lugar de la ciudadanía de la Unión .....	32
2. La vinculación de la ciudadanía a la Unión Europea y a la Comunidad Europea .....	33

	<u>Págs.</u>
3. Ciudadanía de la Unión y nacionalidad de un Estado miembro .....	35
4. El fundamento de la ciudadanía de la Unión: la identidad europea .....	38
IV. LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA .....	40
1. El derecho de libre circulación y residencia en todo el territorio de la Unión .....	41
2. El principio de igualdad de trato o de no discriminación .....	47
3. Los derechos de participación política en el lugar de residencia .....	55
a) Las elecciones al Parlamento Europeo .....	55
b) Las elecciones municipales .....	58
4. La protección del ciudadano de la Unión fuera de las fronteras de los Estados miembros .....	61
5. El derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo europeo .....	64
V. OTROS ASPECTOS DE INTERES .....	65
1. El carácter exclusivo de los derechos de la ciudadanía de la Unión: el rechazo a la extensión a nacionales de Estados terceros .....	65
2. La protección de los derechos fundamentales .....	65
3. El carácter abierto del Estatuto del ciudadano de la Unión .....	67
COLOQUIO .....	69

## PONENCIA II

LA ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD EUROPEA: CONTROLES Y GARANTIAS, por Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz .....	95
I. INTRODUCCION .....	97
II. PUNTUALIZACIONES SOBRE ALGUNOS CONCEPTOS .....	100
III. LOS CONTROLES Y GARANTIAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS .....	106
IV. LAS INSTITUCIONES EUROPEAS HASTA EL ACTA UNICA DE 1987 .....	111

	<i>Págs.</i>
V. LAS INSTITUCIONES EUROPEAS DESDE EL ACTA UNICA EUROPEA.....	118
VI. LAS DISPOSICIONES INSTITUCIONALES DEL TRATADO DE MAASTRICHT .....	119
VII. RECAPITULACION .....	124
COLOQUIO.....	131

### PONENCIA III

EL ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa .....	155
I. INTRODUCCION .....	157
II. LA SITUACION DE PARTIDA DEL DEFENSOR EN EL ENTRAMADO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD EUROPEA .....	158
III. EL MODELO DE <i>OMBUDSMAN</i> CONFIGURADO POR EL TRATADO.....	162
1. La elaboración del artículo 138E.....	162
2. Rasgos básicos del Defensor.....	164
IV. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTICULO 138E.....	166
1. El problema de las fuentes.....	168
2. Las funciones del Defensor .....	169
3. La relación con el Parlamento .....	171
4. El Defensor del Pueblo y los <i>Ombudsman</i> nacionales.	172
COLOQUIO.....	175

### PONENCIA IV

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, por Gil Carlos Rodríguez Iglesias.....	201
I. INTRODUCCION.....	203
II. EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	205

	<u>Págs.</u>
III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO CAUCE NORMATIVO DE INCORPORACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DERECHO COMUNITARIO.....	207
IV. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS.....	207
V. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	211
VI. LA RELEVANCIA DE LAS NORMAS ESTRICTAS DE DERECHO COMUNITARIO.....	214
VII. EL AMBITO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	215
VIII. CONSIDERACIONES FINALES.....	219
COMUNICACION A LA PONENCIA IV: METODOS DE INTEGRACION DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS DEL HOMBRE EN EL SISTEMA COMUNITARIO, por Juan de Miguel Zaragoza .....	225
COLOQUIO.....	235

### CONCLUSIONES

REFLEXIONES FINALES A MODO DE RECAPITULACION, por Luciano Parejo Alfonso .....	255
<b>Relación de participantes.....</b>	<b>311</b>
<b>Indice de intervenciones.....</b>	<b>315</b>

# APERTURA



D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas  
de la Universidad Carlos III de Madrid)*

Excelentísimo señores, queridas amigas y amigos, sirvan estas primeras palabras mías como moderador de estas jornadas para agradecer, en nombre del Rector y también en el mío, su presencia en ésta su casa.

En segundo lugar, deseo dar la bienvenida a todos aquellos que no pertenecen a esta Universidad y agradecer muy especialmente a los profesores ponentes el haber aceptado el encargo que han recibido de la Cátedra Joaquín Ruiz-Gimenez, y también a los profesores de otras Universidades de fuera de nuestras fronteras su amabilidad para con nosotros. Nos consta que algunos de ellos han tenido que hacer un esfuerzo extraordinario para poder pasar aquí, en Madrid, unas horas y asistir a esta reunión.

Estas segundas jornadas forman parte de la actividad que, fruto de la colaboración establecida en virtud de un Convenio entre la institución del Defensor del Pueblo y la Universidad Carlos III de Madrid, se viene desarrollando desde hace ya casi dos años.

Las anteriores, que tuvieron incluso reflejo en un volumen publicado, se referían justamente a la ley reguladora de la institución española; el que será segundo volumen de la serie recogerá los contenidos de estas segundas jornadas que versan sobre un acontecimiento importante como es el Trata-

do de la Unión Europea y la previsión de una figura análoga en este nivel supranacional. Confío, confiamos todos, en que este seminario sea, por lo menos, tan fructífero como el anterior, celebrado a principios de este año.

Y sin más preámbulos vamos a dar comienzo a la sesión. Tenemos esta tarde como ponentes, como ustedes ya saben, en primer lugar a la profesora Araceli Mangas, que nos hablará sobre la ciudadanía europea, y en segundo lugar al profesor Antonio Jiménez-Blanco, sobre los controles y garantías de la Administración de la Comunidad Europea. Como es habitual en este tipo de jornadas, primero se expondrá un resumen de la ponencia y luego celebraremos un coloquio a propósito de la misma.

PONENCIA I  
LA CIUDADANIA  
DE LA UNION EUROPEA

ARACELI MANGAS MARTIN



## I. INTRODUCCION

### 1. EL PROCESO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Hay una coincidencia generalizada de que en sus antecedentes inmediatos, después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de la integración europea estuvo guiado por ideales y objetivos políticos inequívocos. Sin embargo, el método funcionalista de integración sectorial, estrictamente económico, seguido por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ha impregnado a éstas de un carácter técnico en el que los complejos instrumentos jurídicos de contenido económico sólo interesaban básicamente a juristas y economistas.

Los pueblos de los Estados miembros, los ciudadanos, percibían que las normas comunitarias ventilaban cuestiones técnico-económicas de las que, sin duda, se derivaban derechos económicos y obligaciones o limitaciones diversas. Sin embargo, las atribuciones del ejercicio de derechos soberanos no afectaban a lo netamente político y a los derechos políticos.

Los Gobiernos perseguían ventajas técnicas y económicas mediante el método de la eliminación de las barreras arancelarias y de cuantas impedían la movilidad de los factores de producción. Su objetivo general era el progreso económico y social de los respectivos pueblos mediante la reducción de los costes de la producción, su racionalización y una competencia leal; ponían en marcha la dinámica de la economía a escala y daban por supuesto que automáticamente beneficiaría a sus

ciudadanos. Se creaban en su favor las condiciones para crear un gran mercado: el mercado común sería el medio que condujera la misión del desarrollo económico armonioso, la estabilidad, el progreso económico y social, y, finalmente, a unas relaciones más estrechas entre «los pueblos europeos» y los Estados que integran las Comunidades <sup>1</sup>.

Los objetivos expresados de las Comunidades Europeas han sido económicos y sólo algunos «iniciados» del rito europeo, como los dirigentes políticos y la doctrina, podían detectar la finalidad política que subyacía bajo la «constitución económica» comunitaria <sup>2</sup>. Las cuatro «libertades fundamentales» eran referidas al mercado y sólo se disfrutaban en su seno: la más próxima a las personas (trabajadores, establecimiento y servicios) se condicionaba a una actividad económica y en el seno del mercado los ciudadanos jamás eran denominados por esa categoría jurídico-política, sino que, como obligados beneficiarios, aparecían bajo la denominación de empresarios, trabajadores, usuarios, consumidores o la más fría y aséptica de operadores económicos que tanto han utilizado los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Era lógico que no se hablara del «ciudadano»; si el «mercado común» era el medio y éste no despeja la incógnita del horizonte político, el medio parecía que se había convertido en el fin mismo, es decir, solamente un mercado grande que con los instrumentos introducidos por el Acta Unica Europea en 1987 podía lograr que fuera verdaderamente interior y único. Entonces la institución de una ciudadanía era superflua y extraña: nadie es ciudadano de un gran mercado. A lo sumo, hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, habrá existido una suerte de «ciudadanía» económica (utilizando la expresión ciudadanía en sentido figurado).

---

<sup>1</sup> Así se deduce de los preámbulos de los tres Tratados constitutivos de la CECA, CEE y CEEA/EURATOM y de sus artículos 2, 2 y 1, respectivamente.

<sup>2</sup> V. CONSTANTINESCO, «La constitution économique de la CEE», *RTDE*, 1977, págs. 244 y sigs.

2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES ATRIBUIDOS  
POR LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS:  
UNA ¿«CIUDADANÍA»? ECONÓMICA

Los ciudadanos de los Estados miembros vienen disfrutando de un conjunto de derechos económicos y sociales creados por los tratados comunitarios, desarrollados en normas de Derecho derivado y que pueden ser exigidos ante las autoridades internas. Muy tempranamente el Tribunal de Justicia afirmó, en su célebre sentencia *Van Gend en Loos*, y lo ha reiterado en tantas otras, que «... el Derecho comunitario, independientemente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico»<sup>3</sup>. Es bien sabido que la doctrina del efecto directo y de la primacía tienen como finalidad permitir el inmediato disfrute de los derechos que engendran las normas comunitarias en favor de los nacionales de los Estados miembros, independientemente de su nacionalidad y lugar donde lleven a cabo la actividad regida por la norma comunitaria.

Es conveniente, pues, ir distinguiendo entre los derechos económico-sociales que las normas comunitarias han ido creando en favor de los ciudadanos de los Estados miembros, desde 1952 hasta ahora, de la creación misma de una ciudadanía en cuanto tal con derechos, entre otros, de participación en el proceso político comunitario y nacional, además de los derechos económico-sociales, en virtud del Tratado de la Unión Europea.

En efecto, algunos de los derechos específicos que conforman la institución de la ciudadanía de la Unión ya venían disfrutándose por los ciudadanos de los Estados miembros; básicamente eran y son de carácter económico-social (libre circulación y residencia e igualdad de trato), pero algunos derechos tenían un virtual componente político.

---

<sup>3</sup> TJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963 (*Van Gend en Loos*, 26/62), pág. 23.

Así, el artículo 7 del Tratado CEE (6 del TCE, después de la reforma introducida por el TUE) formula el principio de no discriminación: aunque me detendré más adelante en este principio, se prohíbe toda discriminación en razón de la nacionalidad. Si bien parece limitado al ámbito de aplicación del Tratado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo ha interpretado de forma amplia, habida cuenta que la prohibición se reitera y concreta en numerosas disposiciones, como los artículos 40 (política agrícola), 48 (libre circulación de trabajadores), 52 (libertad de establecimiento), 59 (libre circulación de servicios), 79 (transportes), 95 (fiscalidad), etc., y se ha desarrollado por algunas normas de Derecho derivado.

Vinculado a ese principio de no discriminación, hay que destacar el derecho de libre circulación de personas, en relación con una actividad económica, por cualesquiera de los Estados miembros en las mismas condiciones que los nacionales. Esa libertad se ha ido desarrollando de tal forma que, como más adelante señalaré, se ha transformado en una libertad de circulación y *estancia o residencia de personas*, independientemente de la actividad económica, antes, incluso, de que entre en vigor el Tratado de la Unión Europea.

Por otra parte, el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo *en el Estado del que se es nacional* ya se preveía en los Tratados fundacionales y se ejercía desde 1979. También se le había reconocido el derecho de petición ante el Parlamento Europeo. Además, se había preparado por la Comisión una propuesta directiva relacionada con el derecho de voto en las elecciones municipales.

Todo esto significa que una buena parte de los derechos que en el Tratado de la Unión Europea se inscriben en la ciudadanía de la Unión ya se venían ejerciendo; claro que algunos sufren una verdadera novación o se refuerza su naturaleza política al desvincularlos, ya sea de la actividad económica (libre circulación y residencia) o de su ejercicio en el Estado del que se es nacional (sufragio activo y, además, pasivo al Parlamento Europeo).

Pero la novedad que aporta el Tratado de la Unión Europea en esta materia es doble: primero, porque traspasa la

barrera económica y crea derechos vinculados al ejercicio del poder en el marco de una Unión Europea de carácter *político*. Segundo, porque crea una *institución jurídica nueva al servicio del ciudadano* en la que se encuadran esos derechos fuera de todo vínculo nacional.

## II. LA GESTACION DE LA CIUDADANIA DE LA UNION

### 1. EL MODELO DE LAS PRIMERAS TENTATIVAS: LA CIUDADANÍA AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD

Si nos atenemos a la diferencia entre los derechos conferidos a los ciudadanos de los Estados miembros y la creación formal de la ciudadanía de la Unión, la primera iniciativa en materia de ciudadanía de la Unión la toma, como cabía esperar, el Parlamento Europeo en 1983. No es el Consejo Europeo de Fontainebleau en 1984 del que parte la iniciativa en esta materia, como suelen señalar todos los autores. El primer intento en el tiempo y la primera utilización del concepto actual está en el haber del Parlamento Europeo: la propuesta de crear una *ciudadanía de la Unión*, con esta precisa denominación que casi diez años después ha sido aceptada por los Estados miembros, aparece ya en su anteproyecto de Tratado sobre la Unión Europea («anteproyecto Spinelli»), adoptado mediante Resolución de 14 de septiembre de 1983. En el artículo 4 se declaraba que «los ciudadanos de los Estados miembros son asimismo ciudadanos de la Unión»<sup>4</sup>. Emerge así un concepto que se reitera poco después en su Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, adoptado también por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 («proyecto Spinelli»); ahora es el artículo 3 el que aparece titulado «Ciudadanía de la Unión»<sup>5</sup>. Como es sabido, la famosa iniciativa del llamado grupo «Cocodrilo» que estimulara Altiero Spine-

<sup>4</sup> El texto de la Resolución y el Anteproyecto de Tratado puede verse en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1983-3, págs. 1145-1176.

<sup>5</sup> El texto de Proyecto de Tratado y la Resolución puede verse en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1984-1, págs. 351-377.

lli no fue hecha suya por los Estados miembros y no siguió adelante, pero dejó la Comunidad sembrada de nuevos ideales y fue el revulsivo de las nuevas reformas. Desde luego, la idea de una ciudadanía de la Unión, superpuesta, complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional corresponde al Parlamento Europeo.

Dado que los Estados miembros sentían demasiado «vértigo» ante la iniciativa tan acabada y progresiva del Parlamento Europeo, pero conscientes del desfase existente entre la Comunidad y sus ciudadanos, comienza a fraguarse la aproximación a este concepto en el Consejo Europeo, reunido en Fontainebleau en 1984. Un apartado de sus conclusiones se dedica a «La Europa de los ciudadanos», mostrando la preocupación del Consejo por «reforzar y promover» la identidad y la imagen de la Comunidad ante «sus ciudadanos» y el mundo <sup>6</sup>.

Esa Europa de los ciudadanos comenzaría en un pasaporte europeo como medida más firme y aparente, al tiempo que se acuerda constituir un Comité que estudie otras medidas, entre las que se sugiere la posibilidad de adoptar instrumentos simbólicos como una bandera y un himno, equipos deportivos europeos y la acuñación de una moneda europea (el ecu, no como moneda única y común, sino una acuñación simbólica).

No se habla propiamente de una ciudadanía, pues para nada se menciona la esencia de esa institución: establecer un vínculo jurídico-político entre un sujeto de Derecho interna-

---

<sup>6</sup> Vid. conclusiones en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1984-2, págs. 697-700. Es cierto que diez años antes ya se había planteado en otra «cumbre» europea (París, diciembre de 1974) el interés de los máximos dirigentes de los Estados miembros por atribuir «derechos especiales» a los ciudadanos de los Estados miembros y que, más tarde, el Informe Tindemans de 1975 también reflexionaba sobre «la Europa de los ciudadanos» (*Rev. de Instituciones Europeas*, 1976-2, pág. 607), aunque sin referencias a la perspectiva de los derechos civiles y políticos; globalmente se muestra inquietud por el reconocimiento y protección de los derechos (mezclando los derechos fundamentales, los derechos del consumidor y la protección del medio ambiente) y por los signos exteriores (cruce de fronteras, intercambios de estudiantes...).

cional y una persona física consistente en el disfrute de determinados derechos y en la asunción de ciertas obligaciones.

Lo que preocupa es que la construcción europea es algo ajeno al conjunto de ciudadanos. Para que éstos comiencen a identificarla se acepta que esa identidad europea comience, al igual que en el nacimiento de un nuevo Estado, por tener unos símbolos de referencia. Lo que ocurre es que en las Comunidades Europeas esto resulta muy artificial y con un orden inverso al de las entidades estatales, en las que el sentimiento de una identidad colectiva y de un destino compartido guía la constitución del Estado y los símbolos.

Esta preocupación por el desinterés de los ciudadanos respecto del proyecto comunitario va a ser la tónica durante algunos años: llamar la atención de los ciudadanos sobre el sistema de integración.

Desde mediados de los sesenta hasta 1990-1991, en la concepción de las Instituciones comunitarias y de los Estados la creación de símbolos y derechos no tienen como destinatario y finalidad directa y propia a los ciudadanos, sino el proceso mismo; el entramado jurídico-económico es lo que importa: se desea que los pueblos vean a la Comunidad y vean las ventajas de pertenecer a ella de forma inmediata y visible. Pero se trata de unos «derechos especiales» y un mundo de apariencias (los símbolos) con el objetivo no velado de servir así a la Comunidad misma. Quiero subrayar ese carácter *instrumental* de los derechos especiales (incluidos los políticos) que inquietan en esta época, para entender mejor el cambio que se produce en el Tratado de la Unión Europea: el carácter *finalista* de los derechos del ciudadano de la Unión.

Tal como se acordó en Fontainebleau, el *Comité ad hoc «la Europa de los ciudadanos»* (o *Comité Adonino*) presentó dos informes <sup>7</sup>. En su segundo informe, el final, recomendaba la participación política de los ciudadanos en el proceso político, tanto en la Comunidad como en los Estados miembros. Por lo que respecta al proceso político comunitario, era muy impreciso al limitarlo, ya fuera a la aprobación de la ley elec-

---

<sup>7</sup> Bol. CE, suplemento 7-1975.

toral uniforme, ya al fortalecimiento del derecho de petición. En lo referente a la participación en el proceso político nacional, sugería un debate sobre el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales. No se habla todavía de ciudadanía comunitaria o de la Unión, sino de «derechos especiales» de los ciudadanos. Fuera del campo estricto de los derechos políticos, el Informe Adonino se ajustó a las indicaciones generales del Consejo Europeo y se adentró por el camino de las apariencias y el reino de la imagen. Así, se proponía la bandera comunitaria y en 1986 fue adoptada oficialmente junto al emblema y el himno<sup>8</sup>; desde entonces se celebra el «Día de Europa» y sus liturgias; el pasaporte único ya se había acordado en 1981<sup>9</sup>; se adoptaron, mediante Resolución del Consejo, unas señalizaciones adecuadas en las fronteras exteriores e interiores de la Comunidad<sup>10</sup>.

Pero seriamente esos ritos no podían dar lugar por sí mismos a un vínculo o sentimiento de pertenencia a una entidad política. Y los ritos vacíos generan más insatisfacción e indiferencia, habida cuenta que las dos sugerencias serias señaladas al principio, ligadas a una potencial ciudadanía, no eran tomadas en cuenta<sup>11</sup>.

La Comisión prosiguió por su cuenta parte de las sugerencias del Informe Adonino (en materia de eliminación de controles en las fronteras, radiotelevisión, intercambios de estudiantes, etc.), entre las que destaca el informe de la Comisión sobre el derecho de voto en las elecciones municipales<sup>12</sup> y otras como la propuesta de directiva sobre el derecho de estancia generalizado de los nacionales de los Estados miembros en el territorio de los demás Estados miembros<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Declaración de la Presidencia en el Consejo de 21 y 22 de abril de 1986, *Bol. CE*, 4-1986, 2 de enero de 1981.

<sup>9</sup> *JOCE C* 241, de 19 de septiembre de 1981, y *C* 179, de 26 de julio de 1982. En España y Portugal se introdujo desde el 1 de enero de 1989.

<sup>10</sup> *DOCE C* 303, de 27 de noviembre de 1986.

<sup>11</sup> Se abordaban también acciones en el ámbito de la cultura y la comunicación como elementos esenciales para la identidad y la imagen de la Comunidad en el espíritu de sus ciudadanos. De nuevo, la obsesión por la imagen se traslada a los intercambios juveniles y profesionales y a las manifestaciones deportivas.

<sup>12</sup> *Bol. CE*, suplemento 7-1986.

<sup>13</sup> *DOCE C* 171, de 10 de julio de 1985.

Pero ni el Acta Unica Europea (1986) ni los informes preparatorios de la misma elaborados en el seno del Comité Doo-ge<sup>14</sup> volvieron a tratar directamente la cuestión de los derechos específicos. Lo que sí se debe resaltar es que al darse un gran impulso a la realización plena del mercado interior, reafirmando la libre circulación de personas, se relanzaron los trabajos de la Comisión, que desembocaron en la adopción, el 28 de junio de 1990, de tres directivas sobre el derecho de residencia (en general), el de los trabajadores que han dejado de ejercer una actividad profesional y el de los estudiantes, anticipando normativamente el marco jurídico del derecho de residencia que se consagra constitucionalmente en el Tratado de la Unión Europea.

## 2. LA PROPUESTA ESPAÑOLA: UNA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN AL SERVICIO DEL CIUDADANO

El siguiente y decisivo paso lo daría el Presidente del Gobierno español en su carta de 4 de mayo de 1990 dirigida al Primer Ministro de Irlanda, en su calidad de Presidente en ejercicio del Consejo<sup>15</sup>. El Gobierno español desempolva el proyecto Spinelli (Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea aprobado por el Parlamento Europeo en 1984) y toma del mismo la noción de ciudadanía de la Unión y su carácter de complemento de la nacionalidad. En efecto, se utilizaba en la carta del Presidente González la noción abstracta de «ciudadanía» y no de derechos específicos o especiales, como era habitual en la Comunidad; se consideraba la «ciudadanía común» como un pilar de la Unión Europea, junto a la Unión

---

<sup>14</sup> Ambos Informes están publicados en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1985-1, págs. 347 y sigs., y 1985-3, págs. 1007 y sigs.

<sup>15</sup> El texto se publicó en la *Rev. de Instituciones Europeas*, 1990-3, págs. 780-781.

El Gobierno belga había difundido unas semanas antes, el 26 de marzo de 1990, en los medios de comunicación y en el Consejo, una *aide-memoire* relativa a las cuestiones que consideraba importante reflexionar de cara a la revisión de los Tratados [SI (90) 232]. Se abordaba la cuestión de «la Europa de los ciudadanos» (libre circulación, declaración sobre derechos humanos y derecho de voto en las elecciones europeas y municipales), pero sin abordar la institución en cuanto tal y su finalidad.

Económica y Monetaria y a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Obsérvese que la inicial propuesta española, que no aludía a los derechos propios de la nueva categoría, giraba en torno a dos ejes que han sido aceptados en el Tratado de la Unión Europea: la creación de la institución de la ciudadanía y conferir a la institución y al ciudadano una «posición de protagonista».

Unos meses más tarde (octubre de 1990) se desarrolló la propuesta española <sup>16</sup> a fin de que la Conferencia Intergubernamental pudiera debatir más a fondo sobre la misma. Según el documento español, para que la Comunidad deje de ser un espacio económico de «efectos limitados en la vida diaria de sus ciudadanos en cuanto tales» se impone la configuración de una *ciudadanía de la Unión Política Europea*. Esta ciudadanía se concibe como

«el estatuto personal e inseparable de los nacionales de los Estados miembros, que por su pertenencia a la Unión son sujetos de derechos y deberes especiales propios del ámbito de la Unión y que se ejercen y tutelan específicamente dentro de las fronteras de ésta, sin perjuicio de que tal condición de ciudadano europeo se proyecte también fuera de esas fronteras».

Se distingue el nuevo concepto tanto de la esfera de derechos que dimanen de la nacionalidad o ciudadanía de los Estados miembros como de la esfera comunitaria, derivada de los Tratados para los nacionales de los Estados miembros, de la que, como hemos señalado anteriormente (I.2), el nacional obtiene un patrimonio diverso de derechos y obligaciones. Sin embargo, esa distinción resulta algo forzada y confusa en la propuesta española, ya que, al concretarse los «derechos especiales básicos» de la tercera esfera (la Unión Europea) en los derechos de libre circulación plena, libre elección de residencia y participación política en el lugar de residencia, se reconocen que los dos primeros son derechos especiales que derivan de los Tratados, si bien se acepta que su desarrollo y

---

<sup>16</sup> «Hacia una ciudadanía europea» (propuesta oficial de España), en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1991-1, págs. 333-338.

puesta en práctica debería ampliarse y extenderse en favor de todos los ciudadanos europeos (independientemente de la actividad económica).

En lo referente al derecho de participación política, la propuesta es ambigua. Se estima que, de un lado, se debe adoptar el procedimiento electoral uniforme previsto en el artículo 138.3 desde su redacción inicial en 1957 y, de otro, se debe reconocer progresivamente el derecho de sufragio en el lugar de residencia. No se atreve a proponer que el nuevo Tratado lo incorpore directamente ni precisa su alcance, por lo que parece que se limitaría al derecho de voto y no a la elegibilidad. Igualmente proponer proseguir el estudio del reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales, dadas las dificultades que había encontrado la propuesta de Directiva de la Comisión, a fin de introducirle gradualmente cuando las circunstancias lo aconsejasen.

Estas propuestas algo cautas sorprenden al lado de la afirmación general y sin matices, sin duda no muy pensada, de que «la última meta del derecho a la participación electoral del ciudadano europeo habría de ser la *plena* participación electoral del ciudadano europeo en su lugar de residencia» (cursiva añadida). Ciertamente es muy fuerte y demasiado avanzado para nuestro tiempo lo que se proponía: participación en todos los procesos electorales, elecciones regionales o autonómicas y generales, amén de eventuales referenda. Yo creo que esa propuesta no era consciente de lo que implicaría en el desarrollo político de la Unión y de las consecuencias constitucionales. No digo que no sea deseable llegar a ese estadio de integración, pero que nos encontramos lejos del mismo es innegable y, sobre todo, todavía no es el deseado por los pueblos de los Estados miembros. Y para ello habría que proceder a reformas profundas y difíciles de todas las Constituciones, incluida la nuestra, por el procedimiento complejo y costosísimo —políticamente hablando— del artículo 168.

Ya entonces aparece la propuesta de proteger al ciudadano europeo fuera de las fronteras de la Comunidad mediante la *asistencia y protección diplomática y consular* por

parte de un Estado miembro a los nacionales comunitarios <sup>17</sup>.

Finalmente, de este documento debe señalarse también la propuesta relativa a mecanismos concretos que faciliten la operatividad del concepto de ciudadanía europea. Dado que el ciudadano de los Estados miembros ya tiene reconocido el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho a recurrir directamente, en determinadas circunstancias, ante el Tribunal de Justicia, la propuesta gubernamental considera que para reforzar la protección de sus derechos en relación con la actuación de la Unión se debería crear un *Ombudsman* europeo <sup>18</sup>.

A la vista de las reacciones suscitadas por la propuesta española, la delegación en la Conferencia presentó, en febrero de 1991, una *propuesta articulada* para su discusión y eventual inclusión en el proyecto de Tratado <sup>19</sup>. Hay que reconocer que tanto el marco básico en que se mueven los artículos 8 a 8.E del TCE, aprobados en Maastricht, como los derechos específicos que se regulan en los citados artículos estaban registrados ya en la propuesta de octubre y en la articulada. Una vez hecha esa afirmación, que enjuicia favorablemente la aportación española, también hay que decir que la redacción y la técnica jurídica de la propuesta articulada he-

---

<sup>17</sup> Lo que ya no se entiende es que en este apartado se proponga un *pasaporte de la Unión* como medio de identificación del ciudadano ante las Autoridades de terceros países y para posibilitar su protección. El actual pasaporte «de la Comunidad Europea» podría cumplir sobradamente esas finalidades; naturalmente se acomodaría en el futuro su denominación a la de la nueva entidad política (Unión Europea).

<sup>18</sup> Otras propuestas están escasamente desarrolladas y son vagas o ambiguas; así, se habla de derechos que en el futuro se deriven del desarrollo dinámico de la Unión (relaciones sociales, educación, sanidad, etc.) o, sorprendentemente, de reconocer y dar validez a la prestación del servicio militar en cualquier país de la Comunidad. Claro, es verdad que un ciudadano de la Unión que disfrute de su derecho de libre circulación y residencia en otro Estado miembro verá alterado el mismo si tiene que volver a su país a cumplir dicho servicio militar. Pero esta obligación sólo se produce si la estancia es temporal durante el tiempo de permanencia en la edad militar.

<sup>19</sup> Ver la *Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea presentada por la Delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política* (20 de febrero de 1991), *RIE*, 1991-1, págs. 405-409.

cha en febrero de 1991 no era de gran calidad en cuanto a su rigor jurídico, defectos que la Conferencia Intergubernamental supo detectar a tiempo y podar. Los derechos aceptados los analizaré y haré las comparaciones oportunas de forma sistemática más adelante.

### 3. LAS REACCIONES A LA PROPUESTA ESPAÑOLA: LA POSICIÓN DE OTROS ESTADOS MIEMBROS Y DE LAS INSTITUCIONES

El memorándum griego fue la primera <sup>20</sup> reacción a la propuesta, todavía inconcreta, del Presidente del Gobierno español, aceptando que se consagrara en el Tratado la noción de ciudadano europeo, el derecho de voto (sin otras precisiones) en las elecciones municipales y europeas, simplificar el acceso de los ciudadanos al Tribunal de Justicia (lo que sin duda fue una sugerencia muy progresiva y acertada, pero desatendida) y, con carácter simbólico —decía—, pero con gran coherencia técnica y política <sup>21</sup>, proponía simplificar la denominación de la CEE suprimiendo el término «Económica», como así ha sucedido.

El memorándum danés <sup>22</sup> sobre la Unión Política acoge con satisfacción la idea de reforzar el sentimiento entre los ciudadanos de pertenencia a la misma Comunidad y da su apoyo al reconocimiento del derecho de voto (sin otras precisiones) a los residentes de otros Estados miembros y a la instauración de un Mediador.

La Comisión, en su Dictamen preceptivo <sup>23</sup>, se sumó a la propuesta española de octubre como base de las negociaciones, sin hacer especiales precisiones. Unos meses más tarde, durante las negociaciones y a la vista de la propuesta articulada presentada por España y de sus propias reflexiones, pre-

<sup>20</sup> Es de 18 de mayo de 1990; SI (90) 393.

<sup>21</sup> Así lo he señalado en «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», en *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, 1992, págs. 20-21.

<sup>22</sup> SI (90) 751, de 10 de octubre de 1990.

<sup>23</sup> COM (90) 600 final, de 23 de octubre de 1990.

sentó, el 28 de febrero de 1991 <sup>24</sup>, un estudio con textos articulados para su discusión por la Conferencia en los diversos ámbitos que abarcaba la Conferencia sobre Unión Política. En la parte referente a la ciudadanía se incluía un proyecto articulado más preciso y depurado técnicamente que el español (que le había servido de base) en el que se detallaban algunos derechos que no fueron incorporados al texto final aprobado en Maastricht.

La propuesta española fue examinada por el Consejo Europeo de Roma de 14 y 15 de diciembre de 1990, justo antes de comenzar las Conferencias Intergubernamentales de revisión de los Tratados <sup>25</sup>, y, por tanto, sirviendo de instrucciones para los negociadores. Se acepta el nuevo concepto y se invita a la Conferencia a que estudie la inclusión de los siguientes derechos «a fin de dar contenido al concepto»: participación en las elecciones al Parlamento Europeo en el país de residencia y posible participación en las elecciones municipales; la libre circulación y estancia y la igualdad de oportunidades y de trato para todos los ciudadanos de la Comunidad, y la protección conjunta de los ciudadanos fuera de las fronteras. Estima conveniente que se estudie la posible creación del mecanismo del *ombudsman* y sugiere que, en todos estos ámbitos, se tengan en cuenta los problemas particulares que se puedan generar para algunos Estados miembros.

El resto de los Estados no han dejado constancia escrita mediante documentos semejantes sobre sus posiciones. Sin embargo, el grupo «Amigos de la Presidencia» llevó a cabo importantes reflexiones, y en su *Non-Paper* <sup>26</sup> reconoce que diversas delegaciones aceptaban la perspectiva de la iniciativa española, aunque algunas estimaban que algunos derechos entrañarían cambios importantes de la situación jurídica existente en la Comunidad y necesitaban evaluar sus consecuencias.

En los cuatro Informes que encargó el Parlamento Europeo a cuatro diputados de diferente adscripción ideológica

---

<sup>24</sup> SEC (91) 412.

<sup>25</sup> Sus conclusiones en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1991-1, págs. 383-403.

<sup>26</sup> SI (90) 963.

y nacionalidad sólo en uno se hizo eco de esta institución en proyecto <sup>27</sup>. Así pues, únicamente el Informe del diputado británico D. Martín <sup>28</sup> tiene en cuenta la iniciativa española, que solicita se incorpore al nuevo Tratado y que el Parlamento Europeo apoyó en su resolución de aprobación del informe en cuestión.

Las primeras pruebas de que la Conferencia Intergubernamental (CIG) para la Unión Política acogía la nueva institución y sus derechos más representativos es el proyecto de Tratado que la Presidencia luxemburguesa, sintetizando los trabajos hasta el mes de junio de 1991, presentó, y se aceptó por el Consejo Europeo de 28/29 de junio en Luxemburgo como texto de base <sup>29</sup>. En materia de ciudadanía, el Consejo Europeo se muestra satisfecho de la creación de la institución y no da nuevas instrucciones. En el «proyecto luxemburgués» de Tratado <sup>30</sup> se aceptan las líneas básicas de la iniciativa española: instauración de una ciudadanía de la Unión, la cual va a servir para reforzar la protección de los derechos y los intereses de los nacionales de los Estados miembros.

Esta nueva categoría va a disponer en el proyecto luxemburgués de una Parte propia (como así ha sucedido) dentro del Tratado de la Comunidad Europea (que pierde la E de Económica) y ya aparecen los seis artículos que integran el marco jurídico de la ciudadanía redactados tal como aparecen en el Tratado de la Unión Europea adoptado en Maas-

---

<sup>27</sup> Sorprende que en el informe del diputado E. Colombo sobre el Proyecto de Constitución para la Unión Europea (Doc. A3-165/90) no se mencionase el nuevo concepto, sino sólo incidentalmente los derechos de los ciudadanos, y que en el informe sobre las relaciones entre los Parlamentos nacionales y el Europeo sobre el futuro de la Comunidad («Congreso Europeo»), el diputado francés elegido en las listas de los comunistas italianos, Maurice Duverger, habitual polemista en los medios de comunicación en torno al ya tópico del déficit democrático, tampoco aludiera de la trascendencia de esta institución y de sus nuevos derechos (Doc. A3-162/90). Lógicamente, en el informe sobre el principio de subsidiariedad que realizó el diputado Valerie Giscard d'Estaing (Doc. A3-163/90) no se hacía necesaria ninguna referencia.

<sup>28</sup> Doc. A3-281/90.

<sup>29</sup> El texto de las conclusiones en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1991-3, pág. 1063.

<sup>30</sup> El texto en *Europe Documents*, núms. 1722-1723 (5 de julio de 1991).

tricht el 7 de febrero de 1992, salvo dos cambios de tono menor: la fecha del plazo para decidir las modalidades del ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (se pospuso al año 1994, en vez de a 1993) y, en el caso de ampliar en el futuro los derechos de la ciudadanía común, puesto que sería una revisión simplificada de los Tratados, se elimina la exigencia del dictamen conforme del Parlamento Europeo en coherencia con el procedimiento de revisión de los Tratados y, en cambio, se le consultará antes de que cada Estado miembro adopte la ampliación de derechos recabando la autorización de los Parlamentos nacionales respectivos. Por lo demás, la redacción idéntica <sup>31</sup> a la que todos esperamos que entre en vigor en 1993.

### III. SIGNIFICADO DE LA CIUDADANIA DE LA UNION

#### 1. EL LUGAR DE LA «CIUDADANÍA DE LA UNIÓN»

La ciudadanía de la Unión ocupa un lugar destacado en la redacción del nuevo Tratado de la Unión. Ya en el Preámbulo los Estados miembros se manifiestan «resueltos a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países» y en el artículo B del TUE, al describirse los cinco objetivos de la Unión, se afirma que se proponen reforzar la protección de los derechos y los intereses de sus nacionales mediante la creación de una ciudadanía de la Unión. Se consuma un giro decisivo: la ciudadanía y los derechos que comporta tienen como finalidad servir al ciudadano, que se constituye en objetivo mismo de la integración europea, en el objetivo reencontrado de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa». Obsérvese, además, que si la referencia a la ciudadanía se hubiera limitado al Preámbulo o a este artículo B sobre los objetivos, hubiera tenido una naturaleza meramente

---

<sup>31</sup> Esto significa que el proyecto de Tratado preparado por la Presidencia holandesa el 24 de septiembre de 1991, que presentaba diversas modificaciones en esta materia —ya no se habla de ciudadanía de la Unión, sino *de la Comunidad*—, fue rechazado por el Consejo Europeo de Maastricht y por la CIG, que culminó sus trabajos en esa misma ciudad en febrero de 1992.

declarativa y hubiera carecido de control jurisdiccional, ya que los artículos A a F (el «frontispicio») están excluidos de la competencia del Tribunal de Justicia (art. L).

El TUE, por otra parte, inserta la ciudadanía de la Unión en el Tratado de la Comunidad Europea (antigua CEE) mediante los nuevos seis artículos 8 a 8 E. Estos preceptos que constituyen, a su vez, la nueva «Segunda Parte» del TCE dedicada exclusivamente a crear la institución y prever su marco jurídico, a continuación de la «Primera Parte» dedicada a los Principios (arts. 1 a 7 C). Sin duda, se puede afirmar que se ha dado un tratamiento «estratégico» a la ciudadanía, como ha sido destacado por la doctrina, así como el hecho de que, por primera vez, después de cuarenta años de proceso integrador, aparece por primera vez el término «ciudadano» en un Tratado comunitario, en el Tratado de Roma<sup>32</sup>. Siguiendo con las lecciones de estrategia, los preceptos sobre ciudadanía preceden a las cuatro libertades fundamentales del mercado interior y único, que antes constituían los fundamentos de la CEE y ahora son rebajados de tono y pasan a ser la «Tercera Parte» bajo la rúbrica de «Políticas de la Comunidad». Pero, sobre todo, lo que importa de su inserción en el TCE es que esta institución conlleva un contenido: se concretan los derechos y se atribuyen competencias a las Instituciones, dotándolas de medios para alcanzar su disfrute pleno. Esas competencias y medios se regirán por las disposiciones del TCE y su desarrollo por las Instituciones, y su disfrute por los ciudadanos estará sometido al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

## 2. LA VINCULACIÓN DE LA CIUDADANÍA A LA UNIÓN EUROPEA Y A LA COMUNIDAD EUROPEA

El nuevo artículo 8.1 del TCE dice así: «Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.» De

---

<sup>32</sup> Así, Cl.-F. DURAND, «Le Traité sur l'Union Européenne. Quelques réflexions», en *Commentaire Megret. Le Droit de la CEE*, vol. I, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1992, pág. 437.

este modo, todos los nacionales de los Estados miembros van a gozar de un vínculo jurídico común que les liga a la Unión Europea, a una Unión Europea fundada en las Comunidades Europeas (CECA-CE-CEE/EURATOM) y en las formas de cooperación intergubernamentales en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior.

El Tratado de la Unión Europea se decide por la expresión más concreta *ciudadanía de la Unión* frente a otras alternativas que utilizaban otros Estados miembros o las Instituciones como «ciudadanía europea», sin duda algo ambigua e imprecisa, o la expresión «ciudadanía de la Comunidad» (Comunidad Europea) que introdujo temporalmente el proyecto holandés. Aparentemente esta vinculación exclusiva a la Comunidad Europea puede parecer más rigurosa en términos jurídicos, ya que la Unión Europea que crea el Tratado de Maastricht no ha sido dotada de personalidad jurídica internacional y pudiera parecer un contrasentido reconocer una ciudadanía respecto de un ente jurídicamente inexistente<sup>33</sup>. Sin embargo, la Unión Europea es una idea de síntesis que responde a una concepción común, global y coherente del proceso de la integración de los pueblos y de los Estados: sin poseer coyunturalmente personalidad jurídica internacional es una entidad política de vocación federal<sup>34</sup> y, por tanto, en una situación adecuada para amparar una institución de ciudadanía común.

De todas formas, para salvar cualquier objeción, el TUE no limita su previsión a los artículos del frontispicio de la Unión, sino que encuadra la nueva institución en el núcleo más sólido y más activo del pilar comunitario, en el Tratado

---

<sup>33</sup> En este sentido era mucho más coherente políticamente y riguroso jurídicamente el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea elaborado en 1984 («proyecto Spinelli» citado en n. 5), ya que dotaba de personalidad jurídica internacional a la Unión Europea (art. 6) y, por ello, vinculaba la ciudadanía directamente a la Unión (recuérdese que es el primer texto que utiliza este concepto).

<sup>34</sup> Sobre los caracteres generales de la Unión Europea, *vid.* mi estudio citado en n. 21 sobre «El Tratado de la Unión...», en *Gaceta Jurídica*, esp., págs. 27-29.

de la Comunidad Europea (antigua CEE), la cual está dotada de reconocida personalidad jurídica internacional. Al ser una ciudadanía *de la Unión* se establece un vínculo entre el nacional del Estado miembro y el «todo», junto con sus partes o pilares comunitarios (CECA-CE-EURATOM) e intergubernamentales. Pero si la regulación de la ciudadanía se hubiera limitado, como en el proyecto holandés, a la Comunidad Europea («antigua» CEE) entonces la situación jurídica de la institución hubiera sido confusa y parcial y se cortaría el vínculo con las otras dos Comunidades (CECA y EURATOM) y con el nuevo «ente» que conduce la actual etapa de la construcción europea.

### 3. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y NACIONALIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO

El artículo 8.1, segundo párrafo, atribuye *automáticamente* la ciudadanía de la Unión a los nacionales de los Estados miembros. De este precepto se derivan varias consecuencias importantes.

La primera es que la nueva categoría no elimina o sustituye a la institución clásica de la nacionalidad o ciudadanía «estatal». A lo largo de la gestación de este nuevo concepto es bien visible la preocupación e insistencia por asegurar que la ciudadanía de la Unión no es un sustituto de la ciudadanía que conocemos hasta ahora: la vinculación jurídico-política con un Estado, con un Estado miembro, permanece plenamente, sin alteración alguna. En ningún momento se ha pensado en una ciudadanía «única» y «común» para todos los ciudadanos de la Unión. La ciudadanía de la Unión es una nueva institución que presupone la ciudadanía nacional, la ciudadanía de un Estado miembro, y que coexiste indisolublemente con aquélla. Tal como afirma el Preámbulo del Tratado de Maastricht, es «una ciudadanía común», pero no exclusiva, sino que se funda sobre el mantenimiento de las nacionalidades <sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Es frecuente asociar esta institución a figuras históricas como la ciudadanía romana, pero los especialistas suelen descartar tal semejanza y se in-

Como ya es tónica general del proceso de integración, la integración añade, aporta, complementa o, a lo sumo, elimina obstáculos o barreras para el ejercicio de nuevos derechos. En efecto, junto a los derechos civiles, económicos y sociales que el ordenamiento interno reconoce a los ciudadanos o nacionales de ese Estado y que se ejercen básicamente *en el interior* de ese Estado (derechos de la nacionalidad o de la primera esfera), además pueden disfrutar de *nuevos derechos* atribuidos por los Tratados comunitarios (el Tratado de la Unión Europea y el resto de Tratados constitutivos). Estos nuevos derechos se pueden disfrutar tanto *en el interior del Estado del que son nacionales como en el territorio de los otros Estados miembros*. En definitiva, la ciudadanía de la Unión es un *complemento*.

La segunda es que se establece un vínculo indisoluble entre nacionalidad de un Estado miembro y ciudadanía de la Unión. La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es una condición *sine qua non* para disfrutar de la calidad de ciudadano de la Unión. Luego, basta poseer la nacionalidad de un Estado miembro para poder invocar automáticamente la calidad de ciudadano de la Unión y los derechos establecidos en el TUE y demás normas comunitarias. Esa invocación puede ser ante las autoridades de cualquier Estado miembro y las Instituciones comunitarias y también en las relaciones con otros ciudadanos de la Unión. En contrapartida, si se pierde la condición de nacional de un Estado miembro se pierde automáticamente la ciudadanía de la Unión. Como decía el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 1984 («proyecto Spinelli»), la ciudadanía de la Unión «no puede ser adquirida ni perdida separadamente» (art. 3).

Luego, la cuestión es determinar quién es nacional de un Estado miembro. Dado que ninguna norma comunitaria regula la atribución de la nacionalidad, significa que los Estados miembros consideran que el reconocimiento y concesión

---

clinan por «ciudadanías de superposición», como la ciudadanía griega (la de la ciudad-Estado y la pan-helénica) o la de la British Nationality Acts de 1914 y 1948. Vid. P. KNIPPING, «Vers une citoyenneté européenne. Aspects historiques», *Jornadas hacia una ciudadanía europea*, Sevilla, 11-13 de mayo de 1992.

de la nacionalidad depende *exclusivamente* de las normas adoptadas soberanamente por cada Estado miembro. Así lo confirma la Declaración anexa al Acta Final del TUE relativa a la nacionalidad de un Estado miembro: «... la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate»<sup>36</sup>.

Como ha señalado H. Labayle, el Estado conserva esta prerrogativa regaliana que consiste en definir unilateralmente las normas de adquisición de la nacionalidad, prerrogativa que ni el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos («toda persona tiene derecho a una nacionalidad») ni la sentencia Nottebohm del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya han verdaderamente afectado<sup>37</sup>. Claro que la consecuencia de la conservación de ese poder discrecional para atribuir la nacionalidad puede dar lugar a que algunas legislaciones otorguen la nacionalidad de un Estado miembro con generosidad y facilidad a grupos de nacionales de otros Estados con los que se ha mantenido una larga relación colonial y, por tanto, cultural y social. Esta actitud de generosidad hacia ciertos grupos nacionales, que se da en todos los Estados miembros, reconociendo la nacionalidad propia o el régimen de doble nacionalidad, puede llegar a ser muy negativa y a generar abusos que repercuten en otros Estados miembros<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Añade la Declaración citada que «los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario».

<sup>37</sup> H. LABAYLE, «Vers une citoyenneté européenne. Le point de vue juridique», *Jornadas hacia una ciudadanía...*, cit., pág. 7.

<sup>38</sup> El asunto *Micheletti* es uno de los recientes episodios que muestran el disfrute de la incipiente ciudadanía de la Unión por ciudadanos de terceros países (un argentino), cuando un Estado miembro —Italia— y el propio Tribunal de Justicia no toman en cuenta las normas de Derecho internacional —criterio de efectividad— para reconocer la oponibilidad de una nacionalidad (España demostró la falta de efectividad de la nacionalidad italiana), sentencia de 7 de julio de 1992 (*Micheletti c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-368/90), aún no publicado en la recopilación, pero puede verse en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1992-3.

#### 4. EL FUNDAMENTO DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: LA IDENTIDAD EUROPEA

Si la institución de la ciudadanía de la Unión está vinculada a la irreductible nacionalidad de un Estado miembro, también se debe destacar que la misma supone aceptar que los nacionales de los Estados miembros tienen un doble vínculo político, con su Estado y con la Unión Europea. Un doble sentimiento de pertenencia, de lealtad y de responsabilidad; una doble identidad. En definitiva, se rompe el vínculo de exclusividad que el ciudadano mantiene con su Estado. Es verdad, como ha señalado H. Labayle <sup>39</sup>, que esto era inevitable desde el momento en que la Comunidad y su ordenamiento jurídico garantizaban el estatuto de «nacional» comunitario, llegado el caso, contra el propio Estado.

Ciertamente, desde la creación de las Comunidades Europeas los nacionales de los Estados miembros venían disfrutando de diversos derechos económicos y sociales atribuidos por el Derecho comunitario que podían exigir ante otros particulares y ante las autoridades internas (principio del efecto directo vertical y horizontal), aun en contra de lo dispuesto en normas nacionales (principio de la primacía). Venía existiendo, pues, una relación jurídica directa entre los ciudadanos de los Estados miembros y las Comunidades Europeas que ya había quebrado el vínculo jurídico de exclusividad que el Estado mantenía con sus nacionales; ahora, con la institución de la ciudadanía de la Unión, se formaliza esa relación y se le da cobertura conceptual aportándole algunos derechos políticamente más significativos.

En efecto, viene sucediendo que una parte considerable de los derechos que el orden interno reconoce a los nacionales se extienden a los nacionales de los Estados miembros como consecuencia del juego del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, ligado a los derechos de libre circulación y residencia, derecho a un trabajo, a ejercer una profesión, establecer un negocio, etc. Los nacionales de

---

<sup>39</sup> H. LABAYLE, loc. cit., pág. 6.

un Estado no ven disminuidos sus derechos «propios» de la esfera estatal, sino que, como consecuencia de un proceso que integra pueblos, que los hace más iguales y más libres, es decir, con más derechos, comparten esos derechos propios con los nacionales de los otros Estados miembros. Recíprocamente pueden disfrutar de ese régimen de «trato nacional» cuando se encuentran en el territorio de otro Estado miembro. Como consecuencia de la existencia de las dos esferas políticas (estatal y comunitaria), el ciudadano de la Unión disfruta de un *standard* de derechos muy compacto y extenso, sin experimentar variaciones en su protección (salvo la participación política en las elecciones generales y regionales y el acceso a la función pública de soberanía o imperio), cualquiera que sea el territorio dentro de los Estados de la Unión y la actividad que lleve a cabo (económica o no). En definitiva, desde hace tiempo existe un *standard* de derechos *común*; luego, el nuevo vínculo jurídico común se asienta sobre una identidad jurídica bien real.

Un vínculo o identidad jurídica común a pueblos de diferentes Estados no se crea, además, sin fundamentos sólidos de orden histórico, político, social y cultural. Es más, el vínculo de ciudadanía sólo es posible en relación con una entidad política de relevancia jurídico-internacional. Y este requisito se cumple en el tándem Unión Europea-Comunidades Europeas. Ahora bien, cabe preguntarse si las Comunidades Europeas, formalmente organizaciones internacionales, arrastran tras sí, a través de la historia y las aspiraciones de los pueblos de los Estados miembros, una identidad colectiva que dé credibilidad a la ciudadanía de la Unión. Porque ese sentimiento de identidad colectiva de los ciudadanos es el que da vida a la institución de la ciudadanía en cualquier entidad política.

Los analistas coinciden en que una identidad colectiva se puede construir a partir de diversas culturas y en Europa esa diversidad constituye un elemento de equilibrio<sup>40</sup>. Además, la Europa comunitaria comparte una herencia cultural, un

---

<sup>40</sup> C. A. STEPHANOU, «Identité et citoyenneté européennes», *RMC*, 1991, junio, núm. 343, pág. 31.

pensamiento político relativamente homogéneo, unas raíces jurídicas comunes, unas tradiciones humanistas que han resistido todas las revoluciones y escisiones ideológicas, en fin, hay una real comunidad de cultura, de principios políticos y sociales, que atestiguan la voluntad y la realidad de un sentimiento de compromiso colectivo. Posiblemente, el paradigma de que se comparte una concepción común de lo que debe ser hoy la vida en sociedad es el hecho de que todos los Estados miembros son Partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma en 1950, y lo comparten en sus últimas consecuencias mediante la aceptación de las demandas de los particulares ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la sumisión a su órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En definitiva, la ciudadanía de la Unión es un elemento básico de la Unión Política y refleja la finalidad de la Unión Europea: lograr un conjunto solidario de derechos y deberes que se desarrollen de forma progresiva y coherente en un espacio integrado política, económica y socialmente.

#### IV. LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 8.2 del TCE, tal como ha sido aprobado en Maastricht, establece que «los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado». Luego, los derechos y, eventualmente, las obligaciones comprenden no solamente los derechos específicos en esta Segunda Parte del Tratado (libre circulación y residencia, participación política europea y municipal en el lugar de residencia, protección en el exterior, derecho de petición y protección del Defensor del Pueblo), sino también otros derechos, igualmente vinculados a la esencia del estatuto de ciudadanía en toda entidad política, como, por ejemplo, el principio de igualdad de trato o el disfrute de un sistema coherente e integrado de derechos fundamentales.

## 1. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN TODO EL TERRITORIO DE LA UNIÓN

El artículo 8 A del TCE, tal como se ha reformado en Maastricht, reconoce que

«todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Como es sabido, el principio de libre circulación no es ninguna novedad del Tratado de la Unión Europea, ya que este principio, referido a *categorías determinadas, pero muy amplias, de personas*, ya se había reconocido desde 1951 en el Tratado CECA y desde 1957 en los Tratados de Roma (CEE y CEEA/EURATOM). Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en el establecimiento de un mercado común en el que los agentes económicos deben gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión (médico, farmacéutico, asegurador, abogado...) o abrir un negocio como comerciante, industrial, etc. Residir en un Estado miembro para llevar a cabo estas actividades económicas, al margen de la nacionalidad, había quedado ya, desde mediados de los años setenta, al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros.

A partir de su proclamación en los artículos 48 (trabajadores), 52 (servicios) y 59 (establecimientos) CEE, se ha ido extendiendo, por su lógica implícita, a la familia del beneficiario económico <sup>41</sup> como un derecho fundamental de ambos.

---

<sup>41</sup> Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, *DO-CE* L 257, de 19 de octubre de 1968, y Reglamento 1251/70 del Consejo, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores de residir en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado un empleo, *DO-*

De este modo, el principio de la libre circulación ha proseguido, como observa H. Labayle, «su obra desestabilizadora» de los ordenamientos nacionales a través del principio de no discriminación, generalizando la libre circulación y residencia en favor del nacional comunitario y su familia junto al disfrute de las mismas condiciones en materia social que los nacionales de ese Estado. A ello se debe añadir el hecho de que las eventuales excepciones a ese derecho relativas al orden público, seguridad y salud públicas del artículo 48.3 son interpretadas muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia <sup>42</sup>. El Tribunal reconoció el mismo derecho en caso de trabajo parcial o el de libre circulación en calidad de turistas. Así pues, la libre circulación y residencia viene abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba a toda la sociedad.

Con la reforma del Acta Unica en 1986 y su compromiso de realización plena del mercado común, verdaderamente interior y único, se abordó, a partir del artículo 8 A (del Tratado CEE), la libre circulación de *personas* y su derecho a residir en el territorio de cualquier Estado miembro. El Consejo aprobó tres Directivas el 28 de junio de 1990 relativas a amplias capas de población que no encajaban en el hecho *económico* que permitía la libre circulación de trabajadores, servicios y establecimiento, y de las familias afectadas por ese hecho. Se trata de los llamados «inactivos» laborales:

— así, la Directiva que regula, con carácter general, el derecho de residencia para todos los nacionales que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho Comunitario y demuestren tener unos recursos suficientes y un seguro de enfermedad (por ejemplo, *rentistas*) <sup>43</sup>;

---

CE L 142, de 30 de junio de 1970; TJCE, sentencias de 30 de septiembre de 1975 (*Casagrande*, 32/75), Rec. 1975, pág. 1085; 15 de enero de 1986 (*Pinna*, 41/84), Rec. 1986, pág. 1.

<sup>42</sup> Reguladas por la Directiva de 25 de abril de 1964; interpretada, entre otras, por la sentencia de 4 de diciembre de 1974 (*Van Duyn*, 41/74), Rec. 1974, pág. 1337.

<sup>43</sup> Directiva 90/364, DOCE L 180, de 13 de julio de 1990.

— la Directiva relativa al derecho de residencia para los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, aunque no hayan ejercido el derecho de libre circulación durante su vida profesional (por ejemplo, los *jubilados o pensionistas*)<sup>44</sup>;

— y la Directiva relativa al derecho de residencia de los *estudiantes*<sup>45</sup>.

En las tres Directivas se extendía el derecho a la familia del «inactivo», exigiéndose que el beneficiario y su familia dispongan de recursos suficientes y seguro de enfermedad a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para el Estado miembro de acogida. El plazo para la transposición de las tres Directivas expiró el 30 de junio de 1992 y desde esa fecha, caso de no estar aprobada la legislación interna en cualquier Estado miembro, pueden ser invocables aquellas disposiciones de las mismas que posean efecto directo (es decir, que sean precisas y no dejen márgenes de apreciación discrecional).

Para llegar a estas normas, verdadera anticipación del Tratado de la Unión Europea, al que privan de toda novedad en esta materia, las Comunidades Europeas han librado una larga batalla desde las primeras iniciativas del Consejo Europeo de Fontainebleau (1984) y del Informe Adonino (1985). El problema ha sido encontrar una base jurídica adecuada, común o específica, a cada una de las Directivas. Para las tres Directivas, la general (90/364), la de los pensionistas (90/365) y la de los estudiantes (90/366), el Consejo optó por el artículo 235 (votación por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo), entendiendo así que no había una base concreta en los Tratados de carácter principal. El Consejo rechazó las bases propuestas por la Comisión: el artículo 7 —no discriminación, que aparecía en la propuesta «estudiantes»— o los artículos 48 y 54 —pensionistas— o 100 —directiva general— del Tratado CEE, y recurrió al artículo 235 CE, que permite la extensión de la competencia comunitaria a ámbitos no previstos en los Tratados por necesidad del mercado común.

---

<sup>44</sup> Directiva 90/365, *ibidem*.

<sup>45</sup> Directiva 90/366, *ibidem*.

El Parlamento Europeo entendió que la base jurídica de la Directiva «estudiantes» no era la correcta y que, al no utilizar el artículo 7 (principio de no discriminación) como base principal, se habían lesionado sus prerrogativas en el proceso legislativo (las normas de aplicación del art. 7 prevén la adopción por mayoría cualificada en cooperación con el Parlamento Europeo) e impugnó (apoyado por la Comisión) la validez de dicha Directiva ante el Tribunal de Justicia conforme a la legitimación activa que le había reconocido el Tribunal de Justicia en la sentencia *Tchernobyl* <sup>46</sup>. El Tribunal de Justicia ha dado la razón al Parlamento Europeo en relación con la Directiva «estudiantes» <sup>47</sup>, confirmando jurisprudencia anterior sobre el carácter subsidiario del artículo 235 TCE y sobre la necesidad de que la base jurídica de un acto tenga en cuenta el objetivo y el contenido del mismo. En este sentido, ha precisado que el artículo 7.2 tiene por objeto permitir al Consejo adoptar, en función de los derechos e intereses en presencia, las disposiciones necesarias para la supresión efectiva de las discriminaciones ejercidas en razón de la nacionalidad en las materias cuya competencia no encuentre fundamento en una de las disposiciones particulares que rigen los diferentes ámbitos del Tratado (objetivo del nuevo art. 8 A). Desde luego, sería una incongruencia reconocerles el derecho de inscripción en un establecimiento de enseñanza en otro Estado miembro, al amparo de los artículos 7.2 y 128 TCE <sup>48</sup>, y no permitirles el derecho de residencia.

Pero ahora, esta batalla ganada por el Parlamento Europeo queda clarificada por una base jurídica sólida, de carácter constitucional, al declararse el derecho de la libre circulación y residencia de «todo ciudadano de la Unión», independientemente de la actividad económica, aunque no independientemente de la *situación económica y la cobertura sanitaria y social*, como precisan los apartados 1 y 2 del artícu-

---

<sup>46</sup> 22 de mayo de 1990, C-70/88, Rec. 1990, pág. 2067, y en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1990-3, págs. 937-943.

<sup>47</sup> 7 de julio de 1992 (*Parlamento Europeo c. Consejo*, C-295/90), aún no publicada, fund. 11 y 18.

<sup>48</sup> Así lo había declarado en la sentencia de 26 de febrero de 1992 (*Rauhin*, C-357/92), no publicada.

lo 8 A TCE. Es decir, el derecho de libre circulación y residencia para los que se contemplan en las actividades económicas (trabajadores por cuenta propia y ajena, prestatarios y beneficiarios de servicios, etc.) se rige por las disposiciones del TCE y el derecho derivado de aplicación a cada grupo (asalariados, abogados, médicos, seguros, etc.) (apartado 1 del art. 8 A). Y, además, el Consejo podrá adoptar nuevas disposiciones para *facilitar* el derecho de libre circulación y residencia, lo que significa que el artículo 8 A es directamente invocable y aplicable desde la entrada en vigor del TUE. Estas normas de aplicación no podrán restringir el derecho cuyas limitaciones son las estrictamente permitidas por el TCE (orden público, seguridad y salud públicas) <sup>49</sup> y serán propuestas por la Comisión y se aprobarán por el Consejo mediante votación unánime y posterior dictamen conforme del Parlamento Europeo. Sin duda, el Parlamento Europeo adquiere un importante poder de veto y puede velar por el respeto de este derecho fundamental de que se derivan, como prolongación, otros igualmente fundamentales.

Dado que este derecho de libre circulación y residencia ya ha sido logrado para la gran generalidad de los ciudadanos antes de la entrada en vigor del TUE, nos podemos preguntar por el «valor añadido» por el artículo 8 A. Yo creo que este nuevo artículo constituye una base jurídica bien definida al predicar el derecho para todo ciudadano de la Unión de forma inmediata y con carácter general; se trata, pues, no de un derecho derivado de una actividad económica directa (para el agente económico) o indirectamente (para su familia), sino de un derecho autónomo. Además, es cierto que añade —como señala C. F. Durand— una obligación de resultado cuya pues-

---

<sup>49</sup> En la CIG se rechazaron algunos apartados de la propuesta española en esta materia, pues podían ser restrictivos de los derechos de libre circulación y residencia; así, se decía en el artículo 6.2 del texto articulado español (citado en n. 19) que «todo ciudadano de la Unión tiene el deber de respetar la legislación del Estado miembro donde se encuentre». Este apartado otorga unos poderes discrecionales al Estado miembro y es incompatible con las disposiciones de libre circulación y residencia de los Tratados en vigor; además, puede suceder que la legislación en vigor de un Estado que se desee aplicar al residente comunitario sea contraria a las normas de los Tratados y deba ser, en consecuencia, inaplicada.

ta en práctica concreta, destinada a facilitar su ejercicio, será controlable jurisdiccionalmente <sup>50</sup>.

Habida cuenta la doctrina jurisprudencial en la materia y la entrada en vigor de las tres Directivas cubriendo casi todo el campo social, solamente quedarán dos categorías fuera del derecho de residencia: los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos económicos suficientes y las personas excluidas por razones de orden público, seguridad o salud pública.

Finalmente, sin restar importancia a este derecho originado en los Tratados fundacionales, hay que señalar un cierto fracaso en su disfrute; los nacionales comunitarios desplazados de sus países de origen apenas alcanzan el 38 por 100 del conjunto de no nacionales acogidos en los Estados miembros. Únicamente Irlanda, con el 79 por 100, Bélgica, con el 63 por 100, y España, con el 58 por 100, acogen a residentes comunitarios en porcentajes superiores respecto del total de no nacionales. En Francia y Reino Unido la proporción de residentes comunitarios se sitúa en el 43 por 100, en Grecia son el 30 por 100, en Alemania el 29 por 100, en Holanda y Portugal el 27 por 100, en Italia el 22 por 100 y en Dinamarca el 21 por 100 <sup>51</sup>. Además, señala Bourrinet, que la débil movilidad intracomunitaria se muestra en el hecho paradójico de que al comienzo de los años sesenta los residentes comunitarios eran el 50 por 100 de los no nacionales, mientras que al final de los ochenta se ha doblado el número de Estados miembros... Si en 1958 la libre circulación de mercancías apenas alcanzaba al 30 por 100 del comercio, en 1992 el comercio intracomunitario sobrepasa el 61 por 100. En definitiva, poco más de dos millones de trabajadores asalariados trabajan en otro Estado miembro.

---

<sup>50</sup> Loc. cit., pág. 441.

<sup>51</sup> Todos estos datos en J. BOURRINET, «Vers une citoyenneté européenne. Aspects économiques», en *Jornadas hacia una ciudadanía...*, cit., pág. 6 y en *Revue du Marche Commun*, núm. 362, novembre 1992, pp. 774-775.

## 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO O DE NO DISCRIMINACIÓN

Los Tratados no han enunciado con carácter *general* el principio de igualdad de trato o de no discriminación, y tampoco lo ha hecho el Tratado de la Unión Europea, a pesar de la propuesta española de afirmar, con carácter general, el principio de igualdad en un precepto y en otro distinto y seguido (en la parte específica de «Ciudadanía») recolocar el clásico artículo 7 CEE estableciendo la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Sin embargo, desde la fundación de las Comunidades Europeas, este principio se ha fundado en el artículo 7 del Tratado CEE y otros específicos, y se ha garantizado de forma muy generosa por el Tribunal de Justicia en un número interminable de sentencias. De esta forma, a partir de la concreta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se ha llegado de hecho y de derecho a enraizar un verdadero principio de igualdad de trato de aplicación general.

El Tribunal de Justicia ha declarado que «... la prohibición de discriminación enunciada en la disposición citada (art. 40.3.2.º en materia de política agrícola) no es más que la expresión específica del principio de igualdad que corresponde a los principios fundamentales del Derecho comunitario»<sup>52</sup>. Reiterando el carácter estructural de este principio, ha añadido en otra ocasión que «prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado»<sup>53</sup>.

En efecto, el principio de igualdad de trato o no discriminación forma parte del estatuto jurídico básico del ciudadano

---

<sup>52</sup> Sentencia de 19 de octubre de 1977 (*Ruckdeschel*, 117/76 y 16/77), Rec. 1977, pág. 1753.

<sup>53</sup> Sentencia de 12 de febrero de 1974 (*Sotgiu*, 152/73), Rec. 1974, fund. 11; también en sentencia de 30 de mayo de 1989 (*Allué*, 33/88), Rec. 1989, pág. 1591.

de la Unión. Es cierto que su proclamación no se encuentra en los artículos 8 a 8 E (Segunda Parte del TCE), porque este es *el principio* sobre el que se ha anclado sólidamente la integración europea desde su nacimiento. El Tratado de la Unión Europea lo único que hace es cambiar ligeramente su numeración, pasando a ser el nuevo artículo 6 del TCE y manteniéndolo en la Primera Parte del Tratado: en los «Principios».

Este precepto ha prohibido y prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad *en los ámbitos de aplicación de los Tratados*. Y se acompaña, a lo largo de las disposiciones materiales sobre libre circulación (mercancías, personas, servicios, capitales) y las políticas, de disposiciones específicas que establecen la igualdad de trato de los nacionales de los diferentes Estados miembros. Así, en los Tratados y Derecho derivado, como ha observado K. Lenaerts, hay normas que se dirigen, unas veces, a las Instituciones comunitarias exigiéndoles su respeto, so pena de «inconstitucionalidad del acto», y, otras, se dirigen a los Estados miembros y a los particulares prohibiéndoles aplicar, en el marco de la ejecución de sus obligaciones comunitarias, criterios de distinción determinados con el propósito de someter a los nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente (aunque estas normas también obligan a las Instituciones) <sup>54</sup>.

Igualdad de disfrute de los derechos económicos y sociales significa que no se puede reservar una parte del mercado de empleo o de la producción de las mercancías, o del transporte, etc., a los nacionales del Estado; también exige igualdad en el acceso y condiciones de empleo <sup>55</sup> o el ejercicio de

---

<sup>54</sup> K. LENAERTS, «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *CDE*, 1991-1, págs. 3-4. En las págs. 39-41 se incluye una lista con las disposiciones de Derecho originario y derivado que incluyen la exigencia de la igualdad de trato.

<sup>55</sup> El Reglamento 1612/68, citado en n. 40, establece que los trabajadores nacionales de los Estados miembros no serán tratados de forma diferente a los trabajadores nacionales en todas las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de remuneración, despido y reintegración profesional o reempleo, y se beneficiarán de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales y del derecho de filiación sindical y de

una profesión, o en la apertura y gestión de una industria o un comercio. Igualmente, no se permite en las Comunidades Europeas reservar los beneficios de las prestaciones sociales, sanitarias, o los derechos sindicales, o las subvenciones para viviendas o becas de estudios, etc., a los nacionales y excluir de ese beneficio al residente comunitario que ejerce una actividad económica; si se admitieran esas condiciones de desigualdad se vaciaría de contenido la institución de la ciudadanía. Por ello, gozar de los derechos de ciudadanía significa que esa persona no puede ser objeto de discriminaciones en el ejercicio de sus derechos.

Mediante este principio de igualdad de trato, invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) por cualquier nacional de un Estado miembro que se encuentre bajo el campo de aplicación de los Tratados, se ha venido quebrando en numerosísimos ámbitos la dicotomía clásica nacional-extranjero. Al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya señalada, de los beneficios del Tratado a la familia del agente económico y su equiparación al nacional a todos los efectos.

El Tribunal ha ahondado en cuestiones concretas de la vida social y económica, como, por ejemplo, declarando que si un Estado reconoce pensiones o prestaciones sociales a las parejas no casadas, este beneficio le debe ser reconocido a los nacionales de otros Estados miembros<sup>56</sup>. Igualmente, ha exigido igualdad de trato respecto a los derechos de matrícula en los establecimientos educativos en aquellos países que tienen establecidas tasas superiores para los extranjeros<sup>57</sup>. Basándose en el principio de no discriminación del artículo 7, el

---

ejercicio de los derechos sindicales. Y todos estos derechos se extienden a su familia, como se ha indicado anteriormente.

Vid. J.-L. CHARPENTIER, «L'application aux travailleurs salariés du principe de non-discrimination en raison de la nationalité», *Europe*, núm. 3, marzo 1992, págs. 4 y sigs.

<sup>56</sup> Sentencia de 17 de abril de 1986 (*Reed*, 59/85), Rec. 1986, pág. 1283.

<sup>57</sup> Entre otras, sentencias de 13 de febrero de 1985 (*Gravier*, 293/83), Rec. 1985, pág. 593; 2 de febrero de 1988 (*Blaizot*, 24/86), Rec. 1988, pág. 404; vid. TREVOR y HARTLEY, «La libre circulation des étudiants», *CDE*, 1989, págs. 325 y sigs.

Tribunal de Justicia ha extendido en favor de un nacional comunitario viajando como turista (destinatario de un servicio) una indemnización prevista en casos de agresión para los nacionales y los residentes extranjeros <sup>58</sup>.

En efecto, en los ámbitos de aplicación de las normas comunitarias se ha producido ya hace algún tiempo la *asimilación* del nacional al «nacional comunitario». Y esto ha sucedido antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. Ahora, además, está el «valor añadido» de la creación de un vínculo jurídico común: la ciudadanía de la Unión. Esta nueva categoría, formal y materialmente, se interpone entre el nacional y el extranjero (categoría reservada a nacionales de Estados ajenos a las Comunidades Europeas), pero se debe tener en cuenta que la esfera de derechos y obligaciones del ciudadano de la Unión *coincide* en gran medida con la esfera nacional, como consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia.

Se trata, pues, de dos principios establecidos expresamente en los Tratados que, conjugados en la lógica de la integración, inicialmente dentro del mercado común, han demostrado poseer unas virtualidades integradoras impensables: su *vis expansiva*, reconocida por el Tribunal de Justicia, ha sido tal que prácticamente han extendido los beneficios de la integración a casi todos los nacionales de los Estados miembros y han permitido el ejercicio de derechos comunes independientemente del vínculo de nacionalidad, antes, incluso, de la adopción del Tratado de la Unión Europea.

---

<sup>58</sup> Así, «el principio de no discriminación, enunciado en particular en el artículo 7 del Tratado, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por lo que se refiere a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de desplazarse a dicho Estado, en especial como destinatarios de servicios, subordine la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en dicho Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o a ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con dicho Estado miembro», sentencia de 2 de febrero de 1989 (*Cowan*, 186/87), Rec. 1989, pág. 216.

En efecto, la lógica del proceso de la integración, desde 1957, con el principio de no discriminación hasta 1992 con la creación de la ciudadanía de la Unión ha ido rompiendo el vínculo de exclusividad jurídico-política por la creación de otro vínculo *más* con otra entidad jurídico-política. A su vez, esta nueva ciudadanía consagra, como inherente a la clásica noción de ciudadanía, la idea de unos derechos comunes, de unos mismos deberes, en fin, de la igualdad de trato. La ciudadanía, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se inspira, se nutre y reposa en la idea de igualdad. Igualdad de derechos, igualdad de libertades.

La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de «extranjero» referida a un nacional de un Estado miembro. Al no existir la nueva categoría en el pasado había que utilizar diversas expresiones para referirse al *status* del nacional de un Estado miembro, un *status* tan privilegiado respecto del régimen de extranjería que venía exigiendo una denominación que lo abarcase y lo diferenciase del extranjero. Sólo los ámbitos políticos le estaban vedados, puesto que el sistema de libertades económicas de los Tratados habían ido quebrando las resistencias a la tradicional política de todos los Estados, por lo menos desde el siglo XIX, de restringir y controlar la presencia económica extranjera, ya sea por razones de proteccionismo de seguridad pública o, simplemente, de xenofobia.

Independientemente de si existen o no razones para que los Estados miembros mantengan esas prohibiciones o restricciones respecto de los extranjeros <sup>59</sup>, lo cierto es que, salvo

---

<sup>59</sup> Cita Laveissière que una ley francesa de 1957 relativa a la colombofilia civil prohíbe a los extranjeros poseer palomas mensajeras o comerciar con ellas para evitar atentados a los intereses nacionales... palomas mensajeras peligrosas en la era de las telecomunicaciones instantáneas... (J. LAVEISSIERE, «Citoyenneté et exercice d'une activité économique», en *Citoyenneté et nationalité*, págs. 297-300). En efecto, muchas profesiones han estado vedadas o lo siguen estando para los extranjeros; no me refiero solamente a la función pública, sino a otras prohibiciones relativas a las profesiones liberales, la dirección de bancos, medios de comunicación, bolsa, seguros, la concesión de un servicio público, estancos, casinos, etc. En otros

la función pública de soberanía, los nacionales de los Estados miembros no pueden sufrir tales restricciones o prohibiciones. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad proclamado en el artículo 7 ha minado pacientemente las antiguas concepciones económicas hasta ir debilitando las resistencias o resabios nacionalistas.

Los derechos económicos y sociales que las normas comunitarias han atribuido a los ciudadanos de los Estados miembros han podido ser invocados por éstos en los otros Estados, lo que significa que, aun sin el Tratado de Maastricht, desde los años cincuenta (1986 para España) existe «una disociación entre la calidad de ciudadano de un Estado y los límites geográficos de los derechos, que están vinculados a esta nacionalidad»<sup>60</sup>. En el ámbito de las actividades económicas los nacionales de los Estados miembros han venido gozando de un *trato nacional* que el TUE confirma en la institución de la ciudadanía.

Por ello, cuando se diferencia entre la esfera de derechos que el orden interno atribuye a los ciudadanos del Estado miembro y la esfera de derechos que los Tratados constitutivos y el TUE atribuyen, se debe precisar que el objetivo de la esfera comunitaria es doble: por un lado, crear nuevos derechos que se ejercen en cualquier Estado miembro y, de otro, *extender la esfera nacional de derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentren en el territorio de aquél*.

El principio de no discriminación y principio de igualdad de trato y de oportunidades son anverso y reverso de una misma moneda. Lenaerts afirma también que «igualdad y no discriminación son expresiones recíprocas de un principio que contribuye a que la Comunidad sea calificada como Comunidad de Derecho»<sup>61</sup>. Yo creo que al menos hay que reconocer que si el principio de no discriminación tiene por objeto

---

casos, simplemente se les ha dificultado el acceso a una actividad económica (industria y comercio) mediante la exigencia de la reciprocidad.

<sup>60</sup> Chr. HEN, «Vers une citoyenneté européenne?», en *Citoyenneté et nationalité*, págs. 276-277.

<sup>61</sup> Loc. cit., pág. 38.

impedir un tratamiento en detrimento de una persona, es decir, menos favorable que el acordado al nacional, conduce por lógica al de igualdad de trato y de oportunidades, que persigue el trato más ventajoso posible que se da a los nacionales, nivelando por lo alto a los nacionales y a los «nacionales comunitarios» o ciudadanos de la Unión.

El principio de igualdad de trato se extiende en el Derecho comunitario a la *igualdad entre hombres y mujeres* en el ámbito de aplicación de los Tratados. El artículo 119 establece una norma de efecto directo: la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. El Tribunal de Justicia reconoció una doble finalidad económica y social a esa disposición <sup>62</sup>.

El principio de igualdad de trato también ha tenido su frente de batalla en materia de acceso a la *función pública*. Ciertamente, el artículo 48.4 del Tratado CEE excluye de la libre circulación y residencia a los empleos en la Administración pública y el artículo 55.1 excluye también de la libertad de establecimiento (profesiones liberales, empresas, etc.) a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. La razón de ser de esta exclusión estriba en que numerosos ámbitos de la función pública implican una participación del servidor público en el ejercicio de la soberanía del Estado.

Ahora bien, esta limitación no puede servir de coartada a las Administraciones públicas (estatal, regional, provincial, local e institucional) para acotar un amplísimo ámbito de empleo en favor de los nacionales y excluir a los nacionales co-

---

<sup>62</sup> La finalidad *económica* trata de evitar, en palabras del Tribunal, que «en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación»; la finalidad *social* del precepto viene dada por el hecho de que la Comunidad «no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, tiene que asegurar, por medio de una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal como ha sido subrayado en el preámbulo del Tratado» (sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43/75, Rec. 1976, fund. 9).

munitarios, sobre todo, habida cuenta el cariz intervencionista del Estado «social» contemporáneo. Dicho de otro modo, los Estados no pueden discrecionalmente calificar de función pública cualquier clase de empleo y excluir el acceso a una serie de empleos sólo porque el Estado sea el «empresario».

En definitiva, la noción de empleo en la Administración pública o de función pública es una noción comunitaria «a fin de evitar que el efecto útil del Tratado no quede frustrado por disposiciones unilaterales de los Estados miembros»<sup>63</sup> y, en tanto que excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato<sup>64</sup>, no se define o califica unilateralmente por los Estados. Tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, debe ser entendida como «participación directa y específica en el ejercicio del poder público»<sup>65</sup> o, como concretaba todavía más el Abogado General Mayras, «estarían reservadas únicamente a los nacionales las actividades que permitan a sus titulares participar directamente en el ejercicio de autoridad pública, o que hagan uso de prerrogativas de poder público respecto de los administrados».

En definitiva, el principio de igualdad de trato o de trato nacional, como también utiliza el Tribunal de Justicia, sólo encuentra un bastión, de momento inexpugnable<sup>66</sup>, en la función pública en la judicatura y similares (fiscales, secretarios judiciales...), el Cuerpo Diplomático, Cuerpos de funcionarios como los Abogados del Estado, Letrados, inspectores financieros, inspectores de trabajo, Fuerzas Armadas, Fuerzas de orden público, y los cargos de responsabilidad política de las Administraciones públicas.

---

<sup>63</sup> Sentencia de 21 de junio de 1974 (*Reyners*, 2/74), Rec. 1974, fund. 50.

<sup>64</sup> Así la calificó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de febrero de 1974 (*Sotgiu*, 152/73), Rec. 1974, fund. 4.

<sup>65</sup> Sentencia *Reyners*, citada, fund. 54.

<sup>66</sup> La Comisión ya mostró su preocupación por limitar estrictamente esta excepción al principio de igualdad en el Libro Blanco sobre el mercado interior, COM (85) 310 final, y en su Comunicación publicada en el *DO-CE C 72*, de 18 de marzo de 1988.

### 3. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL LUGAR DE RESIDENCIA

#### A) *Participación en las elecciones al Parlamento Europeo*

El artículo 8 B, apartado 2, reconoce a «todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que reside, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

Hasta el Tratado de Maastricht los nacionales de los Estados miembros tenían reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo *en el Estado miembro del que son nacionales*, en virtud del artículo 138 CEE, y así se había ejercido en las elecciones mediante sufragio universal directo habidas hasta ahora (1979, 1984 y 1989). Pero sucedía que si un ciudadano comunitario, en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia, residía en otro Estado miembro no podía ejercer el derecho de votar a sus representantes en el Parlamento Europeo, a menos que su Estado le permitiera votar por correo (España) o el voto en la Embajada o Consulado (Italia), o se desplazase a su país a tal fin; sólo Irlanda y Bélgica permite el derecho de voto a los nacionales residentes de los otros Estados miembros, y Holanda también en el caso de que su Estado de origen les prive del derecho de voto. Mayores dificultades se levantaban si se atrevía a presentarse como candidato, pues casi todos los Estados no han previsto esa opción, sólo Italia entendía la lógica de la integración (en cuanto a la elegibilidad) y permitía la presentación de candidaturas de nacionales de los otros Estados miembros.

Este problema se suscitaba por el hecho de que las condiciones del ejercicio del sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo no se han regulado al no haberse aprobado el procedimiento electoral uniforme previsto en el artículo 138.3 CEE, de forma que cada Estado miembro ha establecido sus propias reglas sobre el derecho de voto y elegibilidad, sin tener en cuenta las repercusiones que ello podía

tener en derechos reconocidos por los Tratados como el de libre circulación y estancia. Por ello, el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en cualquier Estado miembro «constituye un complemento al derecho de residencia en la Comunidad» que desde 1957 preveía el Tratado de Roma <sup>67</sup>.

Pero si el derecho de libre circulación y residencia (arts. 48, 52... CEE) establecido en los Tratados es su fundamento jurídico mediato, no debe olvidarse que la razón de ser de este derecho, cualquiera que sea el lugar de residencia, está en la naturaleza misma del Parlamento Europeo desde 1952: el Parlamento Europeo está «compuesto por representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad» (arts. 20 CECA, 137 CEE y 107 CEEA/EURATOM).

Por ello, este derecho ha sido reclamado constantemente por el Parlamento <sup>68</sup> y se incluía en la propuesta española (octubre de 1990 y texto articulado de febrero de 1991), y fue prontamente bien acogido por las Instituciones y los Estados miembros. Importa destacar que tanto la propuesta española como los diversos memoranda o informes de los Estados, recordaban la necesidad o la conveniencia de adoptar el procedimiento electoral uniforme, tal como lo prevé el artículo 138 CEE <sup>69</sup>.

Así pues, el derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo no estará ya condicionado a las normas internas que reservan este derecho a los nacionales del Estado miembro donde se realizan las elecciones (así, es el caso de la LOREG en España, que habrá de ser reformada en 1993 o primeros meses de 1994).

Las *modalidades* de ejercicio del sufragio activo y pasivo *en el lugar de residencia* deberán ser adoptadas por el Conse-

---

<sup>67</sup> Cf. F. DURAND, loc. cit., pág. 441.

<sup>68</sup> Rapport J. Seiltinger, Doc. I-1988/81; Rapport Bocklet, Doc. A2/1/85.

<sup>69</sup> Este precepto ha sido revisado en Maastricht en el sentido de exigir el dictamen conforme del Parlamento Europeo al texto que apruebe por unanimidad el Consejo a iniciativa exclusiva del propio Parlamento Europeo; sin embargo, la CIG no condicionó el reconocimiento de la participación política en la institución parlamentaria europea *en el lugar de residencia* a la aprobación de la «Ley» electoral uniforme.

jo antes del 31 de diciembre de 1993 por unanimidad. La propuesta será elaborada por la Comisión y será consultado el Parlamento Europeo. La propuesta articulada española preveía su adopción por mayoría cualificada en cooperación (o codecisión, si se aprobaba la nueva modalidad) con el Parlamento Europeo <sup>70</sup>.

Estas modalidades no deberán diluir o dificultar el derecho atribuido por este artículo 8 B.2. El principio general en materia de modalidades está explicitado en el propio precepto: «en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». Luego, solamente si se justifica por problemas específicos de algún Estado miembro, sólo entonces, podrá haber excepciones a la condición general de un régimen igual para nacionales del Estado y nacionales de otros Estados miembros. Se deberá regular todo lo relativo a la residencia previa, edad mínima, financiación, acceso a los medios de comunicación, porcentajes mínimos en el escrutinio, etc. <sup>71</sup>. Esas modalidades probablemente serán objeto de una Directiva que exigirá entonces su transposición; será entonces, a la luz de la misma, cuando se modifique la LOREG en España para acomodarla a este artículo 8 B.2 TCE y a la Directiva. Lo que hace que se esté muy ajustado de tiempo para que los ciudadanos de la Unión puedan disfrutar de este derecho en las elecciones europeas de junio de 1994, y esperar a las de 1999 parece excesivo.

---

<sup>70</sup> El proyecto luxemburgués coincidía con el aprobado en Maastricht, pero el proyecto holandés preveía la aprobación unánime del Consejo y añadía, a la previa consulta del Parlamento Europeo, un dictamen conforme del Parlamento Europeo sobre el texto aprobado por el Consejo, estableciendo un cierto paralelismo con el nuevo artículo 138.3 TCE en relación con la aprobación del procedimiento electoral uniforme del que sería una anticipación acordada en el nivel «constitucional». Sin duda este procedimiento hubiera sido el más coherente jurídicamente, al respetar la nueva lógica del artículo 138.3 TCE. Pero en Maastricht el Consejo Europeo restableció la mera consulta al Parlamento Europeo en esta materia.

<sup>71</sup> Sin embargo, la exigencia peculiar de algún Estado (como España) de que los parlamentarios *europeos* juren o prometan la Constitución española deberá desaparecer.

## B) *Las elecciones municipales*

El artículo 8 B, apartado 1, prevé el derecho de todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional «a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida».

Este derecho había sido reclamado por el Parlamento Europeo en 1977<sup>72</sup> y también se sugería en el Informe Adonino sobre la Europa de los ciudadanos, lo que motivó a la Comisión a elaborar un informe específico<sup>73</sup>. También este derecho aparecía muy cautelosamente en la propuesta española de octubre de 1990, puesto que los trabajos que la Comisión venía haciendo desde 1986 (incluido una propuesta de Directiva de 22 de junio de 1988)<sup>74</sup> estaban encontrando notables resistencias en numerosos Estados miembros. Por ello, el Consejo Europeo de diciembre de 1990, en sus instrucciones a la CIG, acepta como «posible» dicha participación, a diferencia de la afirmación rotunda de la aceptación de ese derecho para las elecciones europeas.

También en este derecho su fundamento reposa en el derecho de libre circulación y residencia: es una «prolongación indispensable» de dicho principio<sup>75</sup>, junto al hecho, como destacaba la Comisión en su informe de 1986, de que estos nacionales comunitarios forman parte integrante de la vida de su municipio, tanto en el plano económico como cultural, y las decisiones que se adoptan en los municipios afecta de forma inmediata a los residentes, independientemente de la nacionalidad.

Al igual que sucedía en las elecciones europeas, el ejercicio del derecho de residencia en otro Estado miembro priva a la mayoría de los nacionales comunitarios en esa situación

---

<sup>72</sup> Resolución de 16 de noviembre de 1977 sobre atribución de derechos especiales a los ciudadanos de la Comunidad, *DOCE* C 299/77.

<sup>73</sup> Informes citados, ver *supra*, n. 7 y 12.

<sup>74</sup> *DOCE* C 246, de 20 de septiembre de 1988. Esta propuesta fue informada favorablemente por el Parlamento Europeo por 246 votos a favor y 56 en contra, pero quedó bloqueada en el Consejo.

<sup>75</sup> Chr. HEN, loc. cit., pág. 287; Cl.-F. DURAND, loc. cit., pág. 441.

del derecho de voto en su propio país (salvo los que lo permiten por correo o en los consulados o embajadas) y se le negaba con carácter general este derecho en el país de residencia, salvo las excepciones de Irlanda (desde 1973 reconoce el sufragio activo y pasivo de *todos* los no nacionales), Dinamarca (sufragio activo desde 1981 bajo ciertas condiciones para todos los no nacionales) y Holanda (igualmente desde 1983). Claro que para hacerse una idea no exagerada de la solidaridad política de estos países hay que decir que la población no nacional se sitúa entre el 2 y el 4 por 100 de la población total.

En Maastricht se vencieron las principales resistencias políticas en esta materia <sup>76</sup> y, al reconocer con una base jurídica específica este derecho, permite superar otra de las polémicas que acompañaron la gestación de este derecho durante la época en que la Comisión preparó la propuesta de Directiva: el problema de su base jurídica, que la Comisión situó con escasa convicción en el artículo 235 CEE. Se puede dudar con razón que la participación en la vida local del ciudadano comunitario sea una acción *necesaria* para el funcionamiento del mecardo común.

El artículo 8 B.1 prevé, al igual que las elecciones europeas, que el Consejo apruebe por unanimidad las *modalidades* de este derecho. El plazo dado, en este caso, es un año más (31 de diciembre de 1994), conscientes de que este derecho originaría más dificultades jurídicas que la participación política europea. De nuevo, la propuesta será elaborada por la Comisión y el Consejo consultará al Parlamento Europeo

---

<sup>76</sup> Los problemas jurídicos se han suscitado después en España y Francia. En el caso español el problema, a mi juicio, ha sido algo exagerado. La reforma constitucional exigida por la «Declaración del Tribunal Constitucional» de 1 de julio de 1992 y operada en el artículo 13.1 (BOE de 14 de agosto de 1992) o ha sido gratuita o ha sido insuficiente, como he afirmado en mis trabajos al respecto: «La reforma constitucional en España: los tratados internacionales (arts. 93 a 96 de la CE). Especial referencia a la ciudadanía europea», ponencia presentada al Congreso sobre la reforma constitucional en España, 28 al 30 de abril de 1992, Logroño, y comentarios a la Declaración del TC en *Rev. Esp. de Derecho Internacional*, 1992-2. pp. 381-393.

En relación con Francia, *vid.* D. SIMON, «La Conseil constitutionnel français et le Traité sur l'Union Européenne», *Europe*, mayo 1992, págs. 1-3.

antes de decidir <sup>77</sup>. En cuanto a las posibles modalidades, el Consejo tiene un límite general: las condiciones de ejercicio del sufragio activo y pasivo habrán de ser las mismas para los nacionales del Estado miembro como para los nacionales comunitarios, tanto en relación a la edad mínima para votar como para salir elegido, financiación, campaña electoral, etcétera.

Es muy probable que la Comisión parta de su propuesta de Directiva, una vez salvada la base jurídica, y aparezcan las características proyectadas: un tiempo mínimo de residencia, posibilidad de restricciones para el cargo de alcalde, plazos excepcionales para Luxemburgo, etc. Pero sólo podrán acordarse excepciones (por unanimidad) en casos justificados. Esto significa, por ejemplo, que el derecho de voto debe ser sólo eso, *un derecho* en el lugar de residencia (como lo preveía la propuesta de la Comisión), y no una obligación jurídica sancionable por las autoridades, como sucede, por ejemplo, en Bélgica. También habrá que abordar la cuestión de si el artículo 8 B.1 comprende el derecho a ser elegido alcalde. En algunos Estados la elección es de segundo grado entre los concejales; además, algún Estado como Francia, en su nueva legislación, ha establecido ya la exclusión de los nacionales comunitarios de dicho cargo, lo que puede originar problemas de contradicción con el artículo 8 B.1 si se comparte que este precepto incluye el derecho a ser elegido alcalde y que las condiciones de participación habrán de ser las mismas que para los nacionales. Si ésta fuera la opción a seguir, entonces la norma francesa deberá ser, en todo caso, inaplicada <sup>78</sup> y modificada.

Como la probable Directiva que fije las modalidades tiene el plazo de adopción por el Consejo a finales de 1994 y establecerá, a su vez, el plazo de transposición para que cada

---

<sup>77</sup> Las variantes propuestas y no aceptadas relativas al procedimiento fueron las mismas que para las elecciones europeas, aunque en este caso no hay objeción jurídica (ver n. 70).

<sup>78</sup> Como consecuencia de la primacía de la norma comunitaria, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia y aceptada por la Cour de Cassation (asunto *Cafés Vabre*, 22 de mayo de 1975) y el Conseil d'Etat (asunto *Nicolo*, 20 de octubre de 1989).

Estado adopte su legislación electoral municipal a dichas modalidades, entonces, sólo a partir de ese *segundo* plazo los Estados estarán obligados a convocar y realizar las elecciones municipales (cuando corresponda según la periodicidad propia de cada Estado miembro) bajo este régimen que desvincula la nacionalidad del derecho político del voto.

Concluyendo este apartado sobre el derecho de participación política en la doble vertiente europea y municipal, habría que recordar algunos derechos fundamentales inherentes a la participación política y que, por tanto, deben ser tenidos en cuenta como complementarios a la misma: me refiero a los *derechos de asociación política y de libre expresión*. Ambos están indirectamente constitucionalizados en el TUE a través del reconocimiento que se hace a la labor de los partidos políticos en el artículo 138 A TCE: «contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión»<sup>79</sup>.

#### 4. LA PROTECCIÓN DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN FUERA DE LAS FRONTERAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La finalidad que guiaba esta novedosa propuesta española era perfilar «gradualmente una relación nueva entre la Unión Europea, como conjunto, y el ciudadano europeo en su calidad de titular de derechos derivados de su ámbito *status civitatis*». No se puede negar que en este ámbito concreto se dejaba translucir, como ha detectado H. Labayle, una cierta preocupación por la «visibilidad» de la Unión más que otorgar una prerrogativa al ciudadano de la Unión<sup>80</sup>.

En el texto articulado se redactó la propuesta de tal manera que parecía que se le confería el carácter de verdadero derecho, ejercitable en los establecimientos diplomáticos y consulares de cualquier Estado miembro, y también como una

---

<sup>79</sup> Para C. BLUMANN hay, incluso, una grave laguna en lo que concierne al derecho de asociación a nivel europeo, debido a las diferencias en la reglamentación sobre este derecho en cada Estado miembro («L'Europe des citoyens», en *Rev. du Marché Commun*, 1991, núm. 345, pág. 289).

<sup>80</sup> Loc. cit., pág. 14.

obligación de los Estados miembros y de la Unión de prestar dicha asistencia y protección <sup>81</sup>. Ciertamente, la propuesta española no podía desconocer que esta transformación radical de las condiciones de ejercicio de la protección diplomática precisaba para su realización del acuerdo, caso por caso, del Estado tercero. Pero, aun así, la propuesta parecía desproporcionada, al permitir al ciudadano de la Unión optar por solicitar asistencia en cualquier embajada o consulado prescindiendo de la de su propio Estado. Por ello, la CIG ciñó a sus justas proporciones este derecho, que fue acogido favorablemente por los Estados miembros y las Instituciones desde que se lanzó la iniciativa por España a la luz de la experiencia de la guerra desencadenada por Iraq contra Kuwait <sup>82</sup>.

En efecto, el texto aprobado en Maastricht (art. 8 C del TCE) reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión de «acogerse, en el territorio de un tercer país *en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional*, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» (cursiva añadida). Se cumple así la finalidad última de solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros con los ciudadanos de la Unión, en el caso de que el nacional de un Estado miembro precise asistencia y protección y no hay embajada o consulado de su Estado en el lugar en que se encuentre. Si esto sucediera, entonces las embaja-

---

<sup>81</sup> El artículo 8 estaba redactado así: «Todo ciudadano de la Unión goza, en el territorio de países terceros, de la protección de la Unión, así como de la de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» (el texto articulado está citado en n. 9).

<sup>82</sup> Ciertamente, se partía de la experiencia habida durante los primeros meses de la guerra provocada por la invasión iraquí de Kuwait (2 de agosto de 1990) cuando desde las Embajadas de los Estados miembros se protegió en las mismas o en las residencias particulares y vehículos de los diplomáticos —al amparo de su inviolabilidad— a nacionales de diversos Estados miembros. Pero en el TUE (art. 8 C TCE) se distingue, con razón, que el reconocimiento de la asistencia y protección que prestarán las Embajadas y Consulados de forma habitual —distinto del refugio en situaciones excepcionales fundado en la inviolabilidad que no repara en la nacionalidad del beneficiario— para que pueda extenderse a nacionales de otros Estados precisará de acuerdos específicos con terceros países.

das o consulados de los otros Estados miembros se la prestarán como si se tratara de un nacional de ese Estado.

También se excluyó de la redacción aprobada la referencia a la protección a dispensar por la Unión misma, en coherencia con la exclusión o, más exactamente, la no referencia en el TUE a la personalidad jurídica internacional de la Unión. Al no estar dotada de subjetividad internacional, la Unión, en cuanto tal, no puede tener *ius legationis* con otros sujetos de Derecho internacional. Ciertamente, la Comunidad Europea sí tiene reconocida esa subjetividad internacional en tanto que organización internacional y, como tal, su protección se limitaría a la llamada protección funcional, es decir, en relación con sus agentes. En definitiva, la representación internacional única de la Unión es imposible de momento de cara a los ciudadanos de la Unión, aunque la coordinación de las Embajadas a través de la Presidencia en ejercicio del Consejo permita una imagen algo más compacta ante los terceros Estados <sup>83</sup>.

Ahora bien, dado que se precisa del acuerdo de los Estados terceros, es un derecho condicionado a toda una red de convenios internacionales que la Comunidad tendrá que negociar y acordar. De aquí a finales de 1993, los Estados miembros establecerán las normas necesarias a tal fin y entablarán las oportunas negociaciones. Como resultará inviable en la práctica garantizar ese derecho en todos los Estados terceros, lo más probable es que la Comunidad Europea lleve a cabo unas negociaciones selectivas y por áreas geográficas. Y probablemente pasen bastantes años hasta que pueda materializarse este derecho en función de la posición (de confianza o desconfianza) que adopten los terceros Estados <sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> El artículo J.6 aprobado en Maastricht relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) prevé la coordinación a las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y las delegaciones de la Comisión en el exterior.

<sup>84</sup> *Vid.* más específicamente sobre este derecho el artículo de C. B. JIMENEZ PIERNAS, «La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión», en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1993-1, pp. 9-51.

## 5. EL DERECHO DE PETICIÓN ANTE EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL DERECHO A DIRIGIRSE AL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

El artículo 8 D reconoce a todo ciudadano de la Unión el derecho a presentar peticiones ante el Parlamento Europeo. Sin embargo, este derecho ya le había sido reconocido por el propio Parlamento Europeo a los «ciudadanos de la Comunidad», a título individual o colectivo, a través de su Reglamento interno (art. 128) y venía siendo ejercido profusamente por ciudadanos de los Estados miembros que hacen llegar sus quejas o solicitudes al Parlamento Europeo. Este las registra y, si las admite a trámite, las hace llegar a la comisión parlamentaria competente, que las estudia, hace las comprobaciones necesarias y elabora un informe, que puede dar lugar a una resolución del Parlamento Europeo.

El Tratado de la Unión Europea eleva el fundamento jurídico del derecho de petición, lo inserta en la institución de la ciudadanía de la Unión y lo extiende a otras personas, incluso fuera del marco estricto de los ciudadanos de la Unión. En efecto, además del citado artículo 8 D, otro precepto situado en el capítulo dedicado al Parlamento Europeo, el artículo 138 D, precisa que cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá este derecho de petición. Esta extensión a las sociedades asentadas en los Estados miembros y a cualquier persona con residencia en los mismos, independientemente de la nacionalidad, es muy progresivo.

La petición puede ser individual o colectiva y deberá versar sobre cuestiones comunitarias que le o les afecten directamente. Estos límites objetivos ya eran seguidos por el Parlamento Europeo y tratan de evitar que peticiones sobre asuntos de índole interna busquen un eco o repercusión desmedida en una sede incompetente para encontrar una solución y se distorsione malévolamente la finalidad de este derecho. Sin duda, las precisiones que añade este artículo 138 D son importantes.

Finalmente, para cerrar este recorrido por los derechos que conforman el estatuto básico de la ciudadanía de la

Unión, debo aludir, por evidentes razones de sistemática, al derecho reconocido en ese mismo artículo 8 D, párrafo segundo, a los ciudadanos de la Unión de dirigirse al Defensor del Pueblo «europeo» que crea el artículo 138 E. Pero, como en estas mismas Jornadas, por su propio objetivo y título, hay una ponencia monográficamente dedicada a este derecho, me remito a la clarificadora ponencia de don Ignacio Astarloa.

## V. OTROS ASPECTOS DE INTERES

### 1. EL CARÁCTER EXCLUSIVO DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN: EL RECHAZO DE SU EXTENSIÓN A NACIONALES DE ESTADOS TERCEROS

De la propuesta articulada presentada por España no se tomó en consideración la posibilidad (art. 1.3 *in fine*) de extender los derechos de la ciudadanía de la Unión, salvo en el derecho de petición antes aludido, a quienes no tuvieran la condición de ciudadano de la Unión. La extensión de los derechos se condicionaba en las modalidades que aprobara el Consejo, previo dictamen del Parlamento Europeo. Esta previsión parece algo incoherente y excesiva. No tiene sentido crear una ciudadanía ligada a la posesión de la nacionalidad y prever su extensión general sin tal vínculo. La ciudadanía de la Unión es una nueva categoría jurídica, ligada inseparablemente de la nacionalidad de un Estado miembro, que vincula a los pueblos de los Estados miembros en un proyecto colectivo y propio de esa ciudadanía.

### 2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

También en estas Jornadas, con acierto de nuevo de los organizadores, hay una ponencia sobre este tema a cargo del Profesor y Juez Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Pero debo destacar, desde el contexto de la Institución y de la propuesta española, que no se ha incorporado a la Parte relativa a la ciudadanía de la Unión del TUE el compromiso del respeto a

los derechos fundamentales, tal como proponía la iniciativa española. Sin embargo, dicho compromiso sí aparece en el Tratado de la Unión Europea en el artículo 2, es decir, formando parte del frontispicio de la Unión. Este lugar es todavía más indicado que el propuesto por la delegación española, al definirse allí los fundamentos, objetivos y elementos de la Unión Europea. Otra cosa hubiera sido que se hubiera propuesto una concreta relación de los derechos fundamentales<sup>85</sup> del ciudadano de la Unión. Me refiero a la posibilidad de una «opción» propia de la Unión en la que se recoja *expresa y directamente* el consenso de la Unión en esta materia mediante un *instrumento jurídico obligatorio propio y preciso*.

Además, la redacción de la iniciativa española era técnicamente algo ambigua en esta materia. En el artículo 2.1 se decía que «la Unión y los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos fundamentales...» tal como aparecen en los instrumentos citados, dándose a entender que la Unión y cada Estado estaría obligado a respetar los derechos fundamentales que aparecen en las Constituciones de los otros Estados miembros. Además, el compromiso de respetar el Convenio ya existe, pues todos los Estados miembros son Partes del mismo y, en caso de denuncia singular, el artículo 2.1 propuesto en el proyecto español no hubiera sido fundamento adecuado para exigir responsabilidad por un eventual incumplimiento al Estado que lo haya denunciado singularmente.

También se afirmaba que «la Unión hace suyo» el Convenio Europeo citado. No sé muy bien, en términos jurídicos, qué se quería decir: por ejemplo, si la Unión «sucedería» a sus Estados miembros en las obligaciones del Convenio en la medida en que ha asumido competencias normativas de los Estados y que antes de la cesión estaban obligados a respetar dicho Convenio al ejercerlas. Pero esta opción sobre la sucesión no ha sido aceptada directa y expresamente por el Tribunal de Justicia en relación con el Convenio Europeo, aunque el alto Tribunal comunitario acepte su invocación y exa-

---

<sup>85</sup> Sobre este problema de la opción entre derechos específicos y derechos fundamentales, *vid.* D. LIÑAN NOGUERAS, «De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión», en *Gaceta Jurídica de la CE*, septiembre 1992, D-17, págs. 77-79.

mine la compatibilidad de las normas comunitarias con las disposiciones del Convenio elaborado en 1950 en el marco del Consejo de Europa. Naturalmente, la Unión podrá hacer mediante el TUE un acto de voluntad de sucesión en el Convenio de Roma de 1950, pero habida cuenta las implicaciones institucionales y procesales de dicho Convenio no sería esta la vía adecuada.

La otra opción para desentrañar esa expresión de la propuesta articulada española («hacer suyo») es pensar que se anticipaba el compromiso de la Unión de adherirse al Convenio. Pero no parece que esa sea hasta ahora la posición mayoritaria entre los Estados miembros, a pesar de los años y años que se viene debatiendo esa opción, que sólo cuenta con el favor de la Comisión y de una parte de la doctrina.

### 3. EL CARÁCTER ABIERTO DEL ESTATUTO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN

Los Estados han sido conscientes de las dificultades que conllevará la aplicación de los preceptos sobre ciudadanía y, por ello, le han pedido a la Comisión que elabore un informe en diciembre de 1993 y, posteriormente, cada tres años, sobre el estado de realización de esos derechos a la luz del desarrollo de la Unión en su conjunto. Y han previsto la posibilidad de su incremento en función de necesidades nuevas. No es un estatuto cerrado. Ha sido un gran acierto permitir completar en el futuro este estatuto abierto mediante un procedimiento flexible de «revisión» ya utilizado para otros ámbitos (disposiciones financieras, procedimiento electoral uniforme) en el que participarán la Comisión, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y el Consejo, y, finalmente, se recabará por los Gobiernos la autorización de todos los Parlamentos nacionales. Por tanto, en el futuro será posible incorporar nuevos derechos.

Una vez más, la lenta gestación de la ciudadanía de la Unión desde el Proyecto del Parlamento Europeo, pasando por tantos y tantos trabajos de reflexión, muestran que las grandes reformas en la Comunidad no son saltos en el vacío.

Son el fruto de la reflexión y la maduración. Se ha podido comprobar hasta qué punto el contenido de una buena parte de los derechos específicos que conforman el estatuto jurídico-político de los ciudadanos de la Unión ya se viene disfrutando y experimentando desde hace algunos años. Ahora bien, aunque en parte sea una obra codificadora, el elemento esencial que aporta el TUE es la creación de la Institución misma y la dotación a los derechos específicos de un perfil verdaderamente europeo.

Desde 1976, al aprobarse el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal, hasta ahora gracias al Tratado de la Unión Europea, no se habían adoptado normas tan relevantes y que acercasen tanto la Unión Europea a los ciudadanos de los Estados miembros. Desde los años sesenta la integración europea había topado con un cúmulo de circunstancias que han hecho que los ciudadanos de los Estados miembros se hayan sentido alejados del proceso de la integración. La propia complejidad y tecnicismos de los mecanismos decisorios y de las normas jurídicas comunitarias no son ajenas a ese distanciamiento.

Cabe preguntarse si la creación de una ciudadanía no llega demasiado tarde para despertar el interés de los pueblos europeos por su construcción política, después que, tras cuarenta años, ésta ya se haya visto condicionada por una compleja gama de intereses e inercias muy difíciles ahora de desmontar para hacer de las Comunidades Europeas una construcción más sencilla y próxima a los ciudadanos. Y cabe preguntarse si, además, no llega en un momento histórico inoportuno en el que los nacionalismos se cierran a los proyectos colectivos, a compartir la diversidad bajo denominadores comunes. A pesar de todo ello, la creación de la ciudadanía de la Unión nos ayudará a reencontrar las ideas de solidaridad que inspiraron el proceso de una Unión Europea en paz y en libertad.

## COLOQUIO

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Muchas gracias a la profesora Mangas. Abrimos el debate, con algunas aclaraciones previas para el buen orden. Tenemos, para ordenar el tiempo, aproximadamente tres cuartos de hora para este debate, o casi una hora, para tener luego un pequeño descanso antes de la siguiente intervención. Yo les ruego a todos ustedes, aquellos que quieran intervenir, que por favor tomen el micrófono y se identifiquen previamente, a los efectos de que luego, en la publicación, puedan aparecer debidamente asignados a los correspondientes textos.

Y aprovechando mi condición de moderador, y para romper un poco el fuego, ..., a la vista de la intervención, le plantearía a la profesora Mangas la siguiente cuestión. En realidad, si he entendido bien el planteamiento, no habría propiamente un salto cualitativo hacia adelante, salvo en aspectos —diríamos— menores. Podríamos decir, empleando la perspectiva territorial, que se trataría más bien de la creación de una categoría o institución, que, sin perjuicio de no tener un perfil jurídico, un contenido sustantivo concreto, sirve al menos como nueva perspectiva aglutinadora de lo que hay y desde ese punto de vista le otorga un plus nuevo, una dimensión nueva, no tanto porque arroje nuevo contenido, cuanto por que le otorga una perspectiva sistemática y, por tanto, unas

posibilidades mayores de desarrollo y de mayor textura jurídica.

D.<sup>a</sup> ARACELI MANGAS

*(Ponente)*

Sí, en ese sentido ha ido mi ponencia escrita, y lo que he tratado de resaltar es que no hay novedades, grandes novedades, ni grandes valores añadidos en el tema de los derechos específicos que configuran el Estatuto de la ciudadanía. Es la propia institución, la propia categoría, que engloba esas situaciones y las eleva de rango y, desde luego, la propia institución al romper la dicotomía clásica.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Bien, entonces, por el orden que van pidiendo, tenemos dos peticiones de palabra. En primer lugar, el Sr. Fernández Castaño.

D. EMILIO FERNANDEZ CASTAÑO

*(Director del Gabinete del Secretario de Estado  
para las Comunidades Europeas.  
Ministerio de Asuntos Exteriores)*

Muchas gracias. Represento aquí hoy a la Secretaría de Estado de Comunidades Europeas, de manera que mi intervención va a ser, no a título personal, sino a título de la Secretaría de Estado.

Quiero empezar por felicitar a la Universidad Carlos III por hacer este tipo de reuniones, que para nosotros, como Administración, son importantes, y, en segundo lugar felicitar a la ponente por el excelente trabajo que nos ha resumido, y que he tenido la oportunidad de leer, y que nos ha sido de extraordinaria utilidad.

Paso ya a hacer algunas observaciones que no pretenden en absoluto rebatir lo que se ha dicho hasta ahora, sino quizá aportar algunos comentarios. En primer lugar, es cierto lo que dice la profesora Mangas, la Comunidad como método o como proceso ha tenido horror a lo general. Ha tenido en el fondo horror a la política, y, por primera vez, en este Tratado habla de política, y al hablar de política, de la «polis», habla de los ciudadanos. Y esto nos ha provocado algunas dificultades, que nos deberían llevar a no subestimar el alcance del paso que se ha dado. La autora no lo hace en su ponencia, y a nosotros nos parece que el simple hecho de consagrar la institución, es decir, la decisión de cambiar la naturaleza de los derechos, es algo muy importante. Buena prueba de ello es que este aspecto del Tratado ha exigido la reforma de varias Constituciones nacionales. En la propia España, éste ha sido el punto que ha hecho precisa una reforma de la Constitución. Es verdad que los contenidos concretos, específicos, que quedan cubiertos por esta nueva naturaleza son ya preexistentes; pero es verdad también que por primera vez se llama a las cosas por su nombre.

Pocas veces se recuerda que el Acta Unica —que es un nombre indescifrable— se denominó así por la voluntad de algunos de escamotear lo que allí se estaba haciendo por primera vez, que era hablar de política, de una manera muy tímida, porque allí, junto a la revisión del Tratado de Roma, lo que se hace es crear la base jurídica de la cooperación política europea.

Ahora se plantean dificultades en algunos Estados miembros para ratificar el Tratado. De una crítica de las insuficiencias del Tratado hemos pasado, como consecuencia del cambio de circunstancias de coyuntura económica, entre otras cosas, a una crítica de los excesos del Tratado. Para algunos en Europa, los excesos de este Tratado, en parte, se deben a este elemento de la ciudadanía. Y como recordaba muy bien la profesora Mangas, fue la delegación española la que introdujo esta propuesta, porque se estaba hablando de la unión política; nos parecía, y así le pareció después a la Conferencia, que no se puede hablar de unión política sin referirse a los ciudadanos de esa unión.

En segundo lugar, como comentarios en detalle, me gustaría recordarles que el derecho de petición no tiene como antecedente inmediato el Reglamento del Parlamento Europeo, sino un acuerdo interinstitucional que se firma en abril de 1989, en presidencia española, cuando por primera vez el Consejo y la Comisión hacen suyo este derecho, que hasta ese momento solamente tenía como único soporte el Reglamento del Parlamento Europeo. Esto ha pasado desapercibido, pero sin ese paso intermedio hubiera sido difícil, probablemente, recogerlo en este momento en el Tratado.

Es verdad también —se dice a lo largo de la ponencia— que el Parlamento Europeo ha tenido un escaso protagonismo como abogado de la ciudadanía europea en la negociación del Tratado; es verdad que el Parlamento, como tal, no es parte contratante, pero es verdad también que, si recordamos, la ambición del proyecto Spinelli, la estrategia del Parlamento Europeo en esta Conferencia, ha sido mucho más gradual, ha sido mucho más moderada —podríamos decir— o menos ambiciosa, y aunque aquí tenemos hoy un ilustre representante del Parlamento Europeo, desde el punto de vista de la Secretaría del Estado nos parece que de la actitud Spinelli a la actitud Colombo, o Martin, ha habido un cambio. Ese cambio, en parte, obedece a que el Acta Unica ha forzado una gran coalición en el Parlamento Europeo, una gran coalición que viene precisamente de la necesidad de encontrar mayorías absolutas para lograr los dictámenes conformes, y esa gran coalición de demócratas cristianos y de socialistas ha dado una gran moderación y una gran eficacia a los trabajos del Parlamento. Quizá, como contrapeso, le ha quitado algo de ese elemento utópico, de federalismo utópico, que era característico de la etapa anterior. Hay, pues, un cierto síndrome post-Spinelli —o al menos eso nos ha parecido— en la posición del Parlamento durante la negociación.

Hay también un cambio de clima en la Comunidad desde el momento en que se firmó el Tratado. Si leemos las críticas hasta el final del año pasado, vemos que se acusa a los negociadores de no haber ido demasiado lejos. Ahora, en cambio, no solamente en los países tradicionalmente más reticentes, sino incluso sectores de la opinión pública europea, tienen la

impresión de que un grupo de funcionarios, a espaldas de la opinión pública, han estado urdiendo una operación de gran calado político. En el fondo, esto pone de manifiesto las contradicciones del modelo; porque es una contradicción desarrollar un proceso político por el procedimiento clásico de una conferencia diplomática, y esto, que es una de las características de la construcción europea desde el principio, es manifiesto cuando por primera vez se habla de unión política. Es decir, en la medida en que aparezca explícitamente declarado el objetivo de una unión política, aparece con mayor fuerza la denuncia de que este proceso no se está abordando de una manera constituyente, creando los Estados generales de Europa, sino que se está haciendo por los procedimientos tradicionales con los que ha funcionado la Comunidad, y que nadie objetaba cuando la Comunidad los utilizaba para construir un mercado, pero que ahora se objeta cuando se utilizan para crear una unión política.

Esto lleva a plantearse la pregunta ¿hasta qué punto el modelo se agota?, ¿hasta qué punto estamos dando los últimos pasos con arreglo a las pautas con las que hemos funcionado hasta ahora? No estoy seguro de cuál sea la respuesta.

Por último, como última reflexión, en estos tiempos de dudas aparece otra pregunta, que es: ¿hasta qué punto España no es «más papista que el Papa»? Porque lo cierto es que España defiende el proyecto europeo a veces con más convicción que la propia Comisión.

La profesora Mangas nos recordaba que la ciudadanía europea es una aportación de la delegación española, sólo después la Comisión la recoge, y sólo después la Conferencia la asume.

Estamos ahora en otra «guerra de religión» —por decirlo así, ya que utilizo el símil «papal»— que es la de subsidiariedad. No es el objeto esencial de nuestra reunión de hoy, pero aquí de nuevo se le acusa a España de ser «más papista que el Papa».

En suma, como representante hoy de la Secretaría de Estado quiero agradecer a la profesora Mangas y a la Universidad la oportunidad que nos dan de aprender las cosas que he-

mos hecho mal y de coincidir en las que no han salido tan mal. Muchas gracias.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Introduciendo una nueva regla para agilizar un poco el debate, antes que la profesora Mangas, si quiere, conteste, quizá sería mejor acumular un pequeño número de intervenciones. Y en ese sentido, y como lo había solicitado con anterioridad, tiene la palabra D. José María Gil-Robles.

#### D. JOSE MARIA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO

*(Parlamentario europeo)*

Yo, a diferencia de mi ilustre preopinante, no vengo con ninguna representación oficial, sino puramente personal. Lo que pasa es que, por razón de que, como diputado europeo, formo parte de la Comisión de Peticiones y soy además portavoz en esa comisión de uno de los dos grandes grupos políticos, del Partido Popular Europeo, he seguido con extraordinaria atención este tema, lo mismo que los demás del coloquio. Entonces, me gustaría también, a modo de complemento, hacer alguna observación a la ponencia y, en especial, en lo que se refiere a la posición del Parlamento Europeo.

El Parlamento Europeo, efectivamente, ha seguido, en la negociación de este nuevo Tratado, una línea diferente de la del Acta Unica.

Es bastante poco conocido que el Parlamento Europeo ha utilizado un sistema nuevo, que es el sistema de las conferencias interinstitucionales; es decir, unas conferencias que reúnan a Parlamento, Consejo y Comisión, para seguir la negociación de los Tratados. Por primera vez ha tenido una posición activa, que luego cada uno de los grupos políticos ha completado por su lado. Es decir, inmediatamente antes de cada una de las conferencias intergubernamentales, antes de la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno, por ejemplo, el

Partido Popular Europeo se ha reunido con los correspondientes Jefes de Gobierno, que iban a participar al día siguiente, para decirles cuáles estimábamos que eran las condiciones mínimas en que se debía negociar.

De modo que ha habido dos caminos, diferentes pero convergentes, el camino institucional de las Conferencias Interinstitucionales y el camino de los grupos políticos que actuaban sobre los correspondientes Jefes de Gobierno.

Bien, la posición del Parlamento Europeo sobre la ciudadanía viene reflejada en una serie de informes, uno provisional y otro informe definitivo de la Comisión de Asuntos Interinstitucionales sobre ciudadanía de la Unión, el Informe Bindi de 6 de noviembre de 1991, inmediatamente antes de la reunión de Maastricht. En él el Parlamento apuntaba algunas de las cosas que después se han recogido en el Tratado y otras que no se han recogido. Me parecen importantes y querría destacarlas lo más brevemente posible.

Así, no se ha recogido que la Unión pueda definir condiciones de adquisición o de pérdida de la ciudadanía de la Unión, lo cual planteará ciertamente problemas —y coincido con la profesora Mangas— en la medida en que algún Estado reconozca doble nacionalidad, pero sus reglas de doble nacionalidad puedan no ser reconocidas por otro Estado comunitario. Ha ocurrido —si yo no estoy equivocado— con un argentino de doble nacionalidad española, en Italia, como recoge bien. Por otra parte, está la curiosa situación en Gran Bretaña, donde sería muy relativo decir que los ingleses reconocen el concepto de ciudadanía para empezar y el pasaporte británico en sí no da los mismos derechos a todos, sino que hay gentes con pasaporte británico que en el fondo no son ciudadanos británicos, lo cual plantea otra complicación suplementaria.

El Parlamento Europeo insistía también en algo más, y es que se reconociese el derecho a participar en la actividad política de los Estados miembros y en la Unión a través de los grupos sociales, los partidos políticos, las organizaciones sindicales y cualquier otra forma compatible con el respeto de los derechos y libertades fundamentales. No hay nada en el

Tratado, y eso es fundamental, porque la vida política no se reduce al momento electoral en los Estados modernos. Evidentemente, se hace sin que se diga, como muchas otras cosas en la construcción europea, de hecho, los europeos participan, más o menos, en la vida de los correspondientes partidos políticos, pero no hay un derecho reconocido en este aspecto.

Después, el problema de la libertad de circulación, que ciertamente existe en teoría, es que se regula por la vía de la unanimidad, y la regulación por la vía de la unanimidad —conoce bien sus efectos la representación de la Secretaría de Estado— plantea problemas continuos a la hora, especialmente, de admitir a personas que no tengan los correspondientes medios, como apuntaba la profesora Mangas. Es decir, ahí el problema no está tanto en el reconocimiento de los derechos como en la necesidad de que el Consejo apruebe por unanimidad las correspondientes directivas, ya que al no estarlo los Estados exigen disponer de unos medios, lo que conduce a casos completamente disparatados. Por referir una anécdota: tenemos en este momento en la Comisión de Peticiones el caso de una señora francesa, viuda de un belga que, estando en Bélgica, pidió las ayudas que se dan a quien no tiene ninguna pensión por ningún concepto, ayudas por el simple hecho de residir. Obtuvo ese derecho porque el Tribunal de Justicia ha dicho que lo tiene cualquier ciudadano comunitario, pero, como para pedirlo tiene que demostrar que no tiene recursos, eso significa su expulsión inmediata de Bélgica, con lo cual un derecho que se le reconoce por aquí, se le quita por allí.

Otra de las cosas que pedíamos, que no ha sido recogida, y de la que, sin duda, alguno de los ilustres magistrados que están aquí podrá hablar más, es el problema de la tutela de los derechos que se reconocen por la vía del acceso directo al Tribunal de Justicia; creo que éste es un tema que se tratará en otra ponencia y no insisto en él.

Del derecho de petición sí quisiera precisar algo. Por una parte, efectivamente, se extiende a los ciudadanos y empresas residentes en la Comunidad y no sólo a los nacionales. Pero, por otro lado, se recorta en un doble sentido: Se exige que la cuestión afecte directamente al ámbito comunitario,

cosa que la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo se propone saltarse a la torera, sobre la base de entender que como el Parlamento Europeo se ocupa de todas las cuestiones, divinas y humanas, las que entran dentro de la competencia de la Comunidad, y las que no entran dentro de ella, todo lo que afecte a aquello de lo que se ocupa el Parlamento Europeo es objeto de la actividad de las Comunidades Europeas y, por tanto, la limitación que por un lado se introduce en el Tratado, se saltará por el otro. Se exige también que afecte directamente al peticionario, y esto también se quiere hacer de una manera muy amplia, diciendo que tiene que afectarle directa, pero no personalmente. Y ocurre así porque una gran parte, cada vez más, de las peticiones que recibe el Parlamento Europeo lo son de casos generales, es decir, peticiones, por ejemplo, sobre problemas «... de las corridas de toros», que generalmente no afectan a los peticionarios, o peticiones sobre circunstancias del medio ambiente, que a veces les afectan y a veces no les afectan; peticiones sobre el medio ambiente en Grecia formuladas por diversas organizaciones verdes de otros Estados de la Comunidad, etcétera.

Después hay un tema importante, por lo que tiene de simbólico entre las cosas que pedía el Parlamento Europeo, y que no se va a obtener por la vía del Tratado, sino, probablemente, por vía «Schengen», por lo menos en parte de la Comunidad, y es la eliminación de los controles en las fronteras. Eso no ocurrirá probablemente a final de este año, entre otras razones porque hay aeropuertos de los que no se pueden eliminar los controles físicos hasta dentro de seis u ocho meses, porque necesitan unas obras, pero es probable que en los Estados que han suscrito el Convenio de «Schengen», esto desaparezca. Con esa desaparición evitaremos casos como el que ha ocurrido hace una semana, cuando el Presidente Delors y el resto de los funcionarios comunitarios que le acompañaban se vieron retenidos durante tres cuartos de hora en el aeropuerto Charleroi, mientras comprobaban su nacionalidad y su pasaporte.

Bien, por razón de brevedad querría hacer simplemente dos últimas observaciones. Uno, yo creo que no se ha metido este derecho en el campo de la ley electoral uniforme, por-

que la ley electoral uniforme es extraordinariamente difícil de conseguir en el Parlamento Europeo; por la sencilla razón de que, no ya en este caso los Estados, sino los diputados, están elegidos mediante sistemas electorales diferentes que, naturalmente, a cada uno de ellos le parece el mejor para sus propios intereses, o nos parece el mejor para nuestros propios intereses, y no tenemos ningún deseo, en el fondo, de ver puesto en discusión el sistema. Y naturalmente por eso, creo que con una cierta prudencia, en la Conferencia Intergubernamental se ha sacado este eterno problema de la ley electoral uniforme, que nunca llega, para llevarlo por otra vía jurídica diferente.

Y, por último, me ha parecido extraordinariamente interesante la observación que se acaba de hacer sobre la situación del proceso constituyente europeo; creo que son reflexiones que nos llevarían mucho más lejos. Efectivamente, estamos llegando al límite de la viabilidad de este tipo de reformas y, de hecho, el Parlamento Europeo tiene planteado el proyecto de una Constitución europea. También tendríamos que plantearlo —y aquí hay juristas constitucionales muy importantes— desde el punto de vista de que la táctica federalista normal, que es pedir que se delegue en el Parlamento Europeo la función de hacer una Constitución, es, constitucionalmente, irrealizable; no me parece que ninguna de las Constituciones de los Estados miembros permita la delegación del poder constituyente a los Parlamentos propios. El poder constituyente no se delega. Se podrá hacer una Constitución europea y someterla, después, a ratificación del poder constituyente de los Estados miembros, que es, hoy por hoy, el único que existe; pero yo no veo la fórmula clásica de delegación en ninguna otra Asamblea.

Y con esto pido perdón por la extensión y termino.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Moderador)

Muchas gracias; continuamos dando turno de palabra para que luego la profesora Mangas pueda hacer una interven-

ción de conjunto. Tiene la palabra D. Juan de Miguel Zaragoza.

D. JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA  
*(Subdirector General de Cooperación Jurídica  
Internacional. Ministerio de Justicia)*

Hace algunos años —la doctora Mangas lo recordará— tuve el honor de presentarla en ICADE, en una época que yo era Director de su Escuela de Práctica Jurídica; era a raíz de un excelente libro que ella había publicado sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho español, y dije que había escrito un libro que podría producir el saludable efecto de disuadir a los demás de publicar otro, porque era realmente insuperable. Como se dice en los Juzgados, me afirmo y ratifico en lo que entonces dije, y me parece que esta exposición que ella ha hecho es realmente insuperable. Es tan rica que plantea innumerables cuestiones que —como decía Ortega— «saltan como faisanes a ambos lados del camino». Entonces, yo quisiera retener la atención sobre cuatro o cinco puntos, no como crítica, sino también —como ha dicho Fernández Castaño— como glosa.

Me ha interesado el primer aspecto, cuando hablaba de lo que antes se llamaban los derechos especiales de los ciudadanos y el salto cualitativo hacia el estatuto del ciudadano. Efectivamente, en el terreno de la anécdota, una de las siglas comunitarias utilizada para archivar documentos es D. S., derechos especiales. Espero que ahora se nos simplifique la tarea, y lo simplifiquemos como estatuto de la ciudadanía.

Decía el profesor Georges Burdeau, hace bastantes años, cómo se había pasado de la declaración abstracta de la relación del individuo con el poder, abstractamente, a la idea del individuo, fechado, datado y especificado. Creo que esa idea de ligar ciertos derechos a la cualidad del trabajador, de emigrante, etc., ha sido superada en el estatuto de la ciudadanía, incluso aunque sea limitado, y hemos vuelto a una concepción abstracta, donde los derechos, incluso limitados, se derivan de esa relación entre el individuo y el poder comunitario.

Me ha interesado también la referencia que ha hecho —que ya conocía— a la falta de personalidad de la subjetivi-

dad internacional de la Unión en cuanto tal. Y ello creo que empieza a plantear un cierto problema en relación a las negociaciones recientes para la adhesión de ciertos países de la EFTA. Es decir, ¿a qué se adhieren estos países?, ¿a la Unión como tal?, ¿a los Tratados comunitarios?, ¿se adhieren al Título VI?, ¿aceptan el acervo comunitario? Es una cuestión que dejo a la mayor sabiduría de la profesora, de la doctora Mangas.

Me ha interesado también una referencia un poco subliminal que ha hecho al problema de unas ciertas alegrías en el reconocimiento de dobles nacionalidades de los Estados, teniendo en cuenta que el reconocer una doble nacionalidad significa la entrada y el acceso al estatuto de ciudadano europeo, ¿significa esto una crítica al sistema tradicional español, puesto ya en cuestión desde otros ámbitos?

Y me ha interesado, finalmente, la referencia que ha hecho a la protección diplomática y consular —personalmente me ocupo casi diariamente de problemas de este tipo, de españoles en el extranjero—. Efectivamente, es un poco alegre proclamar esta especie de derecho que está subordinado al consentimiento del Estado, digamos de acogida, o de recepción, y me parece que —para no hacer demagogia— el primer criterio es lo que los anglosajones llaman las manos limpias, es decir, no todo español es protegible, y lo primero que hay que atender es a esa cuestión. Esto plantea ciertos problemas; conozco alguna decisión de algún Juzgado de Vigilancia en que, haciendo uso de una autorización concedida por el Reglamento Penitenciario, que permite cumplir en el extranjero el último período de la condena, decide, por ejemplo, que una súbdita nigeriana vaya a Lagos a cumplir su último período de condena, dice, bajo la vigilancia del Cónsul español en Lagos. ¡Hombre!, suponiendo que las autoridades nigerianas acepten una competencia penal de nuestros Cónsules en el extranjero.

Bueno, estas son las pequeñas glosas, querida doctora Mangas, que me ha sugerido su brillantísima exposición. Muchas gracias.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(*Moderador*)

Muchas gracias, tiene la palabra D.<sup>a</sup> Margarita Retuerto.

D.<sup>a</sup> MARGARITA RETUERTO BUADES  
(*Adjunta Primera del Defensor del Pueblo*)

Muchas gracias. No hablo solamente como Adjunta Primera del Defensor del Pueblo, sino, sobre todo, desde la experiencia y el interés que personalmente tengo por los temas comunitarios, con los que he coincidido con la profesora Mangas en innumerables ocasiones.

Recuerdo que en el mes de mayo pasado escuché lo que fue un avance de esta clarificadora ponencia que acabamos de oír. La profesora Mangas la expuso en un curso en Granada, en el cual nos habló de las reformas jurídico-institucionales desde la perspectiva de la Unión Europea.

Ya entonces —y a mí se me quedó muy grabado— nos expuso dos conceptos claves: el cambio radical en la evolución de la constitución Europea las grandes reformas en el Derecho originario, el nuevo significado del TUE —el Tratado de la Unión Europea— y, en segundo lugar, nos dijo una frase muy sintética, lo que quizás sería el resumen de todo el contenido de la ponencia que nos acaba de exponer: que en el proceso de evolución de la Comunidad Económica Europea se perdía esa «E» de Económica, aunque de mayo a aquí ha habido indudables resistencias —que de todos son conocidas.

Aunque terminaré con unas preguntas, me permito ahora glosar esta conferencia. En este sentido sólo puedo manifestar mi absoluta coincidencia con la importancia del concepto de ciudadanía europea.

La ponente ha puesto de relieve lo que viene a significar la nueva ciudadanía europea, al establecer una nueva categoría jurídica que adicione un espacio jurídico político al *status* nacional de los ciudadanos de los Estados miembros.

Es verdad que no es algo absolutamente nuevo, ha habido antecedentes. Se nos ha hablado de algunas directivas que iban en este sentido, quizás ahora la diferencia estriba en que se constitucionaliza, se codifica, adquiere mayor importancia tanto cualitativa como cuantitativamente.

He dicho que se adiciona un espacio jurídico-político diferente y quiero resaltarlo. Un ciudadano comunitario en otro país de la Comunidad Económica Europea deja de ser considerado como un extranjero privilegiado. Por último, pero no menos importante, la ciudadanía europea no es consecuencia de la Unión Económica, sino un *príus*. Esto ha quedado muy claro después de oír a la ponente.

A los efectos de los que nos reúnen esta tarde, recapitulaba esta mañana sobre lo que podría interesar más como aportación desde la experiencia del Defensor del Pueblo. En este sentido conviene señalar que acuden a la institución muchos ciudadanos comunitarios que viven en nuestro país planteando diversas cuestiones que afectan a la aplicación de la normativa comunitaria.

Como sería demasiado extenso exponer toda la amplia problemática suscitada, me referiré sólo a dos aspectos: el primero podría ser todas las cuestiones derivadas de la aplicación del Real Decreto 1099, que establece los requisitos para la obtención de la tarjeta de residente comunitario.

Acuden a la institución ciudadanos ingleses, franceses, etc., que plantean cuestiones de denegación de dicha tarjeta por problemas de interpretación de algunos artículos de la norma o por los criterios restrictivos que utilizan los Gobiernos Civiles a la hora de su concesión.

He de decir que cada vez que el Defensor del Pueblo ha intervenido y ha expuesto sus argumentos motivada y justificadamente, normalmente se han paralizado los decretos de expulsión.

Hasta aquí es cuanto puedo glosar a esta magnífica ponencia, pero ahora quiero plantear una pregunta concreta. Para ello tengo, forzosamente, que contar algunos hechos como antecedentes que permitan una mejor comprensión de

los mismos. Se trata del caso Micheletti, que se ha apuntado en dos intervenciones anteriores.

El Defensor del Pueblo tuvo en sus manos este caso, que también el Tribunal de Justicia de Luxemburgo conoció y falló recientemente en una sentencia de 7 de junio de este año.

Recuerdo, aunque es obvio, porque todos lo conocen en esta sala, que el Sr. Micheletti era un ciudadano argentino-italiano que, en virtud del artículo 52 del Tratado, quiso establecerse como odontólogo en Cantabria, alegando su condición de comunitario, y, por tanto, pidió la tarjeta de residente, y la Delegación de Gobierno en aquella Comunidad se la denegó, en base al criterio del Código Civil de que en estos supuestos la nacionalidad aplicable era el del último lugar de residencia, en este caso Argentina.

El Sr. Micheletti, ante esta denegación, utilizó todos los recursos jurídicos disponibles, interpuso recurso contencioso-administrativo y acudió, además, al Defensor del Pueblo.

Ante esta situación, con un recurso contencioso-administrativo en trámite, la institución tuvo que suspender sus actuaciones, máxime cuando se supo que, además, se había planteado por el órgano jurisdiccional competente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

No obstante, hicimos llegar algunas alegaciones al Ministerio del Interior, no tanto por el problema de fondo planteado, sino por la, a nuestro juicio, incorrecta motivación que estaba utilizando el Gobierno Civil para la denegación. Entendíamos que la utilización del artículo 9 del Código Civil no era de aplicación en este caso. Dicho artículo se refiere a los casos de interpretación de normas y es aplicable, exclusivamente, en estos supuestos, no en otros. No se puede hacer una interpretación extensiva. En definitiva, entendíamos que en este caso concreto era de aplicación la normativa de extranjeros.

Ante estos argumentos el Ministerio del Interior reconoció, unos meses después, que la motivación no era correcta. No obstante, mantuvo su posición y la cuestión siguió igual porque, en un dictamen que los Servicios Jurídicos del Esta-

do nos hicieron llegar, el criterio fue que en estos supuestos la legislación aplicable era la del último lugar de residencia, según el principio de nacionalidad real o emergente.

Toda esta argumentación se desmorona con la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad antes señalado y mi pregunta es ahora esta: puesto que España tiene suscritos múltiples convenios de doble nacionalidad, con una legislación preferente con los países iberoamericanos, ¿podría darnos un paso más en el apunte que acaba de hacer sobre este problema?, ¿cuál sería, a su juicio, la solución oportuna?

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias. Bien, queda pendiente la pregunta hasta que pueda intervenir la profesora Mangas. Tenemos dos peticiones de palabra más. Si no hay ninguna otra, yo cerraría aquí las intervenciones y luego daría la palabra a la ponente para que diera una respuesta global o conjunta a todas las intervenciones. Bueno, una tercera más, y ahí cerramos. Tiene la palabra, en primer lugar, el profesor Vandelli.

#### D. LUCIANO VANDELLI

*(Catedrático de Derecho Público  
de la Universidad de Bolonia)*

La ponencia de la profesora Mangas, por lo que he oído (todavía no he podido leer el texto), parece dibujar un panorama muy preciso de lo que el Tratado establece con referencia a la ciudadanía europea. En la parte final de su intervención, sin embargo, nos ha dejado abierto el asunto, hablando justamente de un estatuto «abierto». Me pregunto (y pregunto) si, en este tema, el Tratado no pueda tener dos contenidos distintos. El primero se refiere a lo que justamente establece directamente, las nuevas reglas de extensión de derechos y libertades, la no discriminación entre los ciudadanos de los distintos países de Europa a los efectos que se fijan; unos derechos de participación, de intervención sobre las ac-

tividades de las propias instituciones —por ejemplo—, a través de la solicitud del mediador. Pero yo creo que esto no acabe las potencialidades del Tratado en este punto. Me refiero, sobre todo, a un asunto que alguien ha evocado, y que no creo sea fuera del tema que nos ocupa hoy: en concreto, al principio de subsidiariedad. Me explico. Al parecer, domina hoy en este momento una clase de —digamos— lectura muy tranquila, contingente, muy vinculada a las posibilidades concretas de este momento; la lectura que domina es que el principio de subsidiariedad se aplica en las materias donde ya la Unión tiene competencias concurrentes; así se tranquilizan todos los europeos escépticos. Pero esto no está establecido en el propio Tratado, no es esto lo que dice el texto literal del Tratado. El Tratado dice algo distinto, el Tratado dice que «en los límites de las competencias y de los objetivos, en los sectores que no son de su exclusiva competencia, la Comunidad interviene...», etc., ¡cuidado!, *no* en los sectores que pertenecen a su *competencia concurrente*, lo que estaba en el proyecto, lo que no era acaso: «al interior de materias de competencia concurrente» es expresión bien distinta de la que existe en el texto «en las materias que no son de competencia exclusiva».

Esto, ¿qué quiere decir? En mi opinión, el principio de subsidiariedad está caracterizado por tres elementos: un sujeto, que tiene competencias limitadas, tajadas, numeradas; otros sujetos, que tienen competencia residual, general; tercero, una cláusula de flexibilidad que permite al primero, por razones del tamaño de la dimensión de los problemas, y por razones de eficacia, intervenciones que, en principio, pertenecerían a los segundos.

Bueno, ¿quién valora estas razones? Hay varios ejemplos en la historia. Yo creo que, en todo caso, sólo pueden ser las instituciones del primer sujeto, que valoran si existen los presupuestos de hecho para hacer estas intervenciones.

Si esto es así, esto quiere decir que hoy estamos en una situación en la cual, probablemente, la Comunidad no tiene la fuerza histórica para extender su intervención, según lo que podría hacer en otras áreas en el propio ámbito de sus objetivos. Pero no impide que al cambiar de condiciones, que no

sotros hoy no podemos prever, se pueda hacer una conexión entre el hecho importante de que el artículo B ponga el objetivo de fortalecimiento de la protección de los derechos y de los intereses de los ciudadanos, y la institución de una ciudadanía europea de la Unión, entre los principios básicos del propio Tratado, y la instrumentación que el principio de subsidiariedad ofrece a las propias instituciones europeas. Justamente el artículo 3 B hace referencia a estos objetivos, que están citados por los primeros artículos. Si esto es así, nosotros podemos, hoy, decir que hacemos la foto de lo que el Tratado establece en el tema de la ciudadanía europea, pero, yo creo, que hay que dejar abiertas muchas posibilidades más.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias. Tiene la palabra el profesor Pérez Tremps.

D. PABLO PEREZ TREMPs

*(Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Extremadura)*

Intentaré ser breve. Creo que una de las claves para entender el alcance de la ciudadanía europea está en lo que Araceli Mangas plantea al final como «otros aspectos de interés»; se trata del tema tradicional, típico y tópico, de la remisión del propio Tratado (art. F.2) al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes, en relación con la protección de los derechos fundamentales. En el Tratado de la Unión, pues, los derechos fundamentales no son algo que hay que proteger, sino algo que está protegido; porque sólo está protegido lo que previamente está reconocido de una forma u otra.

Ciertamente, tal y como lo apunta la profesora Mangas, no resulta claro el cómo están protegidos los derechos fundamentales que vienen integrados por las tradiciones constitucionales comunes y por la proclamación del Convenio Euro-

peo, pero, en todo caso, figuran en el artículo F.2 del Tratado de la Unión. Como digo, se trata de un tema típico y tópicico y, en consecuencia, no quiero plantearlo aquí para su discusión. Sin embargo, sí pienso que se le debe dar un poco más de relevancia, porque la ciudadanía de la Unión tiene otros contenidos además de los que aquí ha recordado Araceli Mangas. Y esos otros contenidos vienen determinados por el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales en el Tratado. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las jurisdicciones nacionales y la doctrina tendrán que ir aclarando y concretando el alcance del *status* de ciudadano europeo presente en la remisión del artículo F.2 del Tratado de la Unión. Lo importante ahora es destacar que los derechos fundamentales forman parte central y dan contenido a lo que se llama la ciudadanía de la Unión. Nada más.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Muchas gracias. D.<sup>a</sup> Patricia Jiménez de Parga.

D.<sup>a</sup> PATRICIA JIMENEZ DE PARGA

Únicamente dos preguntas puntuales. La primera: respecto de la sentencia por la que se declara la nulidad de la Directiva relativa al derecho de los estudiantes —aunque aquí hay un representante de la Secretaría del Estado que podrá informarnos—, por el momento yo no tengo noticias de que el Consejo pretenda adoptar una nueva directiva, es decir, que corrija la base jurídica, entonces, ¿cree la profesora Araceli Mangas que podría el Parlamento interponer un recurso de inacción contra el Consejo? Esa sería la primera pregunta.

Y la segunda: si también para ella el artículo 8 A tiene efecto directo, ¿qué ocurre con el abandono del método comunitario y la consagración de la vía intergubernamental —es decir, acuerdos de «Schengen», etc.— respecto a la libre circulación de las personas?

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO***(Moderador)*

Tiene la palabra la profesora Mangas. Le rogaría que, si es posible, limitara su intervención a diez minutos para cumplir así el horario.

**D.<sup>a</sup> ARACELI MANGAS***(Ponente)*

En primer lugar quiero agradecerles todas las observaciones que han hecho.

En relación con las que hizo el Sr. Fernández Castaño, yo sí quisiera puntualizar que no he hecho críticas al escaso protagonismo del Parlamento Europeo en el proceso de revisión, en absoluto; yo creo que en esta ocasión el Parlamento Europeo ha estado asociado, directa o indirectamente, a los trabajos de revisión. Lo que sí he criticado es que el tema de la ciudadanía en el Parlamento Europeo no se tomara con algo más de interés. De los cuatro informes claves que han analizado el proceso de revisión, solamente el informe del parlamentario laborista británico trataba la ciudadanía de la Unión, aunque el Parlamento Europeo, en ese informe del diputado David Martín, acogió —digamos— calurosa y globalmente la propuesta española; es decir, de hecho, el informe Martín se remite a la propuesta española y la apoya concienzudamente. La crítica que hago es a otros informes, al de Colombo —por ejemplo—, que apenas se refiere a la institución de la ciudadanía en un informe que es, nada menos, que sobre la constitución de la Unión Europea. La crítica no es al Parlamento, sino que algún que otro diputado alardea mucho de europeísmo, como puede ser —por ejemplo— Maurice Duverger, el cual no se da por enterado en su informe.

En cuanto a alguna de las observaciones que ha hecho D. José María Gil-Robles en relación con el tema de la adquisición de la nacionalidad, la cual determina a su vez el estatuto de ciudadano de la Unión, así como las observaciones que ha

hecho D.<sup>a</sup> Margarita Retuerto, creo que se debió haber aclarado más en el Tratado de la Unión Europea, aunque era muy difícil entrar en una cuestión que nunca ninguna norma internacional ha regulado todavía. Es decir, hasta ahora el Derecho internacional se ha limitado siempre, en toda su evolución, a permitir que los Estados determinen cómo se adquiere la nacionalidad, y ninguno de los avances en materia de derechos humanos, como pueda ser la Declaración Universal de 1948 o el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, o los casos concretos que han llegado hasta el Tribunal Internacional de Justicia, en todos se ha confirmado que cada Estado puede determinar unilateralmente la concesión de la nacionalidad. Es lo que mantiene el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia de Micheletti: es una cuestión que es competencia de los Estados. Lo confirma otra vez el Tratado de la Unión Europea: cada Estado determina la forma de concesión de la nacionalidad. Ahora bien, el problema es que tiene graves consecuencias que el Tribunal de Justicia de las Comunidades —y es la crítica que hago en la ponencia— no haya tenido en cuenta las normas internacionales en la materia; que no solamente es un problema de discrecionalidad absoluta en la concesión de la nacionalidad, sino que esa discrecionalidad tiene un límite para el reconocimiento internacional, y es la efectividad: esa es la clave en tema de nacionalidad. Y el problema es que el Tribunal no ha tenido en cuenta la contrapartida a la discrecionalidad de los Estados. Los Estados son libres de determinar quiénes son sus nacionales; ahora, que tengan en cuenta, que si se toman «alegrías» en esa materia no será reconocida esa nacionalidad por otros Estados. Y era lo que tenía que haber aplicado —en mi opinión— el Tribunal de Justicia en el asunto Micheletti; ésa no es una nacionalidad que tengamos que reconocer, porque no tiene oponibilidad internacional; porque no se ha podido demostrar que el Sr. Micheletti tenga, efectivamente, vínculos reales con Italia; tiene, formalmente, la nacionalidad, pero no es oponible. Es decir, en ese aspecto yo creo que el Gobierno español, en ese caso, había obrado correctamente, y toda su argumentación ante el Tribunal me parece correcta y conforme al Derecho internacional. En este tema de nacionalidad, aunque los Estados atribuyan libremente la nacionalidad, la discrecionalidad tiene

que tener un límite, y ese es el principio de efectividad: que se demuestre que esas personas están vinculadas a ese Estado. No se trata de ninguna novedad para el Derecho comunitario; esa norma de Derecho internacional tuvo que haber sido admitida por el Tribunal en esa sentencia, porque es un principio racionalizador a la hora de la concesión de la nacionalidad. La liberalidad del Estado, por ejemplo, reconociendo la nacionalidad a los originarios de sus colonias o a las personas vinculadas a sus nacionales, hace que esa concesión generosa sólo sea a efectos de ese Estado, a efectos de España, o a efecto de Italia, pero no a efectos de utilizar una nacionalidad que no es oponible internacionalmente, que no tiene por qué ser reconocida internacionalmente, conforme a normas seculares; en el orden internacional sólo la nacionalidad efectiva es la que puede ser oponible ante otro Estado. Y si se hubiera reconocido en el Tratado de la Unión, en esa declaración anexa, hubiera clarificado bastante las cosas para todos; no privaría de competencia discrecional a la hora de determinar si todos los latinoamericanos son españoles, o pueden serlo, o todos los nacidos en primera, segunda, tercera o cuarta generación de italianos tienen derecho a ser italianos; es un problema de cada Estado. Ahora, esa nacionalidad no se puede oponer. La sentencia del Tribunal de Justicia no va a facilitar, desde luego, la interpretación del artículo 8, en relación con la vinculación de la ciudadanía a la nacionalidad.

También, en relación con otras objeciones que ha hecho el Sr. Gil-Robles respecto a los derechos de participación política, yo creo que, en efecto, ha sido cauto el Tratado, y se debió haber reconocido directamente el derecho de asociación política. En el momento en que se permite la participación en los procesos electorales, éstos se hacen a través de partidos políticos en los Estados democráticos. Ese reconocimiento puede quedar para el futuro, para ese estatuto abierto, que permite ampliaciones en el futuro. De todas maneras, indirectamente —y creo decirlo en la ponencia— se reconoce el derecho de asociación política y la labor de los partidos políticos en el proceso de integración.

En cuanto al derecho de asociación sindical, ése ya está reconocido, pues forma parte del principio de no discrimina-

ción, ligado al de libre circulación. Se tiene derecho a ir a otro Estado, acceder a un empleo y, naturalmente, en las mismas condiciones que los nacionales, y, por tanto, de participar en un sindicato, en unas elecciones sindicales. En fin, ese derecho ya está reconocido, a partir del artículo 48 CEE, como consecuencia de la libre circulación de trabajadores y en los reglamentos que desarrollan el derecho de libre circulación de trabajadores; quizá el derecho de asociación vecinal pueda ser parte de ese estatuto abierto para el futuro.

También, el derecho de acceso al Tribunal (TJCE y TPI), ha hecho muy bien en recordarlo, porque ese derecho se planteó por diversos Estados para que formara parte del estatuto de ciudadanía. Pero, realmente, el acceso al Tribunal de Justicia y las garantías jurisdiccionales de los derechos ya existen, han existido siempre en el sistema comunitario; lo que ocurre es que hay una serie de límites en cuanto a demostrar la afectación individual y directa de la norma comunitaria, y eso es lo que permite la legitimación activa del particular. Se reconoce el acceso al Tribunal de Justicia (y al TPI), que es lo que importa, para impugnar normas comunitarias. En fin, se podía haber aceptado el derecho de los particulares a acceder al Tribunal de Justicia para impugnar normas nacionales, es decir, las infracciones al Derecho comunitario; eso sí que hubiera sido revolucionario, porque el otro derecho ya existe. Lo importante, quizá, es que se hubiera abierto el acceso para controlar a los Estados y elevar las infracciones directamente ante el Tribunal de Justicia. Pero, claro, en el fondo, también indirectamente, existe esa posibilidad a través de la cuestión prejudicial que pueden plantear nuestros Jueces y Tribunales.

En fin, en cuanto a algunas de las observaciones de D. Juan de Miguel Zaragoza, yo creo que resulta a veces muy extraño y muy difícil, yo creo que para todo jurista, y especialmente para un internacionalista, explicar qué es la Unión Europea, porque no existe internacionalmente. Y, claro, los Estados que se adhieran, Austria, Suecia, Finlandia, se van a adherir, tienen necesariamente que adherirse a la Unión Europea; entonces, ingresan en algo que no existe jurídicamente. Pero es una buena maniobra haber establecido en el artícu-

lo «O» del Tratado de la Unión Europea que hay que adherirse al todo, a la Unión en su conjunto, a la idea de síntesis que representa el nuevo ente político, porque no será un ente jurídico, pero está muy claro que es un ente político con una fuerte apoyatura jurídica en los tratados comunitarios, y, por tanto, en las tres personas de Derecho internacional que son las Comunidades Europeas, y luego, claro, porque los pilares intergubernamentales, sobre todo el de la política exterior y de seguridad común, sean aceptados por los nuevos Estados, y que acepten, por tanto, el todo en su conjunto. Y por eso, necesariamente, la adhesión de un nuevo Estado tiene que ser a la Unión Europea, a su conjunto, a todos sus pilares, y por ello se exige, aunque —insisto— pueda ser una contradicción, el ingresar en algo que no existe. De todas maneras, yo creo que se salva esa situación, sobre todo por la existencia de las tres organizaciones comunitarias.

Y en cuanto a la condición de manos limpias, yo creo que, por lo menos una buena parte de la doctrina internacionalista, no exige esa condición. Esa circunstancia modifica la responsabilidad del Estado. Pero lo que sorprende de la protección diplomática y consular, que está dispuesta a dar la Unión Europea a los ciudadanos de los Estados miembros, lo que realmente extraña respecto de la institución clásica, es la no exigencia de la condición de nacionalidad, no tanto la de manos limpias, porque, en el fondo, ningún Estado le ha negado a sus nacionales la protección sólo por el hecho de existir un acto ilícito atribuible al nacional que esté en el origen de la situación que ha provocado, a su vez, un hecho ilícito internacional atribuible a un Estado; la conducta ilícita del particular es una circunstancia de modificación, y en algún caso de exoneración, de la responsabilidad. En todo caso, es un derecho de la Unión el de proteger o no.

Por lo que se refiere a las observaciones del profesor Vandelí, yo no sé si superan con mucho mi ponencia. De todas maneras, yo creo que esos aspectos afectan más a la segunda ponencia, relativa a las intervenciones de la administración comunitaria.

Igualmente, me he planteado el tema de los derechos fundamentales, aunque sabía que hay otra ponencia que va a cen-

trarse sobre la cuestión. Pero yo creo que forma parte necesaria de la identificación de un estatuto jurídico político común, como es una ciudadanía, aclarar el tema de los derechos fundamentales. Ahora bien, yo no he insistido en exceso por una razón, porque yo creo que ya está, en buena medida, clarificado desde el año 1974, desde la sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, cuáles son los *standares* normativos en la Comunidad en materia de derechos fundamentales; forma parte de lo que llamaríamos acervo jurisprudencial. No todo tiene que estar articulado en preceptos, en absoluto; yo creo que hay suficientes garantías en la Comunidad de que tenemos unos *standares*, unos patrones, en materia de derechos fundamentales: tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo. Y luego, cuando se observan problemas concretos sucedidos ante el Tribunal de Justicia, se puede ver cómo el Tribunal de Justicia ha exigido el respeto a prescripciones concretas de Constituciones o a disposiciones concretas del Convenio Europeo. Se observa cómo el Tribunal de Justicia ha aplicado el Convenio como si la propia Comunidad fuera parte del Convenio, y eso es lo que importa. El que la Comunidad sea parte del Convenio Europeo lo único que puede generar son muchas distorsiones; la otra alternativa era haber hecho un Catálogo propio, que es lo que digo en esa parte —por ejemplo—, tomando como base la resolución del Parlamento Europeo de abril de 1989. En definitiva, pues, existen las referencias, y el Acta Unica ya las incluyó en el preámbulo y ahora en el artículo F.2; yo creo, por tanto, que la sumisión de las instituciones estaba establecida y que el Tribunal de Justicia va a controlar —como lo ha hecho hasta ahora— la legalidad de los actos comunitarios.

La profesora Patricia Jiménez de Parga me hace una pregunta muy concreta, en relación con la Directiva «estudiantes». Después de la sentencia de 7 de julio de 1992 el Tribunal de Justicia considera que la base jurídica utilizada por el Consejo no es la correcta. El Parlamento Europeo, al utilizar su posibilidad de impugnar esa Directiva, ha, por tanto, salvaguardado sus prerrogativas; su derecho a que esa Directiva sobre estudiantes tuviera como base jurídica el principio de no discriminación. Entonces, claro, se anula la Directiva, pero, al mismo tiempo, no la anula; dado los perjuicios que

podría ocasionar, entonces considera que debe mantener sus efectos jurídicos, y el Consejo, necesariamente, tiene que adoptar de nuevo la Directiva, cambiando el «visto el artículo 235» por «visto el artículo 7», y abrir el procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo; claro, debe hacerlo porque si no se expone, naturalmente, a un recurso por inacción o de carencia por parte del Parlamento Europeo.

Y en cuanto al efecto directo del artículo 8 A, sé que ése iba a ocasionar alguna que otra pregunta. Yo creo que, tal como está redactado, reúne todos los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal exige para una norma de efecto directo: claridad y precisión, más incondicionalidad. Porque el artículo 8 A, cuando habla de que el Consejo establecerá las modalidades, dice que el Consejo adoptará las normas necesarias para facilitar la libre circulación; significa, pues, que a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, ése es un derecho invocable en las condiciones que establece el artículo 8 A, es decir, por lo menos probando que se tienen medios económicos, con lo cual, efectivamente, el derecho de libre circulación queda relativizado en la Comunidad. En la Comunidad hay que garantizar la cobertura sanitaria y los medios indispensables para vivir para poder ejercer el derecho de libre circulación. Entonces se tiene derecho, invocando el artículo 8 A, para fijar el domicilio en cualquier lugar de los Estados miembros. El Tratado es muy claro: dice que esas normas que adopte el Consejo son para facilitar, y eso me recuerda enormemente la sentencia *Reyners*. Luego, si el Consejo no adopta esas normas que faciliten la libre circulación, su incumplimiento nunca puede ser la causa que pueda justificar la negativa a este derecho; se darían las condiciones del efecto directo.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Bien, muchas gracias. Interrumpiríamos aquí la sesión si les parece y la reemprenderíamos a las siete.

PONENCIA II

LA ADMINISTRACION  
DE LA COMUNIDAD EUROPEA:  
CONTROLES Y GARANTIAS

ANTONIO JIMENEZ-BLANCO  
CARRILLO DE ALBORNOZ



## I. PLANTEAMIENTO

A partir del verano de 1992, al hilo del debate sobre el referéndum francés y como explicación luego de su nada holgado resultado, parece haber arreciado la ola de denuncia del déficit democrático de la Comunidad Europea. Las diatribas contra la burocracia de Bruselas, la opacidad en su toma de decisiones y la lejanía entre ellas y los ciudadanos han dejado de ser monopolio de los «euroescépticos», como se les conoce en el Reino Unido. Punto particularmente sangrante de las críticas es la falta de un Parlamento Europeo en sentido propio. Ciertamente que el Tratado de Maastricht, en su artículo A, párrafo segundo, indica que «el presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos», pero, más que mala conciencia, lo que refleja es puro sarcasmo. Y la línea crítica se acentúa cuando se lee el artículo F (pues el texto no es «numerado», sino «letrado») del mismo Tratado, conforme con el cual «la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos» y reconoce también los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio de Roma de 1950 y, asimismo, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Pura cosmética, cuando no cinismo o demagogia, se dice, mientras el Parlamento siga siendo un convidado de piedra en la burocracia de Bruselas.

Esa línea crítica, ácida incluso, parece haber prendido hoy en toda Europa. Por supuesto que en muchas ocasiones no es

sino el ropaje de credibilidad con que se presentan los nacionalismos, pero, sin tomar postura ahora —el tema trasciende los condicionantes de tiempo y de espacio de que se dispone—, sí que parece claro que, por fundadas que puedan estar esas diatribas, en ellas está implícita una no pequeña falacia, a saber: que en los Estados miembros la democracia representativa no conoce imperfecciones y la transparencia administrativa es también irrestricta. Sólo comparando esa arcadia rediviva con las limitaciones y los desfallecimientos de las instituciones europeas sería posible concluir, sin fisura argumentativa alguna, que las transferencias de competencias y poderes de los Estados miembros a la Comunidad significan no sólo una traslación del *locus decidendi*, sino también una succión de la savia de controles y garantías que, de manera tan trabajosa, hemos ido labrando en nuestros Estados hasta dar lugar a criaturas casi perfectas.

La verdad es, sin embargo, que el término de comparación falla, porque Kafka y Orwell no se inspiraron en la Comisión ni en el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea para describir las opacidades y las usurpaciones que sufre la democracia y las indefensiones que frente al poder tiene el ciudadano. Esos problemas y esas disfunciones existen en todos y en cada uno de los Estados miembros y en los últimos años no han hecho sino acentuarse. Como ha dicho recientemente M. Sánchez Morón, «algunos de los problemas más importantes que se plantean hoy en día en el ámbito del Derecho público tienen relación directa con el control de los Gobiernos y Administraciones públicas», donde la sensación actual, sin ánimo catastrofista alguno, es de insatisfacción <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Después de decir que hay controversia «tanto en el plano de las ideas como en el del debate político coyuntural y en el de la práctica de las instituciones, acerca de las formas, órganos y medios de control preferibles», indica lo siguiente: «La situación que se viene observando en nuestro país en los últimos años ofrece ejemplos ilustrativos de esta controversia. En opinión de muchos, padecemos una situación de *atrofia* de los instrumentos de control establecidos. Con frecuencia la opinión política, no sólo en las Cortes Generales, sino también en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas e inclusive en las Corporaciones Locales, se queja de la inoperancia de las facultades de control de que dispone, cuando no de las trabas y dificultades que se oponen a su ejercicio. En las publicaciones jurídicas y por parte de abogados y otros profesionales del Derecho, o de simples ciudadanos y gru-

Por supuesto que lo que se acaba de decir no debe terminar en el conformismo con los rasgos actuales de las instituciones europeas, ni tampoco puede llevar a una rebaja derrota del listón exigible, en la práctica, a los sistemas políticos. Más bien justo al contrario: el hecho de que, en España y en todos los países de Europa, el Estado y la Administración cumplan nuevas tareas y de manera diferente a las reglas llamadas clásicas, de manera que los controles y garantías de la tradición —o, en nuestro caso específico, de la importación más o menos reciente— hayan devenido ineficaces o suficientes, tal hecho, digo, a lo que debe forzarnos a todos es a apurar la imaginación e idear nuevas y mejores vías para que el sistema de controles y garantías goce, en la práctica, de los equilibrios que son necesarios. Sigue siendo válida la frase de Karl Loewenstein: «Si el fin más noble es alcanzar aquel Estado (y hoy, puede añadirse, aquella Comunidad o aquella Unión Europea) que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación con aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político»<sup>2</sup>.

---

pos sociales diversos, se denuncia la lentitud, las deficiencias y la ineficacia del control judicial de las Administraciones públicas. Desde distintos medios se critican también la escasa o relativa virtualidad de otras instituciones de control, como el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo; o bien se apunta la ausencia o los límites legales de algunas formas de control administrativo sobre determinadas actividades, tales como contratos públicos, subvenciones, reclutamiento de personal, ciertas exacciones tributarias o algunos servicios esenciales.» «Pero, a la inversa, a veces se cuestiona también la *hipertrofia* de ciertos controles que, fórmula la oposición parlamentaria, pretenden suplantarse las funciones judiciales o podrían tener un efecto de obstrucción de la labor del Gobierno y la Administración; bien porque determinadas actuaciones o decisiones judiciales interfieren en la misma, arrogándose, en virtud de un activismo mal entendido, funciones y valoraciones propias de los órganos ejecutivos; sea porque algunos controles administrativos, sobre todo de índole económica, paralizan innecesaria o excesivamente la gestión de los servicios públicos; sea, en fin, porque ciertos controles, en especial el que ejercen los medios de comunicación, se efectúan con frecuencia de manera poco responsable o sencillamente faltando a la verdad.» M. SANCHEZ MORON, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, págs. 14 y 15.

<sup>2</sup> K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1976, pág. 68. Conocida es la tipología de este autor —que

## II. PUNTUALIZACIONES SOBRE ALGUNOS CONCEPTOS

No hará falta decir que la Comunidad —como la futura Unión— Europea no es un Estado. No es ni puede ser un Estado Federal, por la obvia y poderosa razón de que no es un Estado<sup>3</sup>. Tampoco hará falta, estando ante un público de ini-

---

habla de la «separación de poderes» como una *anticuada teoría* en pág. 54 y sigs.— sobre los controles: los habría horizontales, como la propia rigidez constitucional; intraórganos (relaciones del Gobierno con el Parlamento y los Tribunales), e interórganos, con la presencia del electorado. Por otro lado, la referencia al «libre desarrollo de la personalidad» debe entenderse en conexión con el derecho fundamental proclamado en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Las mismas palabras —que no necesariamente se han de interpretar como una mandato de limitación o restricción de las acciones públicas, como es claro— están también en el artículo 10.1 de la Constitución Española.

<sup>3</sup> Como se recordará, al hilo de la posición del Reino Unido sobre el Tratado de Maastricht se produjo una viva polémica sobre el federalismo europeo. En realidad, la noción de Estado Federal o de Federación que late en quienes conceden tal calificativo a la Comunidad Europea, aunque sea sólo como manifestación de una tendencia o de un deseo, se detiene en el proceso histórico de formación del considerado como modelo, los Estados Unidos de América, sin parar mientes en la relatividad del concepto. Interpretando el artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn y su lapidaria redacción —«la República Federal de Alemania es un Estado Federal»—, ha señalado K. HESSE, con apoyo en la jurisprudencia constitucional del país, que el de «Estado Federal» es un concepto normativo, que debe interpretarse desde la propia Ley Fundamental y no según tipos ideales previos, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg/Karlsruhe, 1988, pág. 88. A la vista de la evolución de la Comunidad, que hace que en su situación actual no encuentre parangón en los modelos clásicos del Derecho internacional o del Derecho constitucional, y dejando al margen la definición como «organización (internacional) *sui generis*» (lo que expresa la dificultad del problema, pero se limita a no resolver y aplazar la solución), se encuentran hoy —antes y después del Acta Unica de 1987— dos respuestas no incompatibles sobre el fenómeno comunitario. De acuerdo con la primera de ellas, estamos ante una organización supranacional, con derechos soberanos propios (*Hoheitsrechte*) y posibilidad de adoptar decisiones directamente aplicables sobre los Estados miembros frente a los particulares. Esa relación inmediata se consagraría, en el plano jurídico, con la doctrina del efecto directo de las normas —de algunas de ellas— a partir, sobre todo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend Loos), y, en el plano parlamentario, con el Acta de 1976 y las primeras elecciones de 1979. El término «supranacional» fue empleado en el Tratado CECA (art. 9)

ciados, detenerse más en esto. Como no será necesario recordar la historia que se abre con la firma, en 1951, del Tratado CECA, y se continúa con los de la Comunidad Económica y el EURATOM en 1957. En fin, no habrá menester de explicar el diseño actual, tal y como quedó en el Acta Unica, de las instituciones: el Consejo de Ministros (con el llamado «Consejo Europeo» a su cabeza), la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia. Por otra parte, pero por la misma razón, se intentará en estas líneas no caer en temas de pura descripción más que cuando ello se entienda inevitable.

Una puntualización debe quedar sentada. He aludido hace un momento a la insatisfacción actual, dentro de las democracias occidentales, con el funcionamiento diario de sus sistemas de controles y garantías, pese a su tradición —o quizá justo por seguir siendo demasiado fiel a ella— y pese también a las solemnes proclamaciones constitucionales. Insatisfacción, en suma, por el divorcio entre teoría y realidad. En España ese divorcio no nos extraña, porque, como dijo Silvela en una famosa conferencia en el Ateneo en 1882, «en España existe un *Estado de Derecho* que encanta por su mecanismo regular, metódico y minucioso en garantías, y otro *Estado de*

---

y su concepto defendido por ilustres juristas (JAENICKE, «Der übernationale Charakter der EWG», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958, págs. 153 y sigs.; WEHRER, *Le principe supranational dans le traité instituant la CECA*, en el libro-homenaje a Sefferiades, París, 1961, I, págs. 37 y sigs.), aunque se usa cada vez con menos frecuencia. El artículo 93 de la Constitución, con todo, habla, al final, de «organismos internacional o supranacionales». La otra respuesta sobre la naturaleza actual de la Comunidad parte de su carencia de lo que los alemanes llaman la *Kompetenz-Kompetenz* y la necesidad de habilitación especial para sus actuaciones, lo que conduce a su definición como «asociación con fines especiales» (*Zweckverband funktioneller Integration*), según la conocida formulación de H. P. ISPEN, el viejo y respetado maestro de Hamburgo, expuesta tanto en obras generales (*Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, págs. 197 y sigs.) como en estudios específicos (*Über Supranationalität*, en el libro-homenaje a Scheuner, Berlín, 1973). Por cierto que en este tema de la naturaleza estatal o no de la Comunidad hay también una falacia de las corrientes antieuropeístas: los reproches sobre el «déficit democrático» en el fondo son una lamentación de que no estemos ante un Estado en el sentido propio del Derecho constitucional occidental, con su Parlamento y su poder legislativo. Pero que la Comunidad no sea un Estado, Federal o no, es lo que esos mismos sectores quieren.

hecho que, contrastando con aquél profundamente, lo destruye hasta sus más insignificantes pormenores, haciéndolo perfectamente ilusorio»<sup>4</sup>. Y algo parecido —aunque distinto— ocurre en las propias instituciones de la Comunidad Europea. Al hilo del Parlamento, J. J. Lavilla ha hablado de «la característica ambigüedad que en ocasiones entraña la coexistencia de tendencias francamente contradictorias». Así, «desproporción entre medios y fines, empleo de términos por referencia a realidades que no se ajustan al concepto habitualmente designado por aquéllos, disociación entre forma y sustancia, desajuste entre apariencia y realidad»<sup>5</sup>. Con ello se quiere aludir, en efecto, al conocido fenómeno de que, con el nombre de Parlamento Europeo, existe una institución que, pese a la evolución sufrida, sigue teniendo las mismas características

---

<sup>4</sup> En otro contexto —los países hermanos del otro lado del Atlántico— ha hablado así, recientemente, Mario VARGAS LLOSA: «En tanto que nuestro vecino del norte, luego de su independencia, se dio una Constitución —sencilla y breve— que hasta ahora le sirve para organizar el funcionamiento democrático de esa vasta sociedad que son los Estados Unidos, la proliferación de cartas magnas, leyes fundamentales o constituciones en los países latino-americanos sólo puede parangonarse con la hinchazón palabrera de esos mismos textos, cada uno de los cuales, por lo general, aventaja y enana al precedente en el número de capítulos y disposiciones. El pecado mortal de todos ellos es que nunca tuvieron mucho que ver con la realidad que los produjo; eran ficciones que no decían su nombre, así como muchas obras latinoamericanas del período indigenista y costumbrista que se llamaban novelas eran, en realidad, documentales sociológicos, complicaciones étnicas, arengas políticas o catastros geográficos sin mayor parentesco con la literatura.» Y continúa: «Enfrascarse con esas constituciones que, en la historia de Hispanoamérica, se suceden como las bengalas de un fuego de artificio es pasear por la irrealidad, entrar en contacto con un curioso híbrido: lo imaginario-forense, lo poético-legal. Su abundosa logomaquia prescribe —describe— repúblicas ejemplares, poderes independientes que se fiscalizan uno al otro, voluntades ciudadanas que se manifiestan a través del voto, comicios pulquérrimos, libertades garantizadas, tribunales probos y asequibles a todo el que sienta sus derechos vulnerados, propiedad privada inalienable, fuerzas armadas sometidas al poder civil, educación universal y gratuita, etcétera. Por lo común, nada de lo que aquellas cartas fundamentales disponían llegó a encarnarse en esos países reales que, a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX, vivieron convulsionados por guerras civiles, motines, golpes de Estado, elecciones amañadas, el caciquismo y la dictadura militar». «Las palabras mentirosas», *El País*, 22 de septiembre de 1991.

<sup>5</sup> «La posición del Parlamento Europeo en el seno de la estructura institucional comunitaria», *Noticias CEE*, núm. 26, 1987, pág. 11.

negativas, aún después de Maastricht, si algún día este Tratado llega a entrar en vigor, de la Asamblea de la CECA de 1951: no poder legislativo en sentido propio; no control gubernamental, al menos con toda la riqueza de instrumentos al uso en los Estados occidentales.

Pero ese fenómeno de disociación entre forma y sustancia (entendiendo por esta última lo que es habitual, al menos en teoría y según la tradición, en los Estados democráticos europeos) no se da sólo con el Parlamento, porque tampoco hay un Gobierno. No me refiero sólo al dato de que el uno sin el otro son objetivamente inconcebibles (estamos ante relaciones «tormentosas y necesarias», como las que, en palabras de Octavio Paz, ligan a escritor y editor), que también, sino a todo lo siguiente:

— La Comisión europea, suponiendo que tal sea la Administración, lo es con trazos muy distintos de los de muchos de los Estados miembros, al menos las de los países del modelo centralista francés. Desde el punto de vista organizativo, la Comisión carece de lo que llamaríamos «Administración periférica», ni general ni sectorial. Para sus tareas se vale de las de los Estados miembros. Pero es que, además, en una consideración funcional, los servicios centrales de Bruselas, a salvo de temas singulares (Derecho de la competencia, por ejemplo), tampoco realizan actividad de gestión de expedientes concretos. La Comisión, en cuanto Administración, desempeña labores sobre todo de elaboración de normas —sin tener la última palabra sobre ellas en la mayoría de los casos, como es sabido— y de supervisión de su aplicación por terceros. Esos rasgos no son del todo ajenos a los de la *Bundesverwaltung* alemana, que es una Administración de recogida de información, programación y coordinación más que de emisión directa de actos singulares y concretos en favor o en contra de este o aquel ciudadano. Esos rasgos tampoco son muy distintos a los de la Administración central del Reino Unido, sobre todo si nos situamos en los términos, cronológicos y conceptuales, de la polémica entre Dicey y Hauriou. Por supuesto que eso no significa que las medidas de Bruselas no conozcan beneficiarios y víctimas (apenas habrá que aludir a los *lobbies* que por allí se arrastran), porque detrás de las abstrac-

ciones y de las generalidades siempre hay personas físicas —y jurídicas— de carne y hueso. Pero sin duda la propia naturaleza de este tipo de Administración propende menos al subjetivismo y al clientelismo, con lo que las sospechas que normalmente excitan los controles en otros lugares aquí no han lugar o al menos se atenúan mucho.

— El Consejo de Ministros, como es universalmente conocido, es, sobre todo, el poder que, aunque suene a irreverencia, llamaríamos legislativo o, si se prefiere, normativo; las otras instituciones europeas, y en concreto el Parlamento, están al margen. El se rige por los sistemas de designación gubernamental de los Estados miembros. Por su composición, estamos ante un órgano administrativo y, por tanto, según los esquemas clásicos, controlado; por sus funciones, se trata de un cuerpo legislativo, y, en consecuencia, según la misma razón, controlador.

— También es conocido que, dada la no permanencia del Consejo, quien asegura la misma y de hecho suplanta muchas de sus decisiones es el Comité de Representantes Permanentes, el COREPER, que actúa con la misma opacidad que el Consejo, pero cuyos miembros, en revancha, no están sometidos a las responsabilidades parlamentarias y políticas de los Ministros en los derechos internos.

— El Tribunal de Justicia es, en apariencia, la institución comunitaria más reconocible desde los esquemas convencionales. Ha ido ganando además en autoridad y ocupando el papel de «creador» de Derecho que el Parlamento le ha dejado libre. Su relación con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no es, sin embargo, la de un Tribunal «superior», en las acepciones clásicas de las Salas de apelación, de revisión y casación, y manifiesta su superioridad no teniendo la palabra última en el tiempo, sino intercalándose, por vía llamada prejudicial, en los pleitos domésticos. Recordando los términos de los famosos *Diálogos sobre el poder y el acceso al poderoso*, de Carl Schmitt <sup>6</sup>, se ha ido ocupando de obturar las vías de interlocución directa con los ciudadanos que, por lo demás sin excesiva generosidad, han ido ofreciendo los

---

<sup>6</sup> Existe versión española: Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

Tratados, para convencer a la gente y a los jueces de que éstos son el intermediario obligatorio para llegar a Luxemburgo. El «efecto directo» de las normas comunitarias para los ciudadanos no significa inmediatez en la relación jurídico-procesal.

Tal es el diseño básico actual de las instituciones europeas, en cuyo pormenor entraremos más abajo. Lo dicho son cuestiones elementales, por las que casi habría que pedir disculpas en esta sede. Pero el haber puesto de manifiesto este *monstruum* jurídico-político (como el que, según Pufendorf, constituía el Sacro Imperio Romano-Germánico), en el que parece imposible que forma y sustancia pacten, era una puntualización conceptual obligada. El problema, en principio, está en el Consejo de Ministros, y en su adláter, que es el COREPER: ellos, y no propiamente la Comisión, son los que detentan el poder (de nuevo en el sentido de Karl Loewenstein para los euroescépticos, aunque ellos dicen enviar sus críticas contra la Comisión). Lo que ocurre, aunque ello sea anticipar conclusiones, es que tales monstruosidades son la esencia misma de ese metafísico concepto que llamamos «supranacionalidad» y el precio que hay que pagar por los desfallecimientos del proceso integrador. Todo lo dicho anteriormente, y en general todas las críticas contra el esquema institucional comunitario, terminan por centrarse ahí. Porque ahí es donde está *la causa* del rasgo más discordante con la realidad constitucional nacional actual, que acaba en lo siguiente: a saber, la separación entre una mayoría que gobierna y una oposición que no lo hace y controla; la vida misma de los partidos políticos, en suma, lo que no deja de plantear —por cierto— curiosas inversiones dialécticas, que se verán luego.

Pero no adelantemos más de la cuenta. Se trataba simplemente de formular algunas precisiones semánticas —quizá innecesarias, se insiste—. A ello tan sólo añadido ahora otras dos apostillas. Primero, que no voy a entrar en el Defensor del Pueblo creado por el Tratado de Maastricht ni en los derechos fundamentales en la jurisprudencia europea, materias una y otra que el programa, con buen criterio, ha reservado a mejores plumas. Y segundo, que no me voy a detener en el sentido de las palabras «controles y garantías» y si son o no

sinónimas o, al menos en parte, coincidentes en sus contenidos <sup>7</sup>.

Entremos ya en el fondo del tema. Quizá la mejor manera de hacerlo sea echar un vistazo a los mecanismos de control existentes en los Estados miembros —tomando como referencia a España, por razones obvias— y hacer luego lo propio con los existentes en la Comunidad. Sólo así el cotejo será posible y estaremos en condiciones de llegar a conclusiones certeras.

### III. LOS CONTROLES Y GARANTIAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS

No hace falta decir que, hasta la Constitución de 1978, y pese a idas y venidas y zigzagues históricos, el sistema de controles y garantías de la Administración pública en España aparecía vencido del lado judicial. Había, sobre el papel, controles internos no desdeñables (estoy pensado, sobre todo, en la Intervención de Hacienda), pero el supervisor por excelencia del poder político era el Juez contencioso-administrativo. La Constitución de 1978 apuntaló ese estado de cosas mediante las cláusulas generales de los artículos 106.1 y —sobre todo— 24.1, pero no se limitó a eso y le añadió todo el instrumental propio de una democracia de corte occidental y de caracteres parlamentarios. Así, los mecanismos de relaciones entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno (arts. 108 a 115), el Defensor del Pueblo (art. 54) y el nuevo Tribunal Consti-

---

<sup>7</sup> Podría decirse que, aunque hablen de lo mismo, el artículo 24.1 de la Constitución, al conceder a todos la tutela judicial efectiva frente a las acciones de la Administración, está consagrando una garantía; mientras que el artículo 106.1, al decir que los Tribunales controlan a la misma Administración, está sentando un mecanismo de control. Lo primero tendría un alcance sobre todo subjetivo; lo segundo, objetivo. Una cosa se ocuparía de intereses individuales frente a la Administración; otra, de los colectivos de mejorar su funcionamiento. Si bien de origen de estrictamente garantista, subjetivo e individual, «la justicia administrativa ha venido adquiriendo una finalidad de control objetivo de la legalidad administrativa». M. SANCHEZ MORON, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, cit., pág. 121.

tucional, como garantía específica de los derechos fundamentales (art. 53.2). Ello no obstante, los problemas subsisten. Sin ánimo, por supuesto, de tomar posición en polémicas estrictamente de partido, tenemos lo siguiente:

— Es constatable —y, por desdicha, no sólo en España— que el control último y no escrito, pero de cuya operatividad dependen al final todos los demás, que es el control por la opinión pública, no está muchas veces todo lo alerta que debería. Situaciones que constituyen objetivamente auténticos escándalos no merecen el repudio que, en el plano de los principios, parecería exigible. Hay una cierta «comprensión» de determinadas conductas. Las causas pueden ser, sin duda, históricas, porque nuestra Administración —sobre todo la local— ha sido de siempre un caldo de cultivo propicio para la prebenda y el subjetivismo.

— En el marco de los controles estrictamente políticos (entendiendo por tales los parlamentarios), apenas habrá que decir, acerca de los Reglamentos del Senado y, sobre todo, del Congreso de los Diputados, que son polémicos: la potestad del Gobierno de denegar datos, informes o documentos recabados de las Administraciones públicas por «razones fundadas en Derecho» y la insuficiencia, clara desde cualquier punto de vista, del control presupuestario. En otras ocasiones las controversias tienen por base el hecho de que en un «Estado de partidos» como es el nuestro la mayoría parlamentaria y el Gobierno coinciden. Me refiero, en concreto, a la atribución a la Mesa, a la Junta de Portavoces o a las Comisiones —en definitiva, pues, a la mayoría— de la decisión de exigir la comparecencia de miembros del Gobierno y de otras autoridades, o la atribución a la propia mayoría de la posibilidad de vetar discrecionalmente la creación de Comisiones de Investigación y luego, en su caso, de aprobar sus resultados <sup>8</sup>.

En fin, no habrá que decir que, dentro de los cometidos del Parlamento, la división entre los legislativos y los de con-

---

<sup>8</sup> Entre otros muchos, y por ceñirnos a bibliografía española: F. SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Edersa, Madrid, 1982; J. GARCIA MORILLO, *El control parlamentario español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

trol es clara en el plano de los principios, pero imposible de mantener muchas veces en la vida de todos los días. En el ejercicio de la primera de dichas tareas (en particular, en lo que hace al debate y aprobación anual de la Ley de Presupuestos) la tarea de control es especialmente visible.

— No hablaré aquí, por razones obvias, de la —muy apreciable desde muchos puntos de vista, y no lo digo por cortesía institucional— labor desempeñada desde 1982 por el Defensor del Pueblo <sup>9</sup>.

— Sobre el Tribunal de Cuentas, sometido en los últimos meses a polémica ácida, pesa la descomunal tarea de visar no sólo la legalidad, sino también la eficiencia y la economía del gasto (arts. 31.2 de la Constitución y 9 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas). Con todo, el motivo por el que últimamente está en candelero no tiene que ver con el gasto público en sentido propio, sino con esa *partie honteuse* del Derecho constitucional y de la vida política de nuestra era, en España y en todo el mundo, que es la financiación de los partidos políticos.

— En cuanto al control judicial, permitanme que les diga que, pese a la buena voluntad del constituyente y —por supuesto— de los jueces, su realización práctica deja mucho que desear, entre otras razones porque quizá todos le pidamos demasiado. Lo cierto es que los derechos e intereses que merecen ser tutelados muchas veces ya no son los individuales sobre los que esencialmente se monta este mecanismo. También es evidente que muchas quejas que los ciudadanos tienen contra la Administración están precisamente en su inactividad material —insuficiencia de vigilancia policial en ciertos lugares, inejecución o tardanza en las obras públicas, *verbi gratia*—, frente a lo cual la revisión judicial es inadecuada y roma. El principio de legalidad ya no juega conforme al patrón clásico, porque lo que la Administración no hace —no se espera que haga— es «ejecutar» las leyes, sino (por ejemplo, en materia de viviendas, de sanidad o, de nuevo, de obras públicas) cumplir unos objetivos, previamente definidos con carácter

---

<sup>9</sup> Es excelente la obra colectiva de esta misma Universidad Carlos III, *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Madrid, 1992.

abstracto en un plan o programa, empleando unos medios por definición siempre escasos: la Ley no es ahí el parámetro con el que hay que cotejar la acción administrativa, y, por ende, el control judicial ofrece otra vez, inevitablemente, un boquete importante. Todo ello sin contar con que, a causa del desbordamiento de asuntos y de otras razones estructurales, el «factor tiempo» juega clamorosamente en contra de la propia efectividad del mecanismo <sup>10</sup>.

— En fin, no falta quien entiende que lo que falla primordialmente entre nosotros son los controles internos. La judicialización de las relaciones entre las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, por una parte, y los Entes locales, por otra, es un ejemplo de que los dichos controles no viven hoy un buen momento <sup>11</sup>.

El panorama, pues, de nuestro sistema de control administrativo ofrece hoy luces y sombras. Las tomas de posición en la materia suelen ser vistas, muchas veces, como auténticas tomas de partido. Si en lo que antecede se han destacado más las sombras que las luces no es por el típico masoquismo español (los problemas apuntados son comunes, en mayores o menores dosis, a todo Occidente), ni mucho menos, como es obvio, trasluce consideraciones partidistas. Se trata, tan solo, de que nuestra Constitución, espoleada por la vida española anterior y por el deseo de hacer que la misma dejara de ser diferente, puso el listón tan alto que, a la hora de su comparación con la realidad, es difícil que ésta se acerque a aquel listón <sup>12</sup>. Y, sobre todo, se han acentuado los tonos ne-

---

<sup>10</sup> De las carencias estructurales del contencioso-administrativo se ha ocupado muchas veces A. NIETO. Por todos: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986. También, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 1992. En punto al tema del «factor tiempo» y la cada vez mayor importancia práctica —y, por ende, teórica— de las medidas cautelares, E. GARCIA DE ENTERRIA, *La batalla por las medidas cautelares en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.

<sup>11</sup> Sobre los llamados «controles internos»: M. SANCHEZ MORON, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, cit., págs. 140 y sigs.

<sup>12</sup> «Se trata en lo que sigue de definir la grave enfermedad que España sufre. Dado este tema, era inevitable que sobre la obra pesase una desapa-

gativos porque tengo un particular interés en insistir en que la línea ideológica de los euroescépticos, como se dijo más arriba, encubre la falacia esencial, para descalificar a las instituciones europeas, de poner como punto de comparación no realidades nacionales, sino meros textos formales o, todo lo más, y no precisamente en España, tradiciones no acordes con el Estado y la sociedad de nuestros días. Con ello —insisto una vez más— no pretendo ni bajar el rasero de la medida ni mucho menos justificar la integración europea como un fin en sí mismo, el precio para cuyo alcance nunca sería suficientemente alto en términos de pérdida de democracia y libertad y, en especial, de transparencia administrativa. En síntesis: nuestros sistemas de control no son perfectos y es necesario, en ellos, buscar un reequilibrio perdido por defecto o por exceso. Por tanto, no es del todo correcto decir que las *imperfecciones* de la Comunidad —que sin duda existen— lo son *porque* su esquema institucional no es idéntico al *perfectísimo* de los Estados miembros.

Por supuesto que todo lo dicho requeriría ser objeto de matizaciones, ampliaciones y complementos. Pero es bastante para lo que ahora se pretendía. Vayamos ahora a Europa.

---

cible atmósfera de hospital. ¿Quiere esto decir que mis pensamientos sobre España sean pesimistas? He oído que algunas personas los califican así y creen al hacerlo dirigirme una censura, pero yo no veo muy claro que el pesimismo sea, sin más ni más, censurable. Son las cosas a veces de tal condición, que juzgarlas con rasgo optimista equivale a no haberse enterado de ellas. Dicho sin ambages, yo creo que en este caso se encuentran casi todos nuestros compatriotas. No es la menor desventura de España la escasez de hombres dotados con talento sinóptico suficiente para formarse una visión íntegra de la situación nacional donde aparezcan los hechos en su verdadera perspectiva, puesto cada cual en el plano de importancia que le es propio. Y hasta tal punto es así, que no puede expresarse ninguna mejora apreciable en nuestros destinos mientras no se corrija previamente ese defecto ocular que impide al español medio la percepción acertada de las realidades colectivas. Tal vez sea yo quien se encuentra perdurablemente en el error, pero debo confesar que suíro verdaderas congojas oyendo hablar de España a los españoles, asistiendo a su infatigable tomar el rábano por las hojas. Apenas hay cosa que sea justamente valorada: se da a lo insignificante una grotesca importancia y, en cambio, los hechos verdaderamente representativos y esenciales apenas son dotados», J. ORTEGA Y GASSET, prólogo a la 2.<sup>a</sup> ed. de *España invertibrada*, fechado en octubre de 1922, 7.<sup>a</sup> ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1982, págs. 12 y 13.

#### IV. LAS INSTITUCIONES EUROPEAS HASTA EL ACTA UNICA DE 1987

Al margen de lo dicho más arriba, concretemos ahora el análisis a las instituciones europeas con algunos datos (por lo demás, bien conocidos y, para los presentes, sólo descriptivos). De otra parte, en la exposición tal vez no sobre un método histórico y evolutivo. La Comunidad de hoy, aun antes del Tratado de Maastricht, no es una foto fija. Las diferencias entre ella y los textos de 1951 y 1957 sólo se explican en clave dinámica, siendo el Acta Unica de 1987 un *tournant* importante, como también lo han sido otras cosas con menos estrépito y más silenciosas. Veamos:

— En cuanto al Parlamento, sus poderes normativos comenzaron siendo sólo de consulta, introduciéndose la llamada «concertación» para determinados *actos* en 1975. En el ámbito de los ingresos y gastos de la Comunidad el papel del Parlamento es también muy inferior —al menos *de iure*— al de sus homónimos nacionales. En principio, carece de poderes en relación con los ingresos, pese a estar ahí el origen histórico de las Asambleas representativas, como es bien sabido. Frente a los *gastos*, su ámbito de decisión es limitado, pese a las reformas de 1970 y 1975, y consiste en lo siguiente: *a*) un simple derecho de proponer modificaciones en relación con los llamados *gastos obligatorios* (son, sobre todo, los agrícolas y en un primer momento cubrían hasta el 96 por 100 del Presupuesto; el Parlamento consiguió que las partidas del Fondo Social y del Fondo Regional se incluyan como gastos no obligados); *b*) el derecho de decisión, por mayoría de sus miembros y tres quintas partes de los votos emitidos, en relación con los *gastos no obligatorios*, dentro de los límites del llamado «margen de maniobra» del artículo 203.9 del Tratado CEE. Convendrá notar que la extralimitación, sin acuerdo entre el Parlamento y Consejo respecto de ese margen fijado por la Comisión, determinó la anulación por el Tribunal (sentencia de 3 de julio de 1986) del acto del Presidente del Parlamento, por el que constataba su aprobación definitiva. El acuerdo se alcanzó luego enseguida (Declaración conjunta de 10 de julio); *c*) el derecho de rechazar, por mayoría de sus

miembros y dos terceras partes de los votos emitidos, el proyecto de Presupuesto *en su conjunto* y de pedir al Consejo que le someta un nuevo Proyecto. Este poder, del que el Parlamento no ha dejado de hacer uso, es meramente negativo y no le habilita para fijar términos positivos. Ocioso es decir, sin embargo, que la simple amenaza de su ejercicio potencia sobremanera la posición de la Cámara.

En el campo del *control* de nuevo el panorama arroja una posición muy devaluada para el Parlamento Europeo. Tanto el Consejo como la Comisión ejercen funciones ejecutivas (el primero, como se sabe, no sólo ni principalmente de esa naturaleza; la segunda, en términos singulares), aunque ninguno de los dos ha emanado nunca del Parlamento, ni por ende es expresivo de la orientación ideológica de la mayoría de sus miembros. No estamos aquí, por tanto, ante un sistema parlamentario, ni tan siquiera orleanista. Con todo, en este campo también se ha producido una evolución expansiva de las tareas parlamentarias.

De cualquier manera, el control se ejerce fundamentalmente sobre la Comisión y no sobre el Consejo, y, además, los limitados medios con que cuenta el Parlamento en relación con este último, y que veremos más abajo, se actúan sólo sobre el Consejo en su composición ordinaria —Ministros—, lo que determina la irresponsabilidad política del Consejo Europeo —Jefes de Gobierno— y, peor aún, del COREPER —Embajadores—. Habida cuenta de que el poder de decisión última está en el Consejo, y, junto a él, en el Consejo Europeo y el COREPER, se produce el célebre —y evidente— «déficit democrático» de la Comunidad y la no menos mencionada «opacidad».

No es cuestión ahora de entrar en el análisis sistemático de los concretos instrumentos mediante los que el Parlamento ejerce sus poderes de control (son los convencionales: preguntas orales y escritas, debates urgentes o monográficos, reuniones de las Comisiones parlamentarias con miembros de la Comisión y del Consejo, etc.). Más bien basta con fijarse en los siguientes tres instrumentos generales: *a)* el debate sobre el Informe anual de la Comisión (arts. 24 del Tratado CEEA, 143 CEE y 113 CEEA), cada vez de un carácter político más

acusado; b) la moción de censura de la Comisión, que el Parlamento puede aprobar por dos tercios de los votos emitidos, que representan la mayoría absoluta de sus miembros (arts. 24 del Tratado CECA, 144 CEE y 114 CEEA). Se trata de un instrumento que casa mal con el hecho de que la Comisión no se designa mediante investidura de la Cámara y de que aquélla no posee el derecho de disolución de ésta. Nunca ha sido empleado, quizá porque es un arma demasiado pesada para ser útil: la crisis institucional derivada de su utilización probablemente debilitaría a la Comisión sin fortalecer al Parlamento y sólo acentuaría el predominio del Consejo; c) las resoluciones que en virtud de su poder de deliberación puede aprobar el Parlamento sobre cualquier cuestión que entre en el ámbito de las actividades comunitarias (arts. 47 a 49 del Reglamento), por supuesto sin eficacia jurídica.

Unas palabras acerca de las relaciones del Parlamento con los Ministros. Existe la posibilidad de plantear preguntas orales o escritas al Consejo, aun cuando los Tratados sólo lo prevén frente a la Comisión. Tiene su origen esto en la Conferencia de París de diciembre de 1974 y fue confirmado en Stuttgart, en junio de 1983, en la Declaración solemne sobre la Unión Europea; ella prevé también la presentación por la Presidencia del Consejo de su programa al comienzo de su período de ejercicio y de un informe al final.

— El Consejo es, sin duda, el órgano más importante de la Comunidad Europea, punto de referencia de la tensión entre las ideas de «supranacionalidad» e «intergubernamentalidad» que es el quicio mismo del sistema. Curiosamente, se suele ver a salvo de los ataques críticos y, si se le reprocha algo, es la parálisis que introduce. Actúa a la manera de una conferencia diplomática (no es casual la analogía con el *Bundesrat* alemán, porque el diseño de la Ley Fundamental de 1949 es tributario del órgano del mismo nombre de la Constitución de Bismarck), cuyos componentes siguen las instrucciones de los respectivos Gobiernos, y en el que, de hecho, cada país posee un derecho de veto efectivo, al menos en las cuestiones de verdadero relieve.

— A la Comisión compete la iniciativa de los actos comunitarios. A ella corresponde también la ejecución del Presu-

puesto. Pero, con todo, sus poderes más importantes están, o al menos pueden estar, en materia de salvaguardia del cumplimiento de los Tratados y de la «legalidad comunitaria», que, en el ámbito de la CEE, se ejerce por la vía del artículo 169 del Tratado. «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un Dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.» Y «si el Estado de que se trate no se atuviere a este Dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia». No es, por tanto, que la Comisión actúa ejecutivamente y luego el Estado puede ir al Tribunal, en base a los principios del carácter revisor propio del contencioso-administrativo francés (y español), sino que, con un esquema parecido al del artículo 65 de nuestra Ley de Bases de Régimen Local de 1985, *mutatis mutandi* por supuesto, es la Comisión quien va al Tribunal y el Estado miembro el que se defiende. La ejecución de la sentencia corresponde también a este último.

La Comisión carece de un poder general para reprimir y sancionar directamente las infracciones del Derecho comunitario cometidas por particulares, a salvo de casos especiales (competencia).

— El COREPER, aun cuando, en teoría, órgano auxiliar y no propiamente institucional, está, de hecho, en el centro del proceso de decisión de la Comunidad Europea. Mediante delegaciones de poderes del Consejo, a veces incluso formalizadas, es el autor, junto con infinidad de Comités y otros gremios especializados que dependen de él, de muchísimos acuerdos de fondo.

— En el caso del Tribunal de Justicia, es particularmente indispensable detenerse en el análisis para poder ir luego a la síntesis. Los caracteres de equivocidad y calculada ambigüedad que son propios de las instituciones comunitarias se dan aquí también. Recogiendo las tres principales vías de recurso, tenemos lo siguiente: *a)* con respecto a las instituciones comunitarias (sobre todo el Consejo, en cuanto titular último de la mayoría de las decisiones), el Tribunal actúa como un

Juez revisor, conforme al modelo del contencioso-administrativo continental; b) del modelo federal, y en singular del norteamericano, toma la posibilidad de juzgar las actuaciones, legislativas y ejecutivas —y también, en el plano de los principios, judiciales—, de los Estados miembros, pero (y aquí está la gran diferencia con el *Bundesverfassungsgericht* con respecto a los *Länder* alemanes, o con nuestro Tribunal Constitucional acerca de las Comunidades Autónomas) no puede *anular* Leyes de los Estados; c) la jurisdicción general o de Derecho común en el ordenamiento europeo está en cada Juez o en cada Tribunal de los Estados miembros por consecuencia de los principios de efecto directo y aplicabilidad directa y ser, por ende, el orden jurídico comunitario un derecho que crea por sí posiciones jurídicas para cada ciudadano; cierto que el Tribunal de Justicia actúa como superior de todos ellos, pero tal cosa, como se dijo antes, se articula mediante la llamada cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado CEE), análoga a nuestra cuestión de inconstitucionalidad, a su vez inspirada en la Ley Fundamental de Bonn.

¿En qué medida opera el Tribunal de Luxemburgo como una instancia de control? ¿Es parangonable a sus homónimos nacionales que vigilan la acción de los poderes públicos y controlan su corrección? Amén de lo dicho, puntualicemos lo siguiente:

A) En el control del comportamiento de los Estados a cargo de la Comisión tenemos ciertamente la importante restricción de la legitimación, en ningún caso abierta a los ciudadanos (meros denunciantes ante la propia Comisión). Eso no significa que esta vía no ofrezca cosas que, a mi juicio, son más avanzadas que lo que suele ocurrir en los ordenamientos internos. En primer lugar, es indiferente la *forma jurídica* de la actuación estatal reprochable: ley, reglamento, acto administrativo, sentencia judicial. No han lugar las distinciones y restricciones que existen dentro de los países en atención a tales formas y, conforme a la tradición internacionalista, el Estado es visto como un todo. En segundo lugar, la inactividad estatal, sea formal o sea, sobre todo, material (y no habrá que decir que en ella están muchos problemas de los ciudadanos a la hora de hacer valer las posiciones jurídicas que para ellos

se derivan del Ordenamiento de la Comunidad), no ofrece, para ser residenciada ante el Juez, los obstáculos de toda suerte que en los ordenamientos internos se suelen presentar. Y, en tercer lugar, es rigurosamente habitual el enjuiciamiento de *conductas* de los poderes públicos, las famosas «prácticas administrativas», cuya potencialidad lesiva queda casi impune mientras que el recurso judicial tenga por objeto sólo actos administrativos concretos. Tres cosas, pues, importantes. Ciertamente que, frente a todo ello, la eficacia de las sentencias es sólo declarativa, lo que es una limitación de las que hacen «inofensivas» las facultades del Juez, por recoger palabras empleadas al hilo del debate parlamentario de nuestra Ley de Santamaría de Paredes. Pero cierto también que en la materia concreta de la ejecución de las sentencias de condena de la Administración, la situación real en algún Estado miembro no nos da una especial legitimidad para hablar de eso con demasiada arrogancia.

B) En cuanto al control de validez de los *actos* comunitarios (noción genérica que incluye a las normas, como es sabido), la primera diferencia —a favor de la Comunidad Europea— está justo en esa misma irrelevancia de la forma jurídica de la medida impugnada. La comparación con cualquier sistema nacional lleva, sin embargo, a concluir la absoluta superioridad de estos últimos, en base de nuevo al tema de la legitimación. Frente a la amplitud de los «intereses legítimos» o figuras análogas, cualquier persona física o jurídica sólo puede atacar de manera frontal una medida de la Comunidad Europea si es la destinataria del acto o, en el caso de los Reglamentos, si «les afectan directa o individualmente». El criterio de valoración ha sido aún obturado por la propia jurisprudencia con respecto al, de por sí nada amplio, tenor del artículo 173 del Tratado, porque ha insistido en que la afectación ha de ser no sólo directa, sino también individual, lo cual, por hipótesis, sólo se da cuando un Reglamento comunitario tiene de tal sólo el nombre. Interesa precisar, con todo, que, siguiendo con nuestro paralelismo nacional, no existe un recurso *directo* contra Leyes ante nuestro Tribunal Constitucional (a salvo, claro es, de los amparos y de la vía especial del art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal; también hay cuestiones de inconstitucionalidad, pero ahí el acceso no es direc-

to). De cualquier manera, en esta misma vía procesal hay otra limitación muy importante en el esquema comunitario: conforme al modelo francés del recurso de anulación por exceso de poder («recurso objetivo»), el Tribunal no puede ir más allá de pronunciar la anulación del acto impugnado, sin otros pronunciamientos. Los presentes sabemos cuán importante es esta *technicality* de apariencia menor.

En este mismo contexto del control judicial de las medidas de las instituciones de la Comunidad Europea hay singularidades para las conductas omisivas, para las sanciones dirigidas a particulares, en singular en el ámbito de la competencia, y para las acciones de responsabilidad de daños. Pero, al margen de que en este último caso también el listón es muy deficiente, prescindamos ahora de todo ello, porque su análisis pormenorizado nos desviaría de nuestro tema principal.

C) La vía procesal más importante, desde hace muchos años, para que el orden jurídico comunitario se expanda por toda Europa es, sin duda, la cuestión prejudicial. No ha lugar a entrar ahora en las arideces propias de la regulación de los procedimientos jurisdiccionales. Tal cauce es capital para los justiciables, en aras del principio de inmediatez del Derecho comunitario para los ciudadanos, y mediante su *ouverture* ha querido el Tribunal de Justicia compensar la excepcionalidad, o incluso imposibilidad, de acceso directo de los ciudadanos por los otros cauces. Por ese método ha pretendido el Tribunal de Luxemburgo asegurar la ligazón de todos los jueces europeos con aquél y con el orden jurídico comunitario sustantivo, y mediante esa vía también se han dictado las sentencias que han sentado los principios clave del Derecho europeo (primacía, efecto directo, aplicabilidad directa, etc.). Queda el problema, no pequeño, de qué pasa cuando existe el deber por el Tribunal *a quo* de plantear la cuestión prejudicial y no se hace así. En el interior del Derecho comunitario la única sanción existente es la responsabilidad del Estado, exigible por la vía del recurso de incumplimiento del artículo 169 del Tratado CEE, hasta el momento nunca utilizada, por cierto. Es posible pensar también en una violación del artículo 6 del Convenio Europeo de 1950, con acción ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Nuestro propio ordena-

miento también puede ofrecer algo: la responsabilidad patrimonial del artículo 121 de la Constitución o el recurso de amparo por el impedimento de acceso al «Juez natural» —siendo tal el Tribunal de Luxemburgo— de que habla el artículo 24 («Juez ordinario predeterminado por la Ley»). Vías, en todo caso, indirectas e imperfectas <sup>13</sup>.

## V. LAS INSTITUCIONES EUROPEAS DESDE EL ACTA UNICA DE 1987

Capital para el establecimiento del llamado «mercado único» en el plano institucional, el Acta Unica fue decepcionante. Cierto que se dedicaron algunas prescripciones al Consejo Europeo, tema no menor para ese pacto de realidad y norma del que hemos hablado. Se creó también un Tribunal de Primera Instancia con ánimo de descongestión de su mayor <sup>14</sup>. Pero la novedad institucional más importante tuvo lugar en el procedimiento normativo, al introducir la llamada «cooperación» en ciertas materias, cuyo relato ahora no es el caso, con la pretensión de dar más protagonismo al Parlamento, aunque sin desdoro de la palabra última en manos del Consejo <sup>15</sup>.

También merece cita la nueva redacción del artículo 145 del Tratado CEE sobre las competencias llamadas ejecutivas, que siguen sin atribuirse del todo a la Comisión <sup>16</sup>, y las nue-

<sup>13</sup> Sobre las instituciones europeas, y en especial el Tribunal de Justicia, la bibliografía es obviamente inabarcable. Son muy valiosas las distintas contribuciones reunidas en la obra colectiva *Tratado de Derecho comunitario europeo*, I, Civitas, Madrid, 1986; en singular, las de M. DIEZ DE VELASCO y E. GARCIA DE ENTERRIA acerca del propio Tribunal.

<sup>14</sup> El Tribunal de Primera Instancia fue creado por la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988. E. GARCIA DE ENTERRIA, «La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: la creación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», y B. PASTOR, «Informe sobre el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», ambos en *Noticias CEE*, núm. 50, 1989.

<sup>15</sup> R. MONACO, «El Parlamento en el marco institucional de la Comunidad Europea», en *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 15, núm. 3, 1988.

<sup>16</sup> Decisión de 13 de julio de 1987 y sentencia, revalidatoria de la misma, de 27 de septiembre de 1988. L. M. DIEZ-PICAZO, «El nuevo régimen de las competencias ejecutivas de la Comisión de las Comunidades Europeas», en *Noticias CEE*, núm. 48, 1988; A. MANGAS, «El Acta Unica

vas normas —otra vez afectantes a un punto *sensible*— sobre mayorías en el Consejo: cualificada (arts. 8 A, 28, 59, 70.1, 84.2, 100 A, 100 B, 118 A y 130 E) o unanimidad (arts. 57.2, 99, 130 Q y 130 S) <sup>17</sup>.

## VI. LAS DISPOSICIONES INSTITUCIONALES DEL TRATADO DE MAASTRICHT

A la vista del tema que nos convoca, es claro que no se puede dejar de aludir aquí, en este contexto de los controles y garantías de la Administración de la Comunidad Europea, a lo que dice el Tratado de Maastricht. Claro es que no me voy a ocupar de éste en general, ni mucho menos a entrar en los temas reservados a otras ponencias.

El Parlamento vuelve a ver ampliada su intervención en el procedimiento normativo, aunque sigue, por así decir, sin llegar. Se trata del complicadísimo procedimiento de triple lectura del nuevo artículo 189 B del Tratado (ya de la Unión). También hay un intento de hacer participar al Parlamento en la designación de los miembros de la Comisión; según el nuevo artículo 158, en primer lugar se procederá a la *designación* del Presidente, previa *consulta* al Parlamento Europeo, por los Gobiernos de los Estados miembros, los cuales, a su vez, a continuación, oído el Presidente ya designado, designarán también a los demás miembros de la Comisión; en fin, todos

---

Europea y las modalidades de ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión», en *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 15, núm. 3, 1988.

<sup>17</sup> Al margen de ello, el período inmediatamente posterior al Acta Única trajo otras novedades, aunque por la vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con algunas reservas, realizó una interpretación extensiva de la legitimación del Parlamento Europeo ante el propio Tribunal, en las sentencias de 27 de septiembre de 1977 («Comitología» antes citada) y 22 de mayo de 1990 («Chernobyl»). J. M. FERNANDEZ MARTIN, «Legitimación activa del Parlamento Europeo a la luz del artículo 173 CEE», en *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 16, núm. 2, 1989; íd., «La legitimación activa restringida del Parlamento Europeo en el recurso de anulación», en *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 17, núm. 3, 1990; R. SILVA DE LAPUERTA, «La legitimación activa del Parlamento Europeo en un recurso de anulación», en *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 1, 1991.

éstos, como colegio, se han de someter al voto de aprobación del Parlamento, que, de ser favorable, dará lugar a su *nombramiento* formal de nuevo, de común acuerdo con los Gobiernos de los Estados miembros: empieza un cierto «orleanismo» o, si se prefiere, un sistema de «doble confianza», al modo de Cánovas. También emerge un cierto principio cancelleresco, al separarse y anticiparse la figura del Presidente. El propio Parlamento, apenas el pasado 8 de abril, emitió una importante Resolución sobre lo convenido en Maastricht que nos pone sobre la pista de muchas cosas. Con carácter liminar, indica que «si bien se han realizado ciertos progresos en materia de UEM, de políticas comunes y ciudadanía, el sistema institucional incluye deficiencias tales que es dudoso que la Unión Europea pueda alcanzar los objetivos que se ha propuesto, en particular si se amplía el número de sus miembros, y que no ha superado el déficit democrático parlamentario». La Cámara, en efecto, encarna la carencia y la sufre en sí misma. Los otros puntos de la Resolución son, por así decir, el más completo memorial de agravios, al llamar la atención sobre «las siguientes deficiencias graves del nuevo Tratado»:

— «b) No se le contrapone a la autoridad autónoma de política monetaria del Banco Central Europeo ninguna autoridad de política económica con suficiente legitimidad democrática, y para las decisiones de política económica establece procedimientos específicos que se apartan de los (...) tradicionales comunitarios de decisión, en beneficio del Consejo.»

— «c) No prevé un auténtico procedimiento de codecisión en el que el Parlamento Europeo y el Consejo tendrían los mismos poderes de decisión sobre un acto, ya que el Consejo está autorizado a decidir unilateralmente en ausencia de un acuerdo con el Parlamento Europeo y sólo recurre a este procedimiento de codecisión en un número limitado de ámbitos.»

— «d) No prevé el acuerdo parlamentario para futuros cambios del Tratado, para la modificación de los recursos propios o para enmiendas que afecten a las disposiciones complementarias relativas a la ciudadanía.»

— «g) Contiene una variedad tal de procedimientos legislativos, muchos de los cuales incluyen a su vez variantes,

que se produce una falta de transparencia y claridad globales, lo que hace inevitable los conflictos referentes al fundamento jurídico.»

— «l) Deja incompleta la protección de los derechos y libertades fundamentales, así como las disposiciones relativas a la ciudadanía, y no incluye, en particular, una carta de los derechos y libertades fundamentales basándose en la Resolución de 12 de abril de 1989, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales.»

— «m) No trata la cuestión de la clasificación y la jerarquía de los actos comunitarios y mantiene así la falta de diferencia entre los actos legislativos y ejecutivos, ni hace referencia a la cuestión también relacionada de los procedimientos para delegar en la Comisión la aplicación de medidas (procedimientos de comitología), aspecto que sigue siendo insatisfactorio.»

— «u) Debería haber establecido que el Consejo se reúna en sesión pública siempre que adopte actos legislativos.»

Ahí, y sobre todo en este último punto, está el *cahier de doléances* completo, que se resume en una cosa: al Parlamento Europeo le gustaría ser el de un Estado, lo que —claro es— exigiría que tal cosa —un Estado— fuera la Unión Europea. Pero no están ahí las novedades institucionales más comentadas. Ni tampoco en la novedad, incorporada al artículo 171 del Tratado CEE, que prevé la posibilidad de que el Tribunal de Justicia dicte no ya una sentencia declarativa, sino de condena, imponiendo, a petición de la Comisión, el pago de sumas a tanto alzado o de multas coercitivas (*compulsory fines*) a los Estados miembros que incumplan una sentencia del Tribunal que, a su vez, haya declarado un incumplimiento del Derecho comunitario<sup>18</sup>. La novedad más denostada

---

<sup>18</sup> La escasa energía y los desfallecimientos en los mecanismos de control de los Estados es más comprensible, al margen de la supracionalidad, si se considera que, por ejemplo en España, la Administración central, sobre entidades en ningún caso con soberanía formal (las Comunidades Autónomas y, en especial, las Corporaciones Locales), tiene prácticamente reducidas a cero sus posibilidades controladoras extrajudiciales, conforme a la Ley de Bases de Régimen Local de 1985.

está en el Banco Central Europeo, pieza central de la Unión Económica y Monetaria, en la que se condensaría el absolutismo redivivo, la opacidad y la ausencia de responsabilidades políticas<sup>19</sup>.

Sin ánimo, por supuesto, de embellecer, ni menos idealizar, esta nueva criatura institucional, sí creo que las diatribas contra ella olvidan el pequeño dato de que las llamadas Administraciones independientes no son ninguna originalidad de la Comunidad Europea. En Francia o en España, desde hace ya bastantes años, muchos sectores de intervención administrativa (la propia Banca, el mercado de valores, la política de la competencia empresarial e incluso las televisiones privadas —en Francia— o nada menos que la Inspección fiscal —en España—) se ordenan con tales pautas organizativas. La generalidad del modelo administrativo anglosajón obedece, en fin, a ellas. Por supuesto que en ocasiones, muchas de las mismas adoptan medidas impopulares (basta con la mención al *Bundesbank*), pero justo que estén en condiciones de adoptarlas es lo que se ha querido con su diseño.

No he visto ninguna explicación teórica tan convincente de las Administraciones independientes, en singular en el campo de la economía, como la que en 1978 ofreció James M. Buchanan (quien luego —en 1986— sería Premio Nobel de Economía, como es sabido). Sus resultados son los siguientes:

— Los economistas clásicos pensaban que el principio del presupuesto equilibrado era necesario para contener la tendencia de la democracia representativa hacia el déficit y el crecimiento incontrolado del gasto gubernamental. El principio jugó un papel importante en las convenciones constitucionales sobre política monetaria y fiscal.

— La revolución keynesiana reemplazó las ideas clásicas por la noción de que la economía era sustancialmente inestable, pero que sus fluctuaciones podían reducirse desestabili-

---

<sup>19</sup> Sobre el Banco Central Europeo, contamos ya con una obra de E. GARCIA DE ENTERRIA. Es su discurso de investidura como «Doctor *honoris causa*» por la Universidad de Valladolid, editado allí mismo en 1992.

zando el presupuesto, creando déficit en la recesión y superávit en la inflación.

— Pero la idea de Keynes partía del implícito de que la política económica estaría dirigida a personas no sometidas a presiones electorales.

La realidad, dice Buchanan, es que eso es así, y las correspondientes medidas se toman con la mira en el ciclo político (proximidad de elecciones) y al margen del económico. Esa asimetría o disincronía produce que las correspondientes decisiones no respondan al modelo de Keynes <sup>20</sup>.

Pues bien, ahí me parece que está dicha la justificación de las Administraciones independientes, y, desde luego, del todopoderoso *Bundesbank*. Por supuesto que, como todo en la vida, el juicio depende de la perspectiva: liberación de presiones electorales y posibilidad, por tanto, de atender a un interés general más a largo plazo, para unos; destierro de la democracia y moderna forma de despotismo ilustrado («todo para el pueblo, pero sin el pueblo»), para otros.

Insisto que aquí de nuevo no quiero ni elogiar ni denostar a las instituciones comunitarias y, ahora, al Banco Central Europeo. Me confino a constatar que el Tratado de Maastricht se limita a recoger una figura absolutamente habitual —y cada vez más, por cierto— en los Estados miembros. Por lo demás, sí creo necesario añadir que en las Administraciones independientes no hay sólo un límite de la democracia representativa, sino también una manifestación de la crisis del principio de jerarquía en la organización administrativa, que tiene mucho de inevitable: la tecnificación y la objetivación de muchas actuaciones públicas (valga el caso del medio ambiente) harán siempre retroceder a la *fidelititas*. Claro que democracia parlamentaria representativa y jerarquía administrativa eran, para Merkl, la cara y la cruz de la misma moneda.

---

<sup>20</sup> Parafraseando las famosas «consecuencias económicas de la paz», el libro es: James M. BUCHANAN, John BURTON y Richard E. WAGNER, *The Consequences of Mr. Keynes*, The Institute of Economics Affairs, Londres, 1978.

## VII. RECAPITULACION

Ya hemos pasado revista, muy por encima desde luego, a los ordenamientos internos y al europeo. ¿Son los controles y las garantías en este último muy inferiores a lo que existe en los primeros? Si por éstos seguimos entendiendo el modelo del siglo XIX y la primera mitad del XX, sin duda sí. Pero si no comparamos textos, o tradiciones, sino realidades, tal vez haya muchos que maticen sus respuestas <sup>21</sup>.

Por supuesto que el tema que nos entretiene es, en toda su complejidad, inabarcable. Ojalá que estuviésemos en condiciones de resolver aquí, de una vez por todas, el eterno tema del equilibrio entre capacidades del poder y garantías ciudadanas.

Recordarán la antes empleada clasificación, proveniente de Jellinek, entre controles sociales, políticos y jurídicos. Los primeros son todo lo difusos que se quiera y, por supuesto, resultan imposibles de formalizar (al margen de las elecciones, claro es). Los que haya sobre las instituciones de la Comunidad Europea serán los mismos que de hecho existan en

---

<sup>21</sup> Muchas más cosas habría que decir sobre la situación actual de los controles y garantías frente a las Administraciones en los Estados miembros. Desde el punto de vista del *origen* representativo de las autoridades, habrá que decir que en muchos casos «domésticos», el mismo o no existe o es muy remoto (Tribunales Constitucionales, Ministros del Gobierno, etc.). Por otro lado, la función pública, entendida como profesionalización de la burocracia, es igualmente un límite al Estado de partidos. En fin, la teoría clásica de la representación, al tiempo individual y total, pero sin encaje para los grupos intermedios, no es la que mejor explica la realidad de nuestros días, como mostró M. GARCÍA-PELAYO en su memorable trabajo «Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional», incluido en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1985. Desde el lado del *ejercicio* del poder, no es posible dejar de mencionar el fenómeno de la «huida al Derecho privado» de cada vez más sectores administrativos. Se ha denunciado de manera reiterada en la doctrina interna española la pérdida de controles y garantías que ello conlleva. La lamentación no es, en sí, infundada, aunque tal vez pierde algo de legitimidad al idealizar de nuevo el esquema contrario (esto es, los mecanismos convencionales y clásicos, en singular en el ámbito de la contratación), y, sobre todo, caer en el deseo de petrificar la historia y refugiarse en el «cualquiera tiempo pasado fue mejor» de Jorjue Manrique.

la opinión pública, frente a Bruselas, frente a las capitales nacionales y frente a cada Alcalde. Ni el Tratado de Maastricht ni ninguna otra Constitución las puede, como por arte de magia, crear. Aquí nos interesan ahora los controles político-parlamentarios y los judiciales. ¿Son más perfectos —o al menos igual— que los equivalentes de los Estados miembros? Sin duda que, ni en teoría ni aun en la realidad, no. Pero no nos quedemos ahí: ¿se puede mejorar? ¿por qué vía? Dicho de otra manera: ¿dónde está la causa del problema y cómo se puede superar?

El Parlamento Europeo —y no pocos sectores de la opinión pública, con mayor o menor conciencia— parecen haber visto la solución arrimando aquél al porte —y no sólo a la estampa— de sus homónimos nacionales, que, como por arte de birlibirloque, recuperarían su papel de modelo, en el que, por lo visto, las mociones de censura, *verbi gracia*, proliferan y triunfan a diario. La Cámara de Estrasburgo iría así en búsqueda de una *imago parlamenti* que sólo se explica, desde luego, con un «apetito de estatalidad».

¿Es posible «estatalizar» la Comunidad en ese sentido? ¿Sería bueno? ¿Dónde están los problemas reales?

El Derecho público es muy rico en ficciones, como nos explicó don Nicolás Pérez Serrano, y en inversiones dialécticas. En el Parlamento Europeo, pese a los intentos de agrupar a sus miembros por afinidades ideológicas y no por orígenes estatales, no hay una mayoría y una minoría —precisamente porque no es un verdadero Parlamento en sentido propio—, pero no estará de más recordar que, justo, a su vez, por eso, a la hora de aprobar el Presupuesto de cada año se permiten unas licencias que serían impensables en nuestras Cámaras estatales, donde los poderes están trenzados por las mayorías de gobierno.

Pero sigamos: ¿porqué no hay partidos políticos —y, por tanto, una mayoría y una minoría, más o menos sólidas y estables— en Europa y en su Parlamento? El Tratado de Maastricht, entre las cosas que se intercalaron a caballo de la Conferencia de 9 y 10 de diciembre de 1991 y el texto firmado el 7 de febrero de 1992, recogió precisamente el artículo 138 A,

conforme al cual «los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración de la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión»<sup>22</sup>. Pero no es eso, y con ello llegamos ya al cráter de la argumentación: no hay partidos políticos europeos porque no hay pueblo europeo, y no hay «representación» del mismo porque no existe. Como se ha dicho hace pocos meses, «el déficit democrático que tanto se imputa a la Comunidad Europea procede, nada más y nada menos, que de la ausencia del *demos* del pueblo europeo, irrepresentable en Bruselas no por la deficiencia de las instituciones comunitarias, sino por el hecho más radical de no existir. La carencia de un cuerpo político en Europa, de una nación europea, impide construir la Comunidad como si de un super-Estado nacional se tratara». De ahí las deficiencias del Tratado; de ahí la «incoherencia lógica» de toda la construcción<sup>23</sup>.

¿A quién dirigir entonces el reproche? ¿A la supracionalidad? ¿A la retórica, como, por ejemplo, cuando el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 29 de octubre de 1980, define la intervención —consultiva— de la Asamblea de Estrasburgo como «el reflejo, bien que limitado al nivel de la Comunidad, de un principio democrático fundamental, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder por medio de una asamblea representativa»<sup>24</sup>?

<sup>22</sup> Por otra parte, y como el propio M. GARCIA-PELAYO ha manifestado muchas veces, el constitucionalismo occidental sólo de forma tardía e incompleta ha recepcionado a los partidos políticos como actores jurídicos. *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

<sup>23</sup> La cita literal es de M. HERRERO Y R. DE MIÑÓN, «Tratado y proceso», *El País*, 2 de julio de 1992. El propio J. J. LAVILLA, *La posición del Parlamento Europeo en el seno de la estructura institucional comunitaria*, cit., ha señalado que, en materia de representación, la analogía con las Cámaras nacionales es sólo aparente. «El Parlamento Europeo, a diferencia de los Parlamentos nacionales, no representa al pueblo soberano y no ocupa, en consecuencia, el status institucional que se derivaría de ostentar tal representación. Y el Parlamento Europeo no representa al pueblo soberano porque tal pueblo no existe. Si representar significa hacer presente y operante (...) a un ser invisible, su presupuesto indispensable es que exista esa unidad que va a ser representada, y el pueblo europeo no existe.»

<sup>24</sup> Pura retórica, se dirá, y con razón. Pero no mayor que la de nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de julio de 1982, cuando, al

Todo ello no nos debe impedir pensar que el avance no es posible. Lo es. Lo que ocurre es que, al igual que sucedió con los propios Parlamentos nacionales, o con los sistemas de control judicial, está viniendo por una vía silenciosa y de pequeños pasos, como le gustaban a Schumann. Y también, por supuesto, no viendo a la Comunidad como algo del todo separado de los Estados.

A veces los juristas cuentan mejores historias que los novelistas y, por supuesto, que los políticos. Sin caer en un corporativismo por nuestra parte trasnochado e infantil, sí que habrá que decir que la sentencia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend-Loos), sobre el efecto directo, o la de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal), acerca de la primacía, han sido, en la construcción del orden europeo y —lo que es más importante ahora— en la atribución de derechos a los ciudadanos, tal vez más relevantes que muchas pomposas declaraciones formales.

Recientemente también tenemos ejemplos, en los que no está de más reparar.

El Parlamento británico aprobó la *Merchant Shipping Act* en 1988, que reservaba, en la práctica, la pesca con base en los puertos británicos y realizada en la zona económica de Gran Bretaña a los ingleses residentes en el Reino Unido o a sociedades cuyos socios mayoritarios y administradores tuviesen las mismas calidades. Era una Ley del Parlamento, una *Act of Westminster*, irreprochable según los conocidos esquemas británicos, y que en los países continentales con control de constitucionalidad concentrado habría dejado, en el mejor de los casos durante varios años, a los afectados (los armadores y las empresas de pesca de otros países) literalmente a la intemperie en términos jurídicos. El mito de la Ley como expresión de la voluntad general no hubiera permitido muchos resquicios, ni en el Reino Unido, ni, con otros cauces, en Es-

---

analizar el sentido de las reservas competenciales al Estado del artículo 149.1, dice que la retención de tales potestades «impide no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que puede orientar su autogobierno en función de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado». No cabe mejor voluntad.

paña, ni en casi ningún sitio. Pues bien, el Tribunal de Justicia, mediante su conocida sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990, se basó en la doctrina de la *efectividad* (*effectiveness*) de la tutela que el Juez nacional ha de dispensar al Derecho comunitario y a las posiciones jurídicas de él derivables para los particulares para colegir que dicho Juez puede estar obligado a acordar medidas cautelares contra su propio Derecho nacional. Se dirá que, al respecto, no existe competencia según los órdenes jurídicos internos, pero es el propio Derecho comunitario el que, desde su supremacía, presta ese poder <sup>25</sup>.

Se argumentará que la efectividad (así, con esa palabra) de la tutela judicial es y era ya una exigencia constitucional española (art. 24), estuviera o no en juego el Derecho comunitario. Pero cuando hay leyes nacionales de por medio, dicho derecho fundamental periclitaba ante la formal división entre Reglamento (él sí jurídica y judicialmente a la intemperie) y Ley. La ruptura de esa división y de sus consecuencias generó, en el caso *Factortame*, una sustancial mejora de la posición jurídica de los ciudadanos, que, con nuestros meros esquemas constitucionales, nunca se hubiera producido.

Hace poco indiqué que, a la hora de analizar los controles y las garantías jurídicas existentes, la Comunidad no podía ser vista como algo separado de los Estados miembros. Y es que, en efecto, y como se ha dicho muchas veces, al margen de la estructura institucional comunitaria en sí misma considerada, la misma dinámica de la integración produce una importante sacudida constitucional interna. Es tradición cifrar la misma, a la vista del poder del Consejo de Ministros en Bruselas, en que los poderes de los respectivos Gobiernos se anchan en detrimento de las entidades administrativas inferiores (entre nosotros, las Comunidades Autónomas sobre todo) y de los Parlamentos <sup>26</sup>. A esa visión hay que añadir ahora la que alza-

---

<sup>25</sup> Sobre esa sentencia y otras cercanas, *vid.* las contribuciones de E. GARCIA DE ENTERRIA en *La batalla por las medidas cautelares*, cit.

<sup>26</sup> La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Maastricht indica, entre los elementos positivos, las «disposiciones que fomentan la cooperación entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo *sin crear nuevas instituciones superfluas*».

prima los poderes del Juez, y no ya o no sólo Constitucional, *vis à vis* de la respectiva Asamblea. El Tribunal de Luxemburgo no tiene frente a él, o sobre él, un Parlamento del que salgan leyes que aquél ha de observar y aplicar, y eso mismo le lleva a contagiar simpáticamente sus esquemas a unos Jueces nacionales que, en principio, son obedientes a otras cosas. O eran.

Todo esto no es retórica, aunque sí política, en cuanto manifestación de un nuevo sistema de equilibrio de poderes. No me corresponde ahora diagnosticarlo con exactitud, y mucho menos lanzar un veredicto definitivo sobre su superioridad o inferioridad con respecto a los esquemas constitucionales convencionales. Pero sí creo de justicia decir que el debilitamiento de los Parlamentos en favor de los Gobiernos y de las Administraciones, y, también, en otra instancia, de los Jueces, es un fenómeno histórico que, con unos u otros matices, tiene mucho de universal <sup>27</sup>, y que, en el ámbito de la Comunidad Europea, aparece compensado o al menos contrarrestado por fenómenos que objetivamente son un progreso en la libertad de cada uno.

Voy concluyendo. Las ácidas críticas que hoy sufren las instituciones comunitarias son, en sí, un elemento positivo. Gracias a que existió y existe gente disconforme con lo existente ya no estamos en la época de los adoradores de tótems y de los comedores de carne humana. Pero no erremos el tiro. Ninguno de los reproches —que, insisto, son muchos— lanzados contra la Comunidad Europea pueden dejar de lanzarse contra cada uno de los Estados miembros. Los que señalan con escándalo que los eurócratas se enzarzan con el tamaño de los gallineros o los aditivos alimentarios a suministrar a los flamencos rosas en nuestros parques zoológicos debieran leer, cualquier día, las Ordenes Ministeriales que aparecen en este o en otro Boletín Oficial.

Termino, ahora sí, de verdad. Soy consciente de que algunas de las cosas que he dicho pueden resultar polémicas.

---

<sup>27</sup> Así, para Argentina, J. C. CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

Me ha movido a ello —no lo oculto— mi compromiso con la integración europea, que siento como algo propio. Y es que no me puedo sustraer a que, al igual que en las diatribas de César Vallejo contra *su* Perú, en las mías contra las instituciones europeas haya siempre algo de ternura.

## COLOQUIO

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias, profesor Jiménez-Blanco, por su brillante intervención. Como sucedió en la primera ocasión, abrimos el coloquio. Me permito, para dar a ustedes tiempo si quieren intervenir, hacer una primera reflexión en el sentido siguiente: me parece muy sugerente abordar el tema desde la perspectiva de la comparación de la situación interna de los Estados y de la Comunidad. Ahora bien, no sé si eso conduce a una perspectiva justa, en la medida en que aquí lo que pretendemos es indagar qué consecuencias tiene la ciudadanía europea para el poder público —en este caso la Administración—, y eso presupone que, en realidad, en la Comunidad se están perfilando —diríamos— dos frentes: uno, el tradicional, del juego de poderes en el seno de las instituciones europeas, en torno a la perspectiva económica, y otro, una dimensión, ya mucho más general, en la que surgen los ciudadanos directamente, con posiciones jurídicas individuales.

Desde esa perspectiva —y me gustaría que el profesor Jiménez-Blanco, si lo cree oportuno, reflexionara sobre ello— habría que interrogarse no tanto desde la comparación entre los Estados y la Comunidad —porque, como él ha concluido, unos y otra están en un proceso de influencia recíproca y, por tanto, no sé si de ahí podríamos extraer conclusiones válidas—, sino más bien cuál debe ser el papel de los Estados y

el papel de la Comunidad en el camino que marca Maastricht, con todas las disfunciones de un nivel y de otro. Por tanto, cuál debe ser el papel de los controles que se sitúen en el nivel estatal y cuál debe ser el papel de los controles que se sitúen en el nivel de la Comunidad. Porque a mí me parece —y ahora entro más en detalle— que, por ejemplo, la sentencia «Factortame» y su extrapolación al nivel de los Estados pierde de vista que ahí se trataba de un juego entre ordenamientos, mientras que la justicia de los Estados es otra cosa distinta, es una justicia individual, y eso produce un factor de distorsión a la hora de las medidas cautelares, que todavía, creo yo, no se ha aquilatado bastante.

Concluyo diciendo que el apunte que yo hago me parece relevante si se examina la cuestión desde la observación que ha hecho el ponente acerca de las administraciones independientes. Desde luego que no son un fenómeno específico de la Comunidad Europea, pero nos alerta sobre la posible evolución, la pérdida en definitiva, tanto por arriba como por abajo, del contenido del debate público; diríamos, una manifestación más del acercamiento al fin de la historia, porque parece que solamente hay ya una solución para todas las cosas y, por tanto, para todas las cosas hay que entregar las administraciones independientes con una racionalidad que escapa al debate público. Y si escapa al debate público, entonces, ¿qué hacemos con las instituciones?, que están montadas sobre la esencia del pluralismo, del debate público y de la posibilidad del perfeccionamiento sucesivo de la historia sobre la base de ese debate. Por eso creo que la reflexión también debía haber sido contrapesada con esta otra dimensión.

Bueno, y dicho esto, yo creo que habrán tenido tiempo de reflexionar si quieren intervenir. Tiene en primer lugar la palabra don José María Gil-Robles.

#### D. JOSE MARIA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO (*Parlamentario europeo*)

Lo primero, felicitar a mi querido compañero y amigo por tantos conceptos por su ponencia. Me comentaba hace un mo-

mento que había hecho una ponencia provocadora; y lo bueno de las ponencias provocadoras es que, naturalmente, cuando son buenas, como es ésta, provocan, para empezar, la reflexión, que es algo extraordinariamente bueno.

Quizá lo primero que habría que plantearse a la hora de examinar la construcción europea —porque los controles lo que vienen a indicar en gran parte es cómo funciona una determinada estructura— es cuál es el modelo; porque es un modelo atípico. Atípico, en primer lugar, por la forma de realizarse la Federación. No estamos, a pesar de que se haya pretendido muchas veces, ante el clásico modelo norteamericano de la Asamblea constituyente, que hace una Constitución que luego es ratificada por los Estados miembros. Ni parece que esto tenga grandes posibilidades de ser a corto plazo. Sino más bien, frente a un cierto modelo suizo-alemán, que a lo largo de mucho tiempo va, poco a poco, construyendo una Federación sobre la base de acuerdos entre los Estados. Este es el modelo que de hecho está ocurriendo en Europa y tiene sus problemas. Si se me permite una anécdota: me acuerdo que cuando éramos pequeños, se les ocurrió a mis padres llevarnos a un médico para la extirpación de las amígdalas. Había entonces en Portugal un médico muy original que decía que había que extirparlas poco a poco, porque dolía menos, cuando empezó a tirar dolía menos, pero cuando llegaba al nervio pegabas un bote horroroso porque no te daban anestesia. Bueno, a mí me parece que por ese camino hemos llegado al nervio. Con el tema de la moneda y la soberanía hemos llegado al nervio de la soberanía, y claro, ahora hay que pensar, si con anestesia o sin anestesia, cómo se arrancan las amígdalas; es decir, cómo se arranca un trozo sustancia de soberanía y se lleva a la Comunidad Europea. Creo que esto es la primera tipicidad del problema.

El segundo es que por ese camino estamos en un modelo institucional que no está en el modelo de la monarquía parlamentaria; es decir, las instituciones europeas son criticables desde el punto de vista del parlamentarismo, porque el Parlamento Europeo no ejerce las funciones del parlamentarismo. Pero si estamos ante un modelo híbrido, a mitad entre la Confederación Helvética y las monarquías constitucionales

del pasado siglo, el modelo que naturalmente se desarrollará como se desarrollaron tanto el helvético, como las monarquías constitucionales hacia el modelo parlamentario, está ahora en una determinada etapa. Y en gran parte, los poderes del actual Parlamento Europeo corresponden a esa determinada etapa, un sistema de colegislación, pero que no es decisivo, el Consejo de Ministros está en la posición que tenía el Reichsrat de la Constitución alemana de 1871, por ejemplo, tenía unos poderes muy similares a los que hoy tiene el Consejo de Ministros y el Consejo de Jefes de Estado; un poder presupuestario limitado, pero muy efectivo. Pudiera darse que dentro de un mes el Parlamento Europeo sea el único Parlamento de la Comunidad que se da el lujo de rechazar un presupuesto, por segunda vez, en lo que va de siglo; no hay ningún otro que lo haya hecho en lo que va de siglo, lo cual es el verdadero poder de los parlamentos. Eso se puede hacer porque no hay una mayoría de Gobierno, precisamente porque no funciona como un sistema parlamentario, porque es un poder típico de una determinada etapa de desarrollo. Tiene determinadas facultades políticas, es decir, por ejemplo, si no está aprobado el paquete Delors-II puede darse perfectamente que los diputados españoles votemos en contra, y como son 60 votos no se llega a los 260, y no se aprueba el presupuesto; y eso puede pasar dentro de un mes. Es una facultad de actuación política, típica de los parlamentos del período constitucional, e incluso del período medieval, negar las subvenciones al soberano, es el origen de los poderes de los parlamentos, hoy perdido. El nuevo poder de investidura de la Comisión, que se sitúa en un esquema constitucional y no parlamentario, porque requiere la doble legitimidad de los Estados, etc. En fin, me parece que con profesores de tanta calidad como hay hoy aquí no necesito insistir.

¿Cómo incide esto —como pedía el profesor Parejo— en relación con el problema de la ciudadanía? A mí me parece que el asunto de la ciudadanía es muy simbólico, porque viene a ratificar algo que los parlamentarios europeos en gran parte hemos planteado, que es el de si hay pueblo europeo o no hay pueblo europeo. Yo creo que si hay ciudadanos hay pueblo, y si no la condición de ciudadano no se tiene; y esto es mucho más importante de lo que parece. Hace dos meses,

discutíamos en la Comisión de Asuntos Sociales el problema de cuando entre en vigor el Tratado de Maastrich, ¿qué facultades van a tener los diputados ingleses para pronunciarse sobre los temas de política social que entran dentro del célebre «protocolo de once»? ¿van a poder intervenir o no van a poder intervenir? Uno de los diputados laboristas dijo: «ustedes los federalistas están diciendo continuamente que hay un pueblo europeo; si hay un pueblo europeo, yo represento al pueblo europeo, y no sólo al pueblo inglés. Y si represento al pueblo europeo, puedo votar en todas las normas que el pueblo europeo se da, aunque no sean aplicables a una parte del territorio de la Unión». Pero naturalmente, si no hay pueblo europeo no pueden participar; éste va a ser el debate posiblemente del próximo año, en el seno del Parlamento y demás instituciones comunitarias, incluido el Consejo. Es decir, si realmente hay ciudadanos europeos, es porque hay un pueblo europeo, hay un colectivo que tiene unos derechos y unos deberes frente una determinada organización política; y en Derecho político, yo entiendo que este colectivo no se produce si no hay un pueblo, con esta serie de consecuencias, y de derechos, que son extraordinariamente importantes.

Quisiera apuntar dos cosas que se derivan de esto. Uno, la introducción de los partidos políticos en el esquema de Maastrich, que es una introducción por criterios eminentemente utilitarios. Los tres Presidentes de las tres organizaciones políticas, o de las tres corrientes políticas europeas, se pusieron de acuerdo para hacer el *Lobby* frente a sus correspondientes Gobiernos, porque como consecuencia de una sentencia del Tribunal que impedía la financiación de los partidos políticos europeos por el Parlamento, al no estar reconocidos en los Tratados, hacía falta que se reconociese su función. Se copió de la Constitución alemana —a la cual la copió la Constitución española—, incluyéndolo en el artículo 138.A, para que sea posible esa financiación de los partidos políticos europeos. Pero eso lleva a que el único partido político europeo que existía hasta ese momento, que es al que yo pertenezco, se vea acompañado en esta línea por el segundo, que es el Partido Socialista, a nivel europeo; probablemente se acordará la semana que viene en La Haya. En este mismo orden de cosas el Partido Popular Europeo ya aprobó en su último buró

el que pueda haber afiliaciones individuales, es decir, ya tenemos un partido europeo, que es una Federación de partidos, pero que además permite que pueda haber afiliados individuales de los Estados miembros si no hay oposición, es decir, ya está el derecho de ciudadanía funcionando al nivel de las asociaciones parlamentarias, y esto es un dinamismo, que naturalmente va arrastrando unas cosas en relación con las demás.

Quizá, por último, haya que tratar un tema práctico —no sé si hoy es el día, o quizás deba ser mañana—. Me refiero a lo siguiente: hasta qué punto debemos avanzar en ese proceso de control judicial, que es enormemente importante. Lo que está ocurriendo es que estamos teniendo controles de la fase avanzada del parlamentarismo, como es el Defensor del Pueblo, el control judicial, etc., con un parlamentarismo muy retrasado, unas instituciones situadas en el siglo pasado en cuanto a esquema y funcionamiento; sin embargo, nos planteamos, por razones prácticas, hasta qué punto —y creo que eso lo planteó la Comisión de Peticiones al Tribunal el año pasado—, hasta qué punto se podría establecer a nivel europeo la defensa gratuita, en cuanto al acceso del ciudadano, porque el problema está en que no basta con tener los derechos, sino poder ejercerlos.

Termino con esa nota práctica. He sido ya demasiado largo, y pido perdón por la extensión.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias. Al hilo de lo último que ha dicho me ha surgido una apostilla que quizás vendría bien para completar mi primera intervención. Porque claro, en esta evolución, un poco enloquecida, en la que no se sabe cuál es el modelo final, en esta línea de la efectividad de los controles, sobre todo del control judicial, se afina tanto que yo creo que corremos el riesgo de perder el Estado de Derecho; porque un autor ya clásico, aunque contemporáneo, como Forsthoff decía que el Estado de Derecho era básicamente una estructura posible

gracias a una cultura jurídica, que es un modo de proceder, un *modus procedendi* de los juristas, oír a las partes, etc. Pero claro, cuando se antepone a todo la adopción de la eficacia, la eficiencia y la medida cautelar, eso se esfuma, porque no se oye a nadie, y se gana el pleito sobre la base de una pura intuición. Entonces, al final, no solamente escamoteamos, por un lado, el debate público en la democracia, sino que desaparece, por otro lado, también toda una cultura jurídica tradicional.

Bien, no debo abusar más de mi condición de moderador. Tiene la palabra el profesor Moreiro.

#### D. CARLOS MOREIRO

*(Profesor de Derecho comunitario de la Universidad Carlos III de Madrid)*

Bueno, dos cosas. En primer lugar, haciendo uso de ese derecho a la crítica, o al derecho a discrepar, de que ha hecho mención el profesor Jiménez Blanco, yo discreparía sobre una cosa muy puntual, de pasada, con respecto a los planteamientos que ha hecho sobre el Banco Central Europeo. Yo diría que, en efecto, no es una innovación comunitaria, desde el punto de vista de la estructura administrativa, pero no me fijaría en que existan otras entidades en los Estados miembros que puedan gozar de una estructura funcional parecida a la del Banco Central Europeo, sino que me fijaría más en el mercado. Yo creo que el Banco Central Europeo —y no es una opinión frívola, porque es un tema que he estudiado bien, fue parte de mi tesis doctoral—, responde a unos intereses de mercado muy concretos, y responde a un esquema de mercado muy concreto, y de hecho, los únicos beneficiarios de ese Banco Central, en principio, y de la independencia de ese Banco Central, son los grandes Bancos, no sólo comunitarios, sino del mundo. Pero bueno, de eso podríamos abrir otro debate.

Luego, con respecto a su ponencia; su ponencia se titula: «La Administración de la Comunidad Europea, Controles y Garantías». Pues bien, yo tenía dos cuestiones puntuales que

hacerle. En primer lugar, ¿cree usted que el hecho de que al Defensor del Pueblo se le restrinja por el legislador comunitario al control de los actos de las Instituciones comunitarias es acertado, teniendo en cuenta que el 90 por 100 de los actos que se ejecutan —por dar un porcentaje—, que tienen trascendencia comunitaria, son ejecutados por las Administraciones de los Estados miembros?; y que existe una resolución del Parlamento Europeo del año... —si no me equivoco— del año 79, de la que hablé con el eurodiputado Gil Robles, en la cual se le reconocía al *Ombudsman* supranacional, que se creaba a raíz del informe Walker Smith, la capacidad de controlar las intervenciones de las autoridades públicas en general, en la aplicación del Derecho comunitario. Es decir, un contrasentido histórico; hace veinte años al Defensor del Pueblo se le atribuía por una resolución del Parlamento Europeo esa capacidad de controlar todos los actos de las Administraciones Públicas, y no sólo de las instituciones comunitarias, y en el Tratado de Maastrich no. Y en segundo lugar, si cree usted que los instrumentos de los que se le ha dotado al Defensor del Pueblo para controlar la actuación de las instituciones comunitarias son suficientes; porque ya no me refiero sólo a que no tiene ningún tipo de acceso a recursos ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, es que, en última instancia, y si se lee el artículo 138/E, una vez que ha terminado su investigación, está en manos del Parlamento Europeo, en concreto de la Comisión de Peticiones o de la Comisión que se determine en el Estatuto, al determinar qué tipo de acción se va a tomar para encauzar la situación de la que ha tenido cuenta el Defensor del Pueblo.

Simplemente esas dos cosas.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Moderador)

Bueno, le voy a dar la palabra al ponente, que quiere contestar puntualmente.

**D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO***(Ponente)*

Al margen de los temas generales planteados por el Decano o por mi colega de las Cortes José María Gil-Robles, quisiera hacer alguna puntualización sobre los asuntos más específicos que ha suscitado Carlos Moreiro.

El Defensor del Pueblo, en efecto, limitará su control a las instituciones europeas, pese a que los «administradores» finales del Derecho son los ejecutivos nacionales, sean centrales o no. Es una restricción, ciertamente, pero creo que no está mal pensada. Primero, porque, también en las figuras nacionales análogas (en singular, el Defensor del Pueblo español), el criterio del control es el subjetivo de la Entidad y no el de la norma que aplica. Y, segundo, porque, en el caso específico de la institución europea, su «curiosidad» nacional, por así decir, sería vista como una intromisión excesiva. La restricción, pues, en síntesis, creo que tiene sentido, bien que partiendo de la base de que cualquier respuesta tendrá ventajas e inconvenientes.

Tema de ese *albur* que parece dejarse al Parlamento Europeo a la hora de determinar qué tipo de acción se sigue o se deja de seguir contra este u otro organismo. Aun siendo consciente de todos los riesgos, creo que ese «principio de oportunidad» tiene pleno sentido político, histórico y aun jurídico.

Creo además que a este punto concreto es trasladable una observación de la intervención de José María Gil-Robles. Y es que la historia de los Parlamentos nos muestra que su poder nunca ha venido de primeras «proclamado» en un texto y sí ha sido, sobre todo a lo largo de los siglos XIX y XX, poco a poco conquistado. Aquí como en tantas otras materias el legalismo propio de la Revolución Francesa puede hacer que perdamos perspectiva de la realidad.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO***(Moderador)*

Profesor Vandelli.

**D. LUCIANO VANDELLI***(Catedrático de Derecho público de la Universidad de Bolonia)*

Yo también quería volver un momentito al tema de la legitimación del Banco Europeo, y del fundamento de las críticas.

Creo que la comparación, el paralelismo entre las instituciones que están al interior de ordenamientos estatales, tal como los vemos hoy, y la estructura de la Comunidad o de la Unión Europea deja al margen un punto al fondo. Es el principio, que la legitimación de toda Administración se fundamenta en la legitimación democrática del poder político que está detrás; es decir, que un poder democrático que tiene legitimación fuerte puede tolerar que, por exigencias técnicas, unos problemas incluso importantes pertenezcan a un área de gobierno técnico, que por supuesto queda fuera de toda lucha política electoral, etc. Pero detrás hay legitimación fuerte.

Justamente en este paralelismo falta una diferenciación importante: en el sentido de que el problema no es en el propio Banco, sino más bien en la carencia de legitimación de las instituciones propias de Gobierno de la Unión. El Tratado de Maastricht hace unos progresos; pero es muy, muy poco.

Segundo perfil de la intervención del profesor Jiménez Blanco. Estoy de acuerdo de manera completa sobre la crisis la insuficiencia de los controles, también, al interior de los Estados. La ponencia hace referencia, básicamente, a los controles jurisdiccionales. Yo creo que se puede decir algo parecido de los controles administrativos. Se hace alusión justamente a esta hipertrofia y atrofia, y esto yo creo sea un problema que se produce más o menos en todos los países europeos, es un problema que se plantea ahora en términos dramáticos. En el sentido de que, por un lado, hay varios

controles que simplemente paralizan, es decir, son una fuente de lentitudes; así entonces una fuente de legitimación de la acción administrativa, por falta de eficacia, y rapidez. Por otro lado, creo que haya, en muchos de nuestros países, una importante desconfianza en los controles administrativos clásicos, lo que quiere decir que sube la importancia de controles atípicos que se buscan, por ejemplo, confiando un papel de control a la jurisdicción administrativa, de control muy distinto de la función clásica de tutela de posiciones subjetivas. Controles que salen desde abajo, controles por parte de ciudadanos, controles por parte de minorías, controles por parte —por ejemplo— de cada Consejero de Asambleas, controles por parte de Defensores del Pueblo, que son figuras que están reproduciéndose en toda Europa ya casi, a niveles muy distintos.

En Italia conocemos ahora una experiencia casi al revés de la experiencia española, porque nos falta un Defensor del Pueblo Nacional, tenemos varios Defensores del Pueblo a nivel regional, y ahora tenemos a nivel local, es decir, que hay una proliferación de estas figuras, muy importante y muy pormenorizada.

Entonces en esta experiencia, en nuestra realidad, se puede notar algo un poquito distinto de lo que se decía con referencia a la experiencia española. Se decía aquí: cuidado con la extensión de la intervención del Defensor del Pueblo, porque aquí ya la extensión de una acción del Defensor del Pueblo frente a un Municipio supone problemas. Bueno, nuestra experiencia es la contraria; es decir, formalmente los Defensores del Pueblo regionales sólo tienen poderes frente a la Administración Regional; sin embargo, casi el 60 por 100 o más de sus intervenciones no se refieren a la Administración Regional. De hecho, se afirma una aceptación por parte de Administraciones, por un lado de las Comunidades Locales, por el otro lado de la propia Administración del Estado, de esta acción. Entonces, en principio y *a priori*, no excluiría una evolución del propio Defensor del Pueblo europeo hacia una verificación de la actuación efectiva, porque efectivamente, al ser la Comunidad Europea una cabeza sin brazos, si quiere ver cómo efectivamente se actúa, creo que tenga que llegar más abajo.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Tiene la palabra el señor Fernández Castaño.

D. EMILIO FERNANDEZ CASTAÑO  
(Director del Gabinete del Secretario de Estado  
para las Comunidades Europeas.  
Ministerio de Asuntos Exteriores)

Muchas gracias. Yo quiero agradecer al profesor Jiménez Blanco su tono deliberadamente polémico, y voy a recoger algunas de sus afirmaciones, las más estimulantes para hacer comentarios.

En primer lugar, él ha hecho una especie de catálogo de agravios en lo que él llamaba el *cahier de condoléances*, de las críticas que se suelen hacer al modelo comunitario. Sobre este punto, muy brevemente, quisiera comentar que estamos en estos momentos ante una crisis de legitimidad de la Comunidad; esta crisis de legitimidad viene probablemente suscitada porque dentro del a Comunidad prevalecen las relaciones competitivas sobre el valor añadido común que aporta la Comunidad. Es decir, cuando el Parlamento Europeo eleva su voz, generalmente lo hace polemizando con el Consejo para obtener una mayor cuota de poder, defendiendo a la Comisión para defender una cuota mayor de poder para las instituciones supranacionales; pero lo que percibe el ciudadano es una pelea institucional.

Al mismo tiempo, en los Consejos de Ministros de la Comunidad queda patente siempre la divergencia de opiniones entre las delegaciones. Por ejemplo, cuando se celebra un Consejo de Ministros de Agricultura, lo que viene subrayado por la opinión pública muchas veces es más si un Estado gana o el otro pierde, que la síntesis conjunta que produce este proceso comunitario. La Comunidad es, sin duda, un modelo peculiar en el que... —como nos recordaba ahora José María Gil-Robles— el Parlamento, por ejemplo, tiene un poder pre-

supuestario como Parlamento, muy superior a los que tienen como Parlamentos muchos Estados miembros. Nos recordaba hace pocos días en una visita a Roma el actual Ministro de Asuntos Exteriores italiano, Emilio Colombo, que ha sido varias veces Ministro de Hacienda, que una de las tradiciones, hasta hace pocos años, de la República Italiana era que el Parlamento no enmendara una sola letra del proyecto de presupuesto anual del Gobierno, porque se entendía que el presupuesto es lo que refleja la confianza política que ha recibido la mayoría parlamentaria. Como el Parlamento Europeo no respalda ninguna mayoría, actúa —digamos— como institución con objetivos propios, tiene un protagonismo en ese sentido que no se corresponde con la menor autonomía que tiene el Parlamento de los Estados miembros en materia presupuestaria.

Pero este modelo peculiar está sujeto —como muy bien ha dicho el profesor Jiménez Blanco— a muchas críticas. Probablemente lo que necesita es ser comprendido como un sistema que forman las instituciones y los Estados. Si nosotros deliberadamente al analizar la realidad de la Comunidad nos olvidamos de que se apoya en doce Estados soberanos y democráticos, lo que nos queda es muy poco democrático, pero lo cierto es que los derechos políticos fundamentales vienen todavía garantizados por los Estados.

El Tratado de la Unión Europea supone un cambio importante. El ponente nos decía al terminar, de una manera deliberadamente provocadora, que de su lectura del Tratado concluye que suben los jueces y los funcionarios nacionales, y bajan los parlamentarios y las Comunidades Autónomas y los entes locales. Como él nos invita a la polémica —yo le recojo el guante— y le contesto diciendo que no estoy de acuerdo. Precisamente, lo que inaugura el Tratado de la Unión Europea —como nos recordaba la profesora Mangas esta tarde— es que se rompe la exclusividad del Nacional y el Estado, se rompe ese modelo unidimensional y se abre una triple dimensión. Ella nos recordaba que se abre la dimensión europea, pero olvidaba la tercera, que es justamente la dimensión regional; a través, es cierto, de una incorporación modesta, a través del Comité consultivo de las regiones en el Tra-

tado. A partir del Tratado de Maastricht queda legitimado que un ciudadano por el hecho de serlo puede tener una actividad política a nivel del Estado, a nivel de Europa y a nivel de su Comunidad Autónoma o de su Región. Es verdad que el Comité de las Regiones es sólo un Comité consultivo, pero conviene no subestimar esto, porque también el Parlamento Europeo era al principio sólo un Comité consultivo. Así pues, no comparto la afirmación de que... bajen las Comunidades Autónomas y bajen los Parlamentos. Creo que la Europa de mañana será una Europa con mayor control parlamentario, aunque el precio que están pagando los parlamentarios es actuar cada vez más como si fueran funcionarios, porque están siendo obligados —y eso lo sabe muy bien José María Gil-Robles—, están siendo obligados a discutir la letra pequeña de normativas sectoriales, respondiendo a ese criterio de eficacia o a ese imperativo de eficacia de que se ha hablado aquí antes.

Pero creo —y con esto termino— que el Tratado de la Unión Europea abre, puede llegar a ser, la primera —digamos— gran norma europea que consagra esa triple legitimidad, de... el ciudadano como ciudadano europeo, ciudadano de un Estado y ciudadano de una región. Y debo subrayar que este diseño encaja muy bien con nuestro propio modelo constitucional.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Tiene la palabra, si me permite apelarle por su condición más permanente de profesor, el profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias.

#### D. GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS

*(Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*

En primer lugar, quería felicitar al ponente por el contenido de su intervención oral y de su ponencia escrita, que he tenido el gusto de leer previamente, porque ha sido el más puntual de todos nosotros, es la única ponencia que ha llega-

do a Luxemburgo, por lo menos antes de que yo saliera de allí, yo he venido con la mía en la maleta y se ha podido distribuir aquí esta tarde. Pero no sólo admiro su rapidez en la ejecución de los compromisos, sino el contenido de esta ponencia, cuyas valoraciones generales desde luego comparto; quizás porque me une con el ponente, no sólo nuestra común condición de profesores de la Universidad de Granada, sino además la fe en el futuro de Europa y las críticas a los euroescépticos.

Y desde este punto de vista simplemente querría señalar lo siguiente: así como es encomiable —me parece a mí— que en el orden académico se discuta sobre el problema real del déficit de legitimación democrática de las instituciones comunitarias, ese reproche en el orden político con frecuencia es un arma arrojadiza —como se ha puesto de relieve en la ponencia— que utilizan quienes precisamente se niegan a cualquier paso para remediar esta situación; es decir, sustitución de métodos intergubernamentales por métodos democráticos. La Comunidad es una Comunidad de Estados y de Pueblos, y la representación gubernamental es legítima en cuanto es representación de Estados democráticos, pero si se quiere hacer más transparente y más popular el sistema, naturalmente hay que incrementar lo que son sistemas genuinamente democráticos, frente a sistemas intergubernamentales. Y esto es especialmente ostensible cuando se trata de entrar en una nueva fase constituyente, de la que es un ejemplo el Tratado sobre la Unión Europea, donde naturalmente yo creo que un método constituyente llevaría a resultados probablemente más satisfactorios, y en todo caso se realizaría con una transparencia mucho mayor que el actual método intergubernamental, que precisamente además monopoliza lo que es el progreso de la constitución comunitaria.

En lo que se refiere a la parte de la ponencia relativa a los controles judiciales, quería hacer observaciones sobre tres aspectos particulares. Uno, la cuestión de la eficacia meramente declarativa de las sentencias. Comparto su apreciación, el problema de la ejecución de las sentencias no sólo es conocido en algunos Estados, sino que creo que es más grave en algunos Estados que en el ámbito comunitario. En este sen-

tido querría insistir en que —desde mi punto de vista personal, y aunque esto pueda sonar como una exageración, habida cuenta de algunas estadísticas— no hay en la Comunidad un problema de inexecución de sentencias, sino que hay un problema de incumplimiento de normas. Y me explicaré: no es un juego de palabras, sino que las sentencias que normalmente no se ejecutan son aquellas que se esperan sin ningún interés, porque ya se sabe que existe un incumplimiento. Si, por ejemplo, una directiva que debiera haber sido ejecutada en 1984 es objeto de un proceso por incumplimiento en 1989 y en 1991 el Tribunal declara el incumplimiento, declara algo que todo el mundo sabía por lo menos desde el 31 de diciembre de 1984; no hay controversia jurídica, hay unos problemas, y la sentencia, como la norma antes, no se cumple. Pero, en cambio, yo creo que, si se analizan las sentencias del Tribunal de Justicia en procesos por incumplimiento en los que realmente se pone fin a una controversia jurídica, en la que un Estado ha defendido una posición que no prospera ante el Tribunal de Justicia, creo que el grado de cumplimiento de esas sentencias es bastante satisfactorio. Y, en definitiva, esto me lleva a ser muy escéptico con respecto a la virtualidad que tiene el mecanismo sancionador previsto por el Tratado sobre la Unión Europea para eliminar incumplimientos, porque —insisto— creo que el problema no radica en el carácter no ejecutivo de las sentencias, sino en otros factores que son bastante más complejos y que a veces impiden el cumplimiento satisfactorio de las normas.

Otra cuestión sobre la que querría hacer una pequeña observación, en este caso discrepante —quizás porque se trata de la única valoración negativa que el ponente ha hecho sobre el control judicial—, se refiere a algo que el ponente ha repetido hoy y lo ha escrito además en su ponencia: ha hablado de la obturación —si no recuerdo mal— jurisprudencial de la legitimación para recurrir. No comparto esa valoración y creo que hay que tener en cuenta, por una parte, que la exigencia de la afectación directa e individual no es una exigencia jurisprudencial, sino que es una exigencia del Tratado; en segundo lugar, creo que el Tribunal de Justicia ha modulado en todo lo posible la exigencia de afectación individual. Esta modulación es especialmente perceptible en un sector un

poco esotérico —aunque yo soy culpable de que el profesor Jiménez Blanco vaya a ocuparse un poco más de él— que es el sector *antidumping*. En materia *antidumping* se ha elaborado de modo por lo menos incipiente la teoría del acto reglamentario que, sin perder su naturaleza reglamentaria, puede afectar individualmente a determinados sujetos. También hay una sentencia, *Extramet*, en la que realmente el Tribunal ha hecho tremendos ejercicios de afinación para reconocer la legitimación, en función de circunstancias particulares, a alguien que de acuerdo con la jurisprudencia tradicional y con la interpretación literal del Tratado no estaría legitimado.

Pero es verdad que quizás puede sorprender, y a veces se señala, que el Tribunal, que tanta imaginación y tanta creatividad despliega en otros terrenos, no haya desplegado el mismo grado de imaginación para superar el problema de la afectación directa e individual, y es que creo que hay algo que lo explica; en definitiva, ésta es una norma que determina la competencia del propio Tribunal de Justicia. Entonces, no es lo mismo desarrollar creatividad jurisprudencial sobre la base de los procesos en los que indudablemente se es competente, que desarrollar una creatividad jurisprudencial para extender el campo de la propia competencia. Creo que esto, por ejemplo, puede ser un factor que explica la primera de las sentencias relativas a la legitimación del Parlamento Europeo —que, sin embargo, después fue corregida—, en la que se había afirmado expresamente que los textos no permitían al Tribunal de Justicia reconocer la legitimación del Parlamento Europeo; después, año y medio más tarde, consideró que los textos —que no habían variado— sí le permitían reconocer una legitimación limitada. Pero creo que es un factor que explica la prudencia del Tribunal en este campo, es una cuestión de competencias.

Y, finalmente, una observación en lo que se refiere a la tutela judicial efectiva. Sólo querría resaltar que el Tribunal ha consagrado determinadas exigencias en materia de tutela cautelar como elemento integrante de la tutela judicial efectiva no solamente frente al Derecho interno (sentencia *Factortame*), sino también, como es conocido, frente al Derecho comunitario; es decir, después de *Factortame*, ha venido la

sentencia Zuckerfabrik, en la que uno de los argumentos enfatizados por el Tribunal de Justicia es que la protección, la tutela cautelar, de imponerse con la misma exigencia frente a las leyes internas o frente al Derecho comunitario. Y en este sentido, el Tribunal incluso ha abierto una limitada excepción a su propia jurisprudencia, en la que afirma su propio monopolio del control incluso incidental de validez de los actos. Son éstas algunas observaciones que me ha sugerido la interesante ponencia.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Como estamos un poco alcanzados de hora, y tengo dos intervenciones que restan, si pudieran ser breves, podría el profesor Jiménez Blanco intervenir para cerrar.

#### D. PATRIK DAILLIER

*(Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de París X-Nanterre)*

Je voudrais simplement prendre position sur le critère du champ de compétences du médiateur, tel qu'il a été proposé par l'orateur principal un critère matériel. Je crains les dangers d'une démarche fondée sur un critère matériel, dans la situation actuelle.

Nous sommes face à un problème classique de Science Administrative: un nouvel organe apparaît, qui va apparaître comme un concurrent à d'autres organes preexistants. La tentation naturelle, si on utilise un critère matériel, sera de procéder par élimination. Seul entrera dans le champ de compétences du médiateur ce qui n'entre pas dans le champ de compétences des autres organes existants. Et on a une trace, dans le traité de Maastricht, de cette démarche. Cela ne répondrait pas à l'attente politique, et à celle de l'opinion publique, qui cherche, non pas à combler un vide organique, mais à ce que l'Administration fonctionne autrement.

Je suggère donc que le critère qui serait opportun et qu'il faudrait essayer de préciser, est un critère finaliste. Et le seul élément, la seule base pour élaborer ce critère de la compétence du médiateur, c'est le terme «mal-administration». Il faut donc voir quel serait le type inédit de démarche administrative, de démarche de contrôle, qui se cacherait derrière ce mot «mal-administration» ou «mésadministration».

Ce qui permettrait de résoudre plus aisément les problèmes de chevauchement de compétences, avec les Commissions d'Enquête Parlementaires, avec les systèmes des pétitions, car le médiateur est un homme, il a une indépendance il n'a donc pas les mêmes moyens de fonctionner, ni les mêmes objectifs qu'un organe collégial, politique, comme peut l'être une Commission d'Enquête Parlementaire. Donc, je serais tenté d'inviter la Doctrine et les praticiens à essayer de trouver, dans les pratiques nationales de médiateur, l'originalité de leur démarche, et d'essayer de la transposer au niveau européen, même si toutes les expériences nationales ne sont pas strictement comparables. Ce serait une meilleure manière de démarrer le travail de coordination entre le niveau communautaire et les niveaux nationaux. Je vous remercie de votre attention.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Muchas gracias. Tiene la palabra el señor Rovira Viñas.

D. ANTONIO ROVIRA VIÑAS  
(Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo)

En primer lugar, creo que la prefiguración del Defensor del Pueblo comunitario es proporcional a la realidad de la comunidad actual, de manera que cualquier ampliación de las competencias previstas hasta ahora para este Defensor sería desproporcionada respecto a lo que es la comunidad. Eso no quiere decir —como ya ha mencionado el profesor Vandelli— que en el proceso de Unión comunitaria el propio Defensor

no vaya a asumir tantas o más funciones en proporción a las que pueda ir asumiendo la propia Unión, pero creo que habría una cierta desproporción si ya en el punto de partida el Defensor del Pueblo Europeo pudiera controlar a todas las administraciones.

En segundo lugar, me gustaría hacer algunas reflexiones sobre lo que se ha dicho en las dos sesiones. Lo que cabe deducir de las intervenciones es que todo se discute en torno a un modelo final y este modelo final parece que es confederal, federal, medio federal, medio confederal o se proponen nuevas denominaciones. Sin embargo, lo primero que cabría preguntarse es si este modelo final debe ser necesariamente un Estado o no. Yo no lo tengo tan claro. Es posible que sí, pero es posible que no. Y es posible que no porque la realidad estatal está cambiando. Se habla de soberanía y yo no creo que a los Estados europeos actuales podamos calificarlos sin más de soberanos. Hay supremacía pero no soberanía. El concepto de soberanía es un concepto superado. También se ha hablado de trasladar soberanía a la Comunidad Económica Europea, pero esto es imposible, pues la soberanía es unitaria, se tiene o no se tiene. Es posible que en un momento histórico haya un cambio cualitativo llegando a constituir un Estado federal. Como ha señalado el Diputado Gil-Robles, en el momento en que se elevara una Constitución europea por encima de las Constituciones de estos Estados nacionales dejarían de estar supeditadas a esta nueva realidad, pues entonces estaríamos en un nuevo Estado. Pero no tengo muy claro que esto sea así, al menos en un plazo relativamente corto de tiempo.

Si vemos los tres elementos que han identificado el Estado tradicional comprobamos que en los Estados europeos están desapareciendo. Si hablamos de territorio, vemos cómo se van eliminando las fronteras. Respecto a la población, en la ponencia anterior se ha hablado ya de una ciudadanía europea. Es verdad que los Estados nacionales son los que dan la nacionalidad a los miembros de cada Estado y ello supone que si somos miembros de un Estado de la Unión Europea también somos ciudadanos comunitarios, en los Estados tradicionales no era concebible que un extranjero disfrutara de

unos derechos exclusivos de los nacionales, y ahora sí, como es el caso del derecho a voto. Y ya he hablado de la disolución del tercer elemento, que es el de la soberanía.

Creo sinceramente, y para terminar, que hacia Europa a muchos Estados miembros no los atrae la luz de la unidad, sino que es una sombra lo que los empuja a esta unidad, y como lo que nos empuja es una sombra avanzaremos en función de su intensidad.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Moderador)

Muchas gracias. Profesor Jiménez-Blanco.

D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO

(Ponente)

Con brevedad y para concluir. Empiezo con estas últimas observaciones, para agradecerse las a Luciano Vandelli. Es verdad que las Administraciones independientes de los Estados miembros se encuadran en un contexto en el que al final hay una legitimación democrática, y la misma no existe, al menos en idéntica medida, en las instituciones europeas.

Ha dicho Emilio Fernández Castaño que en el Parlamento de Italia *de facto* no se enmiendan ni se discuten los presupuestos desde hace algún tiempo. La verdad es que el «modelo» italiano de gasto público no es ninguna cosa para estar orgullosos. Las famosas coaliciones terminan por sustraer los temas del debate público y al final se acaba por caer en la misma opacidad que se denuncia al hilo de las Administraciones independientes.

También ha hablado Fernández Castaño de la dimisión regional, que, a mi juicio, si existe no es porque una norma la «crea».

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

No, la norma reconoce una realidad.

D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO  
(Ponente)

En efecto, así es. Baviera no ha esperado, para tener su representación en Europa, a que ningún legislador le diera permiso.

Alguna puntualización sobre lo que ha dicho mi colega de Granada el profesor Rodríguez Iglesias. Cuando he hablado de «obturación jurisprudencial» y de «restricciones en los criterios de legislación» no estoy echando todas las culpas sobre el Tribunal. Es claro que los Tratados son poco generosos. Lo que he querido es poner de manifiesto que aquí las instituciones comunitarias sí que andan un poco rezagadas con relación a la amplitud con que las jurisdicciones contencioso-administrativas aplican los conceptos de «interés legítimo» o análogos.

Nuestro colega francés tiene razón. No se puede disociar la Administración comunitaria de las nacionales, que son las que en su casi integridad aplican el Derecho europeo. Lo que ocurre es que si ya nuestro Estado y nuestras Comunidades Autónomas muy difícilmente pueden entrar a controlar a las Entidades locales (carentes no ya de soberanía, sino de todo lo que no sea mera «autonomía administrativa»), qué no decir cuando se busque un esquema de control comunitario de las Administraciones nacionales. En seguida empezarían a verse injerencias inadmisibles.

Los temas planteados por Luciano Parejo, sobre la cultura jurídica tradicional, y por José María Gil-Robles, acerca de si el «pueblo» europeo existe o no, son muy interesantes y del todo insolubles.

Al respecto del tema de los poderes del Juez, sobre todo tras las sentencias Factortame y Zuckerfabrik, quiero señalar

que el libre arbitrio del Juez, que es una conquista histórica frente al legalismo de comienzos del siglo XIX, merece ser en todo caso preservado. El mantenimiento del libre arbitrio judicial no ya frente a su legislador, sino al respecto del Tribunal de Luxemburgo, es algo de toda relevancia, y me parece que así debe interpretarse la jurisprudencia.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*(Moderador)*

Bueno, les esperamos a todos mañana.



PONENCIA III

EL ESTATUTO DEL DEFENSOR  
DEL PUEBLO \*

IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA

---

\* El presente texto ha sido redactado a partir de la transcripción mecanográfica de las cintas magnetofónicas grabadas durante la intervención oral del ponente. La Comisión Mixta que dirige la Cátedra «Joaquín Ruiz-Giménez» de estudios sobre el *Ombudsman* pide disculpas por adelantado por los errores de interpretación en que se hubiera podido incurrir al seguir este procedimiento, indicando expresamente que no serían responsabilidad del ponente.



## I. INTRODUCCION

La ponencia que me corresponde desarrollar en estas jornadas tiene por objeto colaborar en la reflexión abierta en este momento sobre cuál debe ser el régimen jurídico de la institución creada por el Tratado de la Unión Europea en sus artículos 8C y 138E, analizando las variantes que se barajan para la concreción de su posición en el organigrama europeo.

En la actualidad, el Defensor del Pueblo europeo está *in fieri*. Sobre la base de la configuración básica efectuada por el Tratado de la Unión, el Parlamento Europeo trabaja sobre las distintas alternativas posibles para su regulación.

Por ello, trataré de evitar todo planteamiento sistematizador o académico, en su sentido más tradicional, para limitarme a señalar los aspectos que, a mi parecer, son más significativos, bien sea por su novedad, bien por las dificultades de desarrollo normativo o de eficacia práctica que conlleva la introducción del Defensor del Pueblo en el esquema institucional de la Comunidad, tan atípico desde la óptica del constitucionalismo más clásico. El propósito, pues, no es otro que suscitar la reflexión y el coloquio posterior.

Para responder debidamente a la concreta tarea que se ha encomendado a esta ponencia, sin desviar el análisis con unas previas consideraciones sobre la conveniencia de la introducción de la figura en el ámbito comunitario, ni terciar en la controversia que inevitablemente se plantea siempre que se alude a una institución que, si constituye ya un nuevo factor clásico que la necesidad ha introducido en un esquema institu-

cional cuya eficacia ha sido sobrepasada en una sociedad en evolución constante, sigue siendo objeto de debate, tanto en los ordenamientos —cada vez más numerosos— en los que ya se ha introducido, como en aquellos otros que no han sumado esta institución a los restantes aparatos de control de la actividad de los poderes públicos.

Se va a partir, por tanto, del hecho cierto y consumado de que en cuanto entre en vigor el Tratado de la Unión Europea, una vez concluido el azaroso proceso de ratificación en que se encuentra, deberá ponerse en inmediato funcionamiento la institución del Defensor del Pueblo comunitario, a cuyo efecto es preciso resolver previamente muy numerosas cuestiones.

## II. LA SITUACION DE PARTIDA DEL DEFENSOR EN EL ENTRAMADO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Se hace imprescindible señalar que, junto a los tópicos pros y contras con los que suele pormenorizarse sobre la utilidad del *Ombudsman*, en cuya consideración, como ha quedado dicho, no nos vamos a detener, en el concreto caso del Defensor del Pueblo, se añaden algunos rasgos especiales que podrían acentuar el debate y que, cuando menos, complican su efectiva puesta en funcionamiento.

Por una parte, a diferencia de lo que ocurre con otras innovaciones propiciadas por el Tratado de la Unión Europea: incremento de los poderes del Parlamento Europeo, del Tribunal de Justicia, mayor control de la Comisión, elevación del Tribunal de Cuentas al rango de institución comunitaria, creación de un Comité de las Regiones de carácter consultivo, etc., la incorporación de un Defensor del Pueblo no se encuentra entre las demandas largamente solicitadas y esperadas por aquellas instancias comunitarias que, favorables a un más rápido progreso de la unión política europea, han considerado parcialmente defraudadas sus esperanzas con el texto de un Tratado que no recoge todas las innovaciones sugeridas a tal fin.

Basta con repasar los documentos del Parlamento Europeo para comprobar que no sólo no se ha otorgado especial relieve a la solicitud de un Defensor Cívico Europeo entre las extensas propuestas de modificación de los Tratados elaboradas con motivo de las conferencias intergubernamentales, sino que, incluso, la posición de la Cámara ha sido más bien de una prudente reserva basada en el comprensible recelo de que su establecimiento pudiese mermar aún más las restringidas capacidades parlamentarias con una desvaloración de la competencia que el Parlamento tiene conferida para la tramitación de las quejas y peticiones de los ciudadanos a través de su Comisión de Peticiones.

Tendremos la ocasión de volver más adelante sobre ello, pero debe añadirse aquí, para remitir también el examen del asunto a un momento posterior, que la posibilidad de interferencia con otros organismos no se agota en el estricto ámbito comunitario, dado que de igual modo se plantean indeterminaciones y problemas en la conexión del Defensor del Pueblo europeo con las instituciones que realizan tareas similares en el interior de los respectivos Estados miembros, hasta el punto de que —como luego se verá— en los borradores previos se ha planteado la fórmula alternativa de generalizar un sistema de Defensores nacionales, vigilantes al tiempo del respeto de los derechos comunitarios por las autoridades nacionales y por las comunitarias.

Por otro lado, y al margen de las expectativas más o menos favorables que haya podido despertar el Defensor, no cabe negar que nace en un marco particularmente difícil para su funcionamiento. En primer lugar, porque su inserción no se produce en el cuadro típico de la división de poderes, que ordinariamente se ha considerado condición necesaria para la incorporación de un *Ombudsman*, sino en el especialísimo esquema orgánico resultante del proceso evolutivo de agregación de soberanías que pretende la Comunidad Europea.

En segundo término, porque tampoco dispone de puntos seguros de referencia para desarrollar su actuación, dado que quien ha de ejercer, por definición, como Defensor de los derechos de los ciudadanos ante el funcionamiento de una avasalladora maquinaria administrativa no dispone en este caso

ni de un catálogo preciso de derechos a defender, ni se enfrenta a un poderoso aparato gestor que está cotidianamente afectando, directa y singularmente, situaciones subjetivas de los ciudadanos, dadas las peculiaridades de la acción administrativa en el seno de la Comunidad.

Nacido entonces sin particulares entusiasmos y con un encuadre, cuando menos, incómodo, el Defensor corre riesgos evidentes que incrementan las conocidas dificultades habituales en la construcción jurídica de los órganos auxiliares. De no solventarlos debidamente, lo que en principio está pensado como un instrumento complementario, útil para la defensa del ciudadano y el control del poder —un poder que como consecuencia de la agregación de estructuras cada vez se le muestra más lejano, con el rostro menos definido y sometido, tanto en el terreno parlamentario como en el judicial, a controles inferiores a los que considera cotidianos en el ordenamiento interno de su propio país, con ser éstos ya de por sí discutiblemente suficientes—, puede acabar resultando un elemento perturbador del conjunto de los controles, o, sin llegar a ello, pero más grave aún en sus efectos, puede convertirse en un adorno que añadiría redundancia e ineficacia en un panorama que, como se ha acreditado en los últimos meses con motivo de la ratificación del Tratado de la Unión Europea por los países miembros, está ya suficientemente sobrado de incertidumbres, reservas y escepticismos, como para experimentar y distraer con fachadas de cartón, más o menos llamativas, en el lugar en el que urge construir edificios.

De estas apreciaciones cabe extraer una primera e importante conclusión. Una vez establecida la institución en el Tratado de Unión Europea, y sobre la base de los criterios generales con los que el Tratado ha prefijado el modelo de *Ombudsman* actualmente realizable en la Comunidad, la normativa que inmediatamente ha de desarrollar los rasgos concretos de la misma para ponerla en condiciones de funcionar ha de definir de la forma más precisa y comprometida posible la estructura, las funciones, la posición, las relaciones y los límites de la figura, dejando el menor margen a la ambigüedad, y con ella al conflicto, la duda y la disfunción. Han de aislarse, por tanto, todas las cuestiones que es preciso aclarar y re-

solver, y concretar para las mismas, de forma resuelta, las respuestas que se consideren más oportunas.

Cabe adelantar también que si, como acaba de comprobarse, la especialidad de la construcción europea añade complejidades a la puesta en marcha de un Defensor de alcance comunitario, no es menos cierto que igualmente proporciona singulares expectativas de signo expansivo, que también deben ser valoradas con detenimiento a la hora de perfilar los contornos de su actividad.

Por resumir ahora la cuestión en unas pocas líneas, bastará con explicar que al Defensor del Pueblo podría asignársele en Europa una actividad de doble vertiente. Junto a la imagen más limitada y ajustada a los cánones convencionales de herramienta añadida para que el ciudadano haga respetar los derechos de que es titular por razón de los Tratados y del Derecho derivado, intensificándose así el control y las responsabilidades de las instituciones comunitarias, cabría un segundo enfoque del Defensor como elemento de dinamización del proceso de construcción europea.

Algo de eso se produce, inevitablemente, en todo caso por su simple aparición en la escena europea. En la medida en que el *Ombudsman* parece haber entrado a formar parte de los contenidos indispensables del constitucionalismo contemporáneo, su acogida a nivel comunitario puede considerarse como un paso simbólico en el camino hacia la constitucionalización de la Unión Europea.

Más aún, con el ejercicio de sus funciones el Defensor puede contribuir a la conformación de una sensibilidad europea más acentuada, haciendo más visibles y acercando a los ciudadanos los complejos procedimientos de la Comunidad, poniendo de manifiesto la existencia de los problemas reales en la aplicación del Derecho comunitario y mejorando el conocimiento y la confianza en el funcionamiento de sus instituciones.

Pero este papel podría extenderse todavía más allá a tenor de las competencias concretas que, finalmente, se le asignen. Así ocurrirá, por ejemplo, si al Defensor le es permitido, al hilo de su posición garante de la ciudadanía de la Unión,

apelar, en abstracto, a los derechos humanos como fundamento de su actuación fiscalizadora, recorriendo así al lado de los ciudadanos el largo camino que resta para la concreción de los derechos y libertades del ciudadano europeo.

O también si, convertido en un vigilante objetivo de la legalidad, se le faculta para denunciar inercias e intereses creados en el seno de las instituciones, o para perseguir omisiones que impidan el más amplio desarrollo de los Tratados, o si, finalmente, se le atribuyen facultades concretas para resolver por sí o plantear ante las instituciones de la Comunidad las violaciones que haya podido conocer en el interior de los Estados miembros.

### III. EL MODELO DE *OMBUDSMAN* CONFIGURADO POR EL TRATADO

Definidos ya los dos grandes polos en torno a los cuales se puede articular el régimen jurídico del Defensor del Pueblo, corresponde analizar el modelo por el que parece haber optado el Tratado y las perspectivas que pueden operarse para su concreción, así como los problemas que ésta, sin duda, ocasionará.

#### 1. LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 138E

Es interesante recordar, en cuanto a los modelos posibles y al efectivamente elegido, algo no por sabido menos importante, como es el proceso a través del cual se ha ido elaborando el texto de lo que finalmente ha llegado a ser el artículo 138E del Tratado de la Unión.

El reconocimiento de la figura del Defensor del Pueblo ha ido abriéndose paso poco a poco en el proceso de trabajo de las conferencias intergubernamentales y, en concreto, en el de la Conferencia sobre la Unión Política, sin que el Parlamento Europeo haya mostrado un particular entusiasmo hacia tal reconocimiento y como consecuencia no de propuestas nacidas del Parlamento Europeo —como otras posibles incor-

poraciones que están en el Tratado—, sino de las partes intervinientes en el proceso de negociación en la Conferencia, concretamente, como es sabido, de la parte española.

Este es un primer dato a considerar: efectivamente, el Parlamento Europeo no ha incluido en sus grandes resoluciones sobre el proceso de negociación de los Tratados referencias particularmente significativas al Defensor.

Recuérdese lo que fue el primer texto español para el reconocimiento del Defensor del Pueblo, la propuesta sobre la ciudadanía, que contenía una serie de artículos, entre los cuales el siguiente: «Se designará en cada Estado miembro un mediador que tendrá la misión de asistir a los ciudadanos de la Unión en la defensa de los derechos reconocidos en su favor por el presente Tratado ante las autoridades administrativas de la Unión y de sus Estados miembros, así como de hacer valer tales derechos ante las instancias judiciales, por sí mismo o en apoyo de los interesados. Los mediadores tendrán, asimismo, la misión de hacer accesible a los ciudadanos comunitarios una información clara y completa de sus derechos y de los medios para hacerlos valer. Los mediadores someterán un informe anual al Parlamento Europeo.»

Este es el primer modelo que está en la propuesta española en el proceso de desarrollo de la Conferencia Intergubernamental. Está claro que la propuesta se encamina, inicialmente, no hacia un Defensor del Pueblo de la Comunidad, sino a una generalización del proceso de Defensores nacionales con competencia para vigilar, en el ámbito de cada uno de los Estados miembros, el respeto del Derecho comunitario por parte de las instituciones y, en particular, de la Administración.

Esta fórmula, original sin duda, sobre todo vista desde la perspectiva del cuadro de fuentes del Derecho comunitario, suscitaba reservas en el propio proponente. Las reservas eran tantas que incluía notas a pie de página en las que decía que, como alternativas, se podría contar con dos posibilidades: la de crear un *Ombudsman* europeo como órgano comunitario «independiente» o «vinculado al Parlamento Europeo», o completar la actuación de los mediadores nacionales con un

*Ombudsman* que actuaría a nivel europeo. Dos ideas también extraordinariamente sugerentes, sobre todo la segunda, en la medida en que no responde a lo que finalmente se ha hecho. Adviértase que utilizaba textualmente esta expresión: «completar la actuación de los mediadores nacionales con un *Ombudsman* que actuaría a nivel europeo».

Desde la cumbre de Roma la Comisión se hace eco del texto español, con alguna matización de terminología; cada uno de los Estados miembros creará, al menos, un órgano nacional que podrá revestir la forma de órgano de mediación. En el famoso *non paper* que distribuyó la Presidencia luxemburguesa en abril de 1991 estaba ya asumida la institución (art. 137C) prácticamente en los términos que hoy conocemos; es decir, el artículo 138E, con algunas ausencias, pero básicamente en los mismos términos.

Interesa recordar que la principal novedad del artículo 138E, respecto a lo que fue el texto que presentó Luxemburgo inicialmente, es la inclusión de las previsiones sobre el procedimiento de actuación del Defensor. No había ninguna referencia al respecto en el papel inicial luxemburgués. Se introduce con posterioridad y, en todo caso, en la cumbre de Dublín ya está así. Es en la segunda propuesta luxemburguesa donde se encuentra ya definitivamente el texto que hoy conocemos como artículo 138E y que Maastricht se limita, en su momento, a ratificar, como prácticamente todo lo que fue la declaración sobre la ciudadanía, ya vista en Dublín, con algunas mínimas consideraciones de matiz.

## 2. RASGOS BÁSICOS DEL DEFENSOR

Es en el artículo 138E donde aparecen los rasgos básicos de la nueva institución, pero también, y no debe olvidarse, en otros artículos: en el 8D del Tratado y, en todo caso, en los correspondientes artículos de los Tratados CECA y EURATOM, en la medida en que no se ha consumado el proceso de unificación de los Tratados.

Frente al contenido de los modelos de los borradores, y desde luego frente al primer modelo del borrador español,

nos encontramos con un único Defensor para toda la Comunidad, unipersonal, no político y complementario de otros organismos protectores como la Comisión de Peticiones del Parlamento y, en líneas generales, con una conformación a lo que los especialistas suelen llamar el modelo nórdico: hombre independiente, elegido por el Parlamento, de fácil acceso, procedimiento gratuito para el público, con amplios poderes de supervisión, que hace públicas sus investigaciones, etcétera.

No creo que sea necesario el análisis de cada uno de los detalles de este modelo. Sin embargo, existen dos aspectos en él que, a mi modo de ver, son extraordinariamente significativos.

En primer lugar, frente al planteamiento general de la cuestión por parte del Parlamento Europeo se opta por una figura al margen del Parlamento. En otras palabras, se opta no por reforzar a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, ni siquiera en el momento en el que, además, el Tratado incorpora también como pretendida importante novedad la utilización de comisiones de investigación de carácter temporal al efecto de que puedan estudiarse casos de mala administración, utilizando prácticamente la misma expresión que se utiliza para el Defensor del Pueblo: mala administración y violación de las normas del Derecho comunitario.

En el mismo momento en el que, entre los derechos que componen el Estatuto de la ciudadanía, se reconoce y se eleva al rango de derecho fundamental en los Tratados el derecho de petición, y en el que se reconoce también como instrumento de trabajo, frente a los casos de mala administración, la posibilidad de crear comisiones de investigación, se establece la figura del Defensor del Pueblo.

Y el segundo dato, íntimamente ligado con éste, es que tal establecimiento de la figura del Defensor del Pueblo se hace vinculándolo directamente al funcionamiento del Parlamento, hasta el punto de que, si nos fijamos en lo que es la sistemática, el lugar exacto donde los legisladores han querido colocar la previsión del Defensor europeo está, por un lado (art. 8D), en la ciudadanía, y, además, expresado en los términos del «derecho del ciudadano al acceso a...». Es decir,

como uno de los derechos que componen ese Estatuto de ciudadanía. En segundo lugar (art. 138E), no en una sección diferente a lo que puede ser la regulación de otras instituciones de la Comunidad, sino incluido en lo que se consideran propiamente instituciones de la Comunidad: Consejo, Comisión, Parlamento, Tribunal, etc. Y ahí no aparece el Defensor del Pueblo con sustantividad propia, sino en uno de los artículos correspondientes a la regulación del Parlamento, como un elemento más al lado de la regulación de las sesiones del Parlamento, las mayorías, la Comisión de Peticiones, las comisiones de investigación...; es decir, las normas del Tratado relativas al Parlamento.

Por último, cabe señalar que en los dos momentos en los que el Tratado reconoce la figura del Defensor (arts. 8D y 138E) lo hace de forma indirecta. En ningún caso se dice: «Se crea el Defensor del Pueblo» o «existirá un Defensor del Pueblo», sino que la expresión es «los ciudadanos tienen derecho de acceso a...» o «un Defensor del Pueblo facultado para recibir reclamaciones...».

#### IV. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTICULO 138E

Lo que resta hacer es, ni más ni menos, el trabajo de desarrollar el régimen jurídico de esta nueva institución sobre la base del modelo establecido en el Tratado.

Analizar tal desarrollo y sus eventuales alternativas y, sobre todo, sus puntos más conflictivos, no consiste ya en un puro ejercicio de especulación intelectual, ya que se dispone de documentos y documentos importantes.

En concreto, el Parlamento Europeo encargó inmediatamente a la Comisión de Asuntos Institucionales que preparase un borrador de norma del Estatuto del Defensor del Pueblo. La señora Bindi, ponente designada por la Comisión, presentó inicialmente un informe y luego el correspondiente borrador de Reglamento. Este borrador de Reglamento, si yo no estoy mal informado, en principio, y una vez estudiado a primeros de octubre por la Comisión, estaba incluido en el or-

den del día de la última sesión del Parlamento Europeo, pero a petición de un grupo parlamentario se aplazó el debate. A pesar de ello, y dependiendo del calendario de ratificaciones de Maastricht, está próximo el momento en que podamos disponer del Reglamento que va a regular el Estatuto del Defensor del Pueblo.

En este proceso de elaboración del Reglamento interesa destacar que han intervenido también otras comisiones, elaborándose los pertinentes informes. En concreto, la Comisión de Peticiones, en mayo de 1992, y la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Institucionales, en junio de 1992, emitieron los que además tienen la peculiaridad de haber estado preparados por parlamentarios españoles.

Por último, está en tramitación, igualmente, la indispensable reforma del Reglamento del Parlamento Europeo, como consecuencia de las modificaciones que en su funcionamiento, e incluso en sus propias funciones, ha introducido el Tratado de Maastricht. Todos ellos son elementos más que indicativos para que se pueda hacer el análisis de los aspectos más problemáticos de lo que previsiblemente será el Estatuto.

A mi modo de ver, y con la única pretensión de ordenar el debate posterior, podríamos reunir estos aspectos en cuatro grandes apartados. En primer lugar, tendríamos el problema de las fuentes: cuáles han de ser las normas que desarrollen el régimen jurídico del Defensor y cuál debe ser el contenido de cada una de ellas.

En segundo lugar, aparecerían las cuestiones relativas al estatuto personal, perfil, nombramiento, cese, mecanismos para el desarrollo de su labor, efectos de su tarea investigadora. Todos estos puntos no parece que vayan a plantear problemas especiales, ya que su regulación es bastante homogénea y suficientemente conocida en la mayoría de las leyes de los *Ombudsman* de los Estados miembros.

El tercer aspecto, mucho más arduo y donde posiblemente esté lo que puede ser el futuro de la institución, se refiere a las funciones que se encomienden al Defensor. Para concluir, e íntimamente ligado a este factor, su posición en el conjunto de las instituciones comunitarias, en especial las que tie-

nen funciones similares, fundamentalmente en el Parlamento, sin olvidar, por otro lado, su posible relación con los órganos de similar naturaleza en cada uno de los países miembros.

## 1. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

En este terreno hay que señalar que, de acuerdo con el artículo 138 y la previsión contenida en su último párrafo, la regulación del Defensor del Pueblo y de las condiciones generales de su funcionamiento será establecida por el Parlamento, previo dictamen de la Comisión, y con la aprobación del Consejo por mayoría cualificada (en el papel inicial de Luxemburgo decía «por unanimidad»). Este constituirá el primer instrumento normativo, el más importante al parecer, pero no el único, ya que es necesaria, al menos, la reforma del Reglamento del Parlamento.

En tercer lugar, muy lateral si se quiere, pero que igualmente queda afectado, el Reglamento de Funcionamiento Interno del Tribunal de Justicia, en la medida en que —como señala el art. 138— en el supuesto de cese, de destitución del Defensor, y una vez que éste ha sido estudiado por el Parlamento, interviene el Tribunal de Justicia, que es el que tiene la decisión definitiva.

Por otro lado, no creo que sea muy aventurado prever, por lo menos en el futuro, dos conjuntos normativos más: de una parte, las inevitables normas de desarrollo de organización y funcionamiento que se harán necesarias inmediatamente y que en los borradores que en este momento se están barajando en el propio Parlamento Europeo efectivamente están previstas. De otra, eventualmente y con la forma que sea pertinente —no sé si habría que hablar de una norma estrictamente comunitaria o de un acuerdo de carácter general establecido a través de los cauces normales—, una norma de coordinación del Defensor del Pueblo europeo con los Defensores del Pueblo nacionales.

No me voy a detener particularmente en los problemas concretos que plantea cada una de estas normas: mayorías ne-

cesarias, acuerdos entre instituciones, atipicidad del Estatuto en el cuadro de normas comunitarias, etc. Destacaría únicamente la dificultad de trazar el límite de dónde termina lo que es el Estatuto que tiene que ser aprobado por el Parlamento, con Comisión y Consejo, y dónde empieza el límite del Reglamento parlamentario para cuya aprobación sólo el propio Parlamento interviene, y con mayorías distintas a las que en principio están previstas para la aprobación del Estatuto, que, al no preverse otra cosa, por lo menos, yo entiendo que sería la ordinaria del artículo 141 del Tratado.

No es cuestión baladí, porque en este momento hay contradicciones en los textos del borrador de la reforma reglamentaria y del borrador del Estatuto. En principio, el Reglamento parlamentario debería ceñirse exclusivamente a la regulación de lo que internamente es la relación del Defensor con la institución parlamentaria, y el Estatuto del Defensor del Pueblo no debería entrar en lo que es el funcionamiento de la institución parlamentaria, y tanto un borrador como otro van más allá de su propio ámbito.

En todo caso, lo cierto es que, en la medida en que una de las materias que tiene que estar recogida en la reforma del Reglamento parlamentario es el procedimiento a seguir en cuanto al nombramiento del Defensor, no basta con la aprobación del Estatuto previsto en el párrafo 4 del artículo 138E del Tratado, frente a lo que en alguna ocasión he leído en alguno de los documentos. Para que pueda ponerse en marcha son necesarias dos aprobaciones: la del Estatuto y la de las modificaciones de la normativa interna del Parlamento Europeo.

## 2. LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR

En cuanto a las funciones del Defensor del Pueblo, tal y como están en la letra del Tratado de Unión Europea, hay que señalar que tienen un ámbito restringido en la medida en que actúa frente a los supuestos de mala administración de cualquier órgano comunitario. Queda a su interpretación el alcance exacto de estos términos, salvo que la norma estatuta-

ria —y en los borradores existentes hasta el momento no es así— opte por un sistema de lista, que además tampoco parece fácil de elaborar.

Estamos, pues, en el ámbito estricto de la Comunidad, es decir, el Defensor del Pueblo actuando frente a la Administración de los órganos e instituciones comunitarias. Tal definición lleva a una extensa tarea, contemplándolo desde el lado subjetivo, porque el Tratado se ha preocupado de decir «todas las instituciones y órganos comunitarios» y esta expresión no tiene excepciones de carácter subjetivo, cualquiera que sea la justificación que lleve a que determinadas instituciones estén exentas de otros controles. Hay una limitación explícita, claro está, la que se establece para la actividad estrictamente jurisdiccional del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.

Pero lo que parece amplio, contemplado desde el punto de vista subjetivo, empieza a reducirse desde la perspectiva del tipo de actuaciones susceptibles de reclamación. Primero, por la indefinición de los actos comunitarios. Esta más que conocida indefinición lleva a confusiones evidentes entre las funciones respectivas de las instituciones comunitarias que se pronuncian indistintamente sobre cuestiones legislativas o ejecutivas. Y en segundo lugar, por el carácter reducido de una Administración, la comunitaria, que ordinariamente canaliza su relación con el administrado a través de la de cada país, reservándose la coordinación y la vigilancia de la correcta aplicación de sus normas, por lo que las actividades concretas de gestión, salvo excepciones, son muy limitadas.

Quiere decirse que en el interior de la Comunidad hay problemas serios para encontrar una función estricta para el Defensor del Pueblo, y tal dificultad todavía se hace mayor si valoramos que no existe un código de derechos que puede jugar como punto de referencia en la actuación del propio Defensor.

En la medida en que, en el ámbito estricto del control de la actuación de las instituciones puramente comunitarias, las capacidades de acción del Defensor pueden estar muy reducidas, su actuación podrá proyectarse hacia el exterior y en la medida en que las administraciones nacionales son autorida-

des comunitarias cuando realizan actividades de desarrollo del Derecho comunitario, el Defensor podría entrar en el control, vigilancia y supervisión de aquellos actos de las autoridades nacionales que pongan en cuestión los principios de la Comunidad. Podría ocurrir, pues, y los precedentes incluso podrían invitar a ello, que se produjera una ampliación en este sentido.

A mi modo de ver, hay que vencer una tentación de estas características, buscando el sitio exacto del Defensor del Pueblo en el interior de la Comunidad. Para ello es necesario, entre otras cosas, que los puntos de partida estén claros. Quizás se puedan señalar dos: concepto extensivo de actuación administrativa a los efectos de valoración de casos de mala administración, incluyendo omisiones, actos discrecionales, normas, relaciones de sujeción especial con determinados agentes, etc., e interpretación extensiva de los parámetros de referencia en los que el Defensor se puede apoyar a la hora de defender derechos de los ciudadanos frente a los casos de mala administración.

Es decir, no parece que el Defensor del Pueblo europeo, a la postre, se tenga que convertir en un ilustre inspector de servicios, o en un ilustre interventor cuya preocupación sea únicamente la defensa de la legalidad en el funcionamiento interno de la Administración comunitaria, sino que, en todo caso, si tiene sentido, es en el acercamiento del Derecho comunitario a los ciudadanos en su vida cotidiana.

A partir de ahí se abren unas posibilidades que abarcan no sólo los derechos constitutivos del status económico, reconocidos ya anteriormente en los Tratados, ni los nuevos derechos de la ciudadanía que aparecen como consecuencia del Tratado, sino también las políticas comunitarias, los fines enunciados en el Tratado como fines de la Comunidad y, finalmente, una activa presencia en la defensa de los derechos ciudadanos en la forma establecida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### 3. LA RELACIÓN CON EL PARLAMENTO

En todo caso, a mi parecer, ésas son las líneas de evolución, de expansión, de búsqueda de la función exacta del Defensor que han de propiciarse.

Bien es verdad que inmediatamente se plantea un problema, ya que para eso existen otras instituciones en la Comunidad. Con ello se llega a la cuestión de relación con la Comisión de Peticiones. La vinculación del Defensor del Pueblo con el Parlamento tiene dos vertientes y dos son las cuestiones que han de resolverse a la hora de regular la institución en su relación con el Parlamento. De un lado, las funciones de relación convencionales, nombramiento, cese, presentación del informe del Defensor ante el Parlamento, etc. De otro, hasta qué punto son conciliables las funciones de naturaleza similar que realizan la Comisión de Peticiones y el Defensor del Pueblo.

Para la solución de esta segunda cuestión pueden manejarse varias soluciones, desde la afirmación de que tienen las mismas funciones y, por tanto, el Defensor era innecesario hasta adjudicar las materias de contenido más político a la Comisión de Peticiones y las quejas cotidianas al Defensor. El informe Bindi participa de esta segunda opción y, a mi modo de ver, es una resolución correcta del problema.

Se trataría, en definitiva, de aplicar a este problema la misma solución que, a mi modo de ver, insisto, debería aplicarse a la relación entre nuestro Defensor del Pueblo y las comisiones de peticiones de nuestras Cortes Generales.

Como es sabido, el derecho de petición ante las Cámaras está reconocido por nuestra Constitución. Por otra parte, hasta hace bien poco hemos tenido cinco organismos interviniendo en cosas parecidas: Comisión de Peticiones del Congreso, Comisión de Peticiones del Senado, Comisión del Defensor del Pueblo del Congreso, Comisión del Defensor del Pueblo del Senado y Defensor del Pueblo. Desde luego, algo se ha avanzado al crear una Comisión Mixta. A pesar de ello, y visto que desde la perspectiva de las Cortes no tiene fundamen-

to que exista una Comisión de Peticiones en cada Cámara y la Mixta del Defensor, debería, quizá, buscarse un mecanismo de engarce entre el Defensor del Pueblo y una única Comisión de Peticiones que también asumiera las relaciones de las Cámaras con él. Esta sería, pues, la solución a aplicar a las relaciones entre la Comisión de Peticiones y el Defensor del Pueblo europeo.

#### 4. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS *OMBUDSMAN* NACIONALES

Un último aspecto a considerar sería éste de la relación con las instituciones nacionales. En primer lugar, hay que decir que no es un problema enteramente nuevo, en la medida en que la propia Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo se lo ha planteado y hace tiempo que se producen reenvíos de peticiones desde el ámbito nacional al comunitario y viceversa, y desde la Comisión de Peticiones del Parlamento a los *Ombudsman* nacionales.

Para no alargar innecesariamente estas líneas, diría que la solución pasa por la aplicación más estricta posible del principio de subsidiariedad a la relación de que se trata, bien mediante una norma de coordinación, bien de modo convencional. En todo caso se trataría de que las instituciones de ámbito nacional vigilen y corrijan las posibles vulneraciones del Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales, sin necesidad de que intervenga el Defensor europeo y se produzcan así redundancias.

En el marco de esta coordinación no cabría excluir la hipótesis —ya contemplada por cierto en algunos de los documentos de trabajo— de que la institución nacional llegara a dar cuenta de su gestión, en este terreno, al propio Parlamento Europeo.

En todo caso, debe tomarse en consideración que, existiendo a nivel nacional mecanismos que pueden ser útiles a estos efectos, no se produzcan ni redundancias ni dificultades para el ciudadano.

Por último, debería reflexionarse sobre una posibilidad que debe evitarse a toda costa. Podría ocurrir que, al final, el ciudadano, teniendo tantas instancias a las que dirigirse, no lo haga porque pierde la confianza en ellas al no saber con claridad cuál es la que debe resolver su problema.

## COLOQUIO

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Pues muchas gracias a don Ignacio Astarloa por esta brillante ponencia, que yo creo que ha clarificado perfectamente los términos de la cuestión. Como siempre, abrimos coloquio. ¿Hay peticiones de intervención?... El profesor Jiménez Blanco.

D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO CARRILLO  
DE ALBORNOZ

*(Catedrático de Derecho administrativo  
de la Universidad de Granada)*

Enhorabuena a Ignacio Astarloa por su ponencia.

Me gustaría que profundizase algo más sobre el tema de la «mala administración», sobre todo cuando la misma consiste en una omisión. El Defensor del Pueblo previsto en el artículo 54 de la Constitución delimita sus funciones en relación con el Título I, esto es, derechos fundamentales. Para mí hay una conexión clara entre una cosa y otra. ¿Lo ve igual Astarloa?

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Moderador)

Bien, si les parece, seguimos con el turno de intervenciones antes de que Astarloa conteste luego, globalmente, a todas.

Tiene la palabra don José María Gil-Robles.

#### D. JOSE MARIA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO

(Parlamentario europeo)

Para empezar felicitar a Iñaki Astarloa por su excelente ponencia. Es casi innecesario, porque él sabe la admiración que le tengo en cuanto a sus producciones jurídicas y a su preparación, y por lo pronto, ha demostrado haberse leído atentísimamente la maraña de textos que se han producido. Hay algunos más, que él no ha citado, pero que seguramente conoce, el mismo texto de Becqui sobre la modificación del Reglamento, los informes de opinión de algunas otras comisiones, como la de presupuestos, sobre los aspectos presupuestarios, etc.; pero las que ha citado son evidentemente las más importantes, y hay que reconocer que ha planteado todos los problemas fundamentales. Yo trataría, simplemente, de ver cómo se han vivido estos problemas desde dentro, éste es un tema que yo he vivido, y, por tanto, dar alguna idea de cómo se ha producido desde dentro.

Evidentemente, es un Defensor del Pueblo modesto —él lo ha dicho—, es un Defensor del Pueblo modesto. No ha empleado esta palabra pero ha venido a decir eso, en el sentido de que, para empezar, todo el aspecto —llamaríamos— más grandilocuente, defensa de los derechos humanos en general, recursos de nulidad, etc., eso está prácticamente excluido del campo del Defensor del Pueblo europeo. En el Tratado se ha querido exclusivamente que cuide de las prácticas de mala administración de las instituciones y órganos comunitarios. Porque, evidentemente, el Parlamento Europeo no quería un Defensor del Pueblo. no sólo es así. Después del *non paper*,

aprovechando el Informe anual de la Comisión de Peticiones que contenía unas conclusiones que rechazaban muy claramente la figura del Defensor del Pueblo, yo mismo traté de enmendarlas, y vi tal resistencia que dije: si los Gobiernos lo quieren, lo tendremos, pero naturalmente no merecía la pena insistir porque hubiera fracasado cualquier intento de plantearlo desde el punto de vista del propio Parlamento Europeo. Hay que reconocer que los Defensores del Pueblo no es que no lo quisiesen, pero lo veían con bastante recelo. Desde luego, en una reunión que hubo en Bruselas, y que se quiso instrumentar para que se opusieran a la creación de la figura del Defensor, no se prestaron a esta maniobra, naturalmente; pero aprovecharon esa misma reunión para definir muy estrictamente los contornos del Defensor de manera que no se metiese en su propio terreno.

Bien, y ¿por qué?, porque yo creo que hay que entender que la aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, las posibles causas de mala administración tienen una peculiaridad muy grande, que es la existencia de ese deber de la Comisión de velar por la aplicación del Derecho comunitario. Es decir, la vigilancia para que el Derecho comunitario se aplique bien corresponde a los tribunales nacionales y al Tribunal de Luxemburgo, en los casos en que la Comisión afecta directamente los derechos de los particulares, o por la vía prejudicial, o por la vía de la nulidad que pueden instar unas instituciones contra otras. Corresponde a los tribunales de los Estados miembros en cuanto que, al afectar las normas a derechos de los ciudadanos, éstos pueden invocarlas ante sus propios tribunales. Corresponde, asimismo, y por esta misma razón, a los Defensores del Pueblo nacionales y regionales, o de las Comunidades Autónomas. Añadir a todos estos medios uno más, que sería el Defensor, parecía bastante inútil, incluso a los que creíamos que debía haber un Defensor del Pueblo europeo, era preferible cubrir un campo que no estaba cubierto, la vigilancia de la propia Administración comunitaria, ahora muy reducida por esa peculiaridad de que directamente aplica poco las normas comunitarias, se vale de las administraciones de los Estados miembros, pero aun así hoy por hoy tenía 17.000 funcionarios sólo en la Comisión,

más los de las otras instituciones, cuya acción, de alguna manera, había que controlar.

Entonces —y esto me lleva directamente a las funciones del Defensor del Pueblo—, al menos en este primer momento, haría muy bien el que sea Defensor del Pueblo en atenerse a esta condición modesta y tratar de consolidar la institución, haciendo bien lo que tiene que hacer, por un lado, controlar estos casos de la mala administración en el campo de las Comunidades, que probablemente no son muchos. En la Comisión de Peticiones no tenemos más de uno al año, que se refiere a la actuación directa de los propios órganos comunitarios en los últimos años. Y, por otra parte, algo que es muy importante, y que interesa mucho a los ciudadanos, y es que la Administración, en su función de velar por la aplicación del Derecho comunitario, que es uno de los instrumentos de control más útiles, lo haga con diligencia y lo haga bien. La Comisión de Peticiones se vale de la Comisión de las Comunidades para tratar de que las quejas que a ella se dirigen sean atendidas, porque normalmente se refieren en gran proporción a la actuación de las autoridades de los Estados. Bueno, pues el problema es que esto se arrastra durante tiempo y tiempo porque, a mi juicio, y lo he manifestado diversas veces y se ha recogido en alguno de los informes, los mecanismos mediante los cuales la Administración, la Comisión Ejecutiva, pone en práctica su deber de velar por la aplicación del Derecho comunitario son extraordinariamente lentos, extraordinariamente cautelosos, no quiere enfrentarse demasiado con los Estados muchas veces, hasta el punto de que nos encontramos que desde que manda la carta de emplazamiento al Estado miembro hasta que se envía el dictamen motivado pasan muchos meses, desde que se envía el dictamen motivado hasta que se toma la decisión de acudir al Tribunal de Justicia pasan también muchos meses, lo cual en gran parte obedece a una actitud de la propia Comisión Ejecutiva, pero también a prácticas de mala administración. Por ejemplo, casi nadie se creerá que el Colegio de Comisarios sólo examina las quejas dos veces al año, lo cual realmente resulta, por una parte, disparatado, y, por otra, probablemente inevitable en la medida en que el Colegio de Comisarios tiene cada vez más trabajo y no puede dedicarse a examinar todas las quejas, pero

para algo está el instituto de la delegación, que todos los Catedráticos de Administrativo conocen y que en cualquier teoría de organización existe, y sin embargo, en la Comisión no, ahí hay una clarísima práctica de mala administración, con la que el Defensor del Pueblo tendrá que enfrentarse, y no le será nada fácil, y como ésa seguramente existen muchísimas otras en el funcionamiento de los órganos comunitarios que irán saliendo progresivamente. Entonces, se ha querido limitarlo a estas funciones, porque es un Defensor del Pueblo modesto.

¿Cuáles han de ser las normas? Segunda gran cuestión, muy agudamente planteada por Iñaki Astarloa. Yo creo que las ha definido muy bien, pero esto además lleva añadidos problemas políticos. Es decir, el primer problema que en este momento tenemos, y que es objeto de discusión, es qué quiere decir Estatuto del Defensor del Pueblo. ¿Ha de comprender el nombramiento o no ha de comprender el nombramiento? La trascendencia política se advierte inmediatamente. Si ha de comprender el nombramiento, en la medida en que el Consejo de Ministros ha de aprobar el Estatuto y, por tanto, tiene la llave de su aprobación porque ha de hacerse de mutuo acuerdo, querrá de algún modo por lo menos ser consultado, lo mismo que el Parlamento ha reclamado constantemente cuando se trataba del nombramiento del Presidente de la Comisión, y de otros nombramientos. Naturalmente, si eso se hace como se está sosteniendo dentro del Parlamento, si eso es una cuestión exclusivamente reglamentaria, lo ventilaría el Parlamento por la vía exclusivamente de la aprobación de su propio Reglamento, aunque necesita 260 votos que no es tan fácil. Hay que pensar que se han planteado posibles nombramientos incluso por apelación pública. Hay quien sostuvo en un primer momento —no parece que éste sea el sentir mayoritario— que se hiciese un llamamiento público para que se presentasen candidaturas de Defensores del Pueblo incluso respaldadas por gran cantidad de firmas de ciudadanos. Es muy difícil que si esto se ventila en una negociación con el Consejo, admitiese este tema, aun suponiendo que pasase a través del Parlamento. Ahí hay un problema político de las normas extraordinariamente difícil de resolver.

Segundo punto, el Parlamento no ha aplazado el problema del estudio del nombramiento del Defensor del Pueblo de una manera caprichosa, naturalmente ha habido problemas políticos más de fondo. El primero es: ¿cómo se puede aprobar un Reglamento antes de que esté en vigor el Tratado que lo legitima? Es decir, ¿cómo se podía hacer el Estatuto del Defensor del Pueblo antes de la Constitución que lo crea? Aunque parezca mentira, éste es un problema jurídico que tuvo que señalar este verano, y que algunos discutían diciendo que bastaba con establecer una señal política, y que lo importante era tener el Reglamento aprobado. Es más complicado de lo que parece, porque aprobar este Reglamento supone para el Parlamento un nuevo procedimiento legislativo. Por tanto, hará falta establecerlo primero en el Reglamento del propio Parlamento. Es decir, será absolutamente necesario prever no sólo que el Parlamento tome la iniciativa y haya un proyecto de Reglamento, que lo puede hacer, y que probablemente lo hará antes de entrar en vigor el Tratado, al menos bajo la forma de una decisión, y no de un Reglamento, porque se ha adoptado esa forma para soslayar el problema de no tener competencia todavía, sino el problema difícil de que una vez enviado por el Parlamento a la Comisión para consulta, hay que establecer el procedimiento de consulta. Qué ocurre si en unos meses la Comisión se guarda esto en un cajón y no emite su consulta. El problema respecto al Parlamento está resuelto por una célebre sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pero respecto de esta nueva figura de la Comisión los efectos jurídicos no están regulados, ¿se hará por analogía?, es de suponer que sí, pero habrá que resolverlo. ¿Qué ocurre si el Consejo introduce enmiendas?, ¿cómo se va a hacer la segunda lectura?, ¿qué efectos tienen?, ¿qué mayorías requieren?, todo esto necesita una previa regulación en el Reglamento del Parlamento Europeo. Es decir, que es un tema bastante complejo, que requiere por eso una doble modificación del Reglamento, una para el funcionamiento posterior, y otra para la aprobación primera. Creo que probablemente irán juntas las dos, y eso ya me permite decir, con absoluta seguridad, que el Defensor del Pueblo no entrará en vigor el 1 de enero de 1993. No hubiera entrado aunque el Tratado pudiese entrar en vigor en esa fecha, que no va a entrar, no

entrará antes de junio como muy pronto. Pero es que además en la propia Comisión de Reglamento en su plan de trabajo prevé que para ajustarse a esta línea de ratificación, etc., hasta marzo o abril no se lleve la modificación del Reglamento al Pleno del Parlamento Europeo, con lo cual naturalmente hará falta después todo ese largo proceso de negociación y la búsqueda de un candidato idóneo para ser el primer Defensor del Pueblo.

Y, por último, el problema de las relaciones con el Parlamento Europeo y con los otros Defensores del Pueblo. Las relaciones con el Parlamento Europeo parece que se quieren encauzar a través de la Comisión de Peticiones. Y se quiere encauzar a través de la Comisión de Peticiones, porque, efectivamente, sin que esté muy claro cómo se va a efectuar el deslinde entre unas y otras competencias, es evidente que el Defensor del Pueblo en su primera fase necesitará un respaldo parlamentario casi continuo porque cuando detecte una mala práctica y no pueda llegar a un acuerdo con la Administración interesada, tendrá que dar cuenta al Parlamento, y éste será el que tenga que exigir las responsabilidades correspondientes, y no va a tener otro camino para actuar en este tema. Y en cuanto a los Defensores del Pueblo nacionales, la idea que parece apuntar cada vez más es la posibilidad de acuerdos. Me parece que el Informe Bindi, si yo no recuerdo mal, en su última modificación después de las últimas enmiendas habla de Convenios voluntarios y con estricto respeto a las disposiciones de los Derechos nacionales, porque evidentemente una norma europea, por muy Reglamento que sea, difícilmente puede vulnerar las disposiciones constitucionales que protegen la independencia de los Estados miembros. De otro modo tendríamos allí otro difícilísimo problema jurídico, es decir, hasta qué punto el Derecho comunitario puede pasar por encima de las normas constitucionales que protegen la independencia de los Defensores del Pueblo nacionales o regionales. Entonces, la solución —para no meterse en camisa de once varas— está en preconizar el funcionamiento por vía de Convenios voluntarios y realizados en la medida en que las disposiciones nacionales lo permitan.

Esto es lo que me permitiría añadir a la espléndida ponencia de Iñaki, completándola con lo que llamaríamos las últimas novedades en la materia.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO***(Moderador)*

Muchas gracias. D. Juan San Martín.

**D. JUAN SAN MARTIN***(Ararteko del País Vasco)*

Bueno, yo solamente quiero añadir una nota a título informativo. No entro en el fondo de la cuestión, y creo que ha sido muy interesante la conferencia expuesta por Ignacio Asarlot; lo único que quiero es hacer mención de una dificultad que se observa, a raíz de la información que he recibido hace quince días en Salzburgo, donde se celebraron unas jornadas convocadas por el Consejo de Europa.

Allí intervinieron varios políticos exponiendo, precisamente, el problema relativo al *Ombudsman*, y lo único que quedó claro en aquella ocasión, el último día, cuando nos reunimos sólo los *Ombudsman*, y según su propia opinión, es que, apreciando todas las dificultades inherentes al caso, se consideró la idea del nombramiento de un Defensor, asimismo también se habló de la figura de un Coordinador para los ya existentes, pero, sobre todo, la gran preocupación de los Defensores allí reunidos eran las diferencias entre las propias leyes que regulan la actuación de los mismos en cada nación. En ese sentido, se observaba la necesidad de alguna forma de homogeneización, de acercamiento, ya que se veía que existían esas diferencias entre las leyes y cada cual actuaba según su propio criterio, por lo que allí se manifestaron deseos de acercamiento para poder lograr modelos similares. Esa fue la preocupación que se apreciaba en la reunión del último día, a la que sólo asistieron los *Ombudsman*. Es lo que yo anoté y he querido exponer aquí.

Igualmente, quiero felicitar al señor Gil-Robles por su exposición, en la que ha hablado de cuestiones que también estuvieron allí presentes.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO***(Moderador)*

Muchas gracias. El profesor Moreiro.

**D. CARLOS MOREIRO***(Profesor de Derecho comunitario de la Universidad Carlos III de Madrid)*

Muchas gracias. Ante todo, felicitarte porque ha sido una ponencia magnífica, ha sido una disección maravillosa de lo que es la figura del Defensor en el Tratado de la Unión. Seguramente, quisiera hacer algunas puntualizaciones, y que me despearas algunas dudas, si es que estás en condiciones de poder hacerlo.

En primer lugar, se ha producido una cierta inhibición tanto por parte de las instituciones comunitarias, Parlamento Europeo incluido, como por parte de los Estados miembros a la hora de arrimar el hombro para sacar una figura un poco más presentable en el Tratado de la Unión, o un poco más cognoscible para los que tenemos una idea de qué es un Defensor del Pueblo, que desde luego en poco coincide con la figura que tenemos en el Tratado de la Unión. Pero yo creo que no deberías haber pasado por alto que el propio Parlamento Europeo en los años setenta, en el seno de la que entonces era la Comisión de Peticiones y Reglamento, que todavía no se había escindido en dos, elaboró un informe, el Informe Walker-Smith acerca de la creación de un *Ombudsman* supranacional, que posteriormente dio lugar a una Resolución en el año 79 del Pleno del Parlamento Europeo, en la que, primero, se llamaba la atención sobre la necesidad urgentísima de dotar a la Comunidad de un *Ombudsman* supranacional, y se configuraba un *Ombudsman*, cuyo ámbito material de actuación y cuyos poderes eran mucho mayores que los que actualmente se configuran en el Tratado de la Unión. Yo solamente he encontrado una justificación al espaldarazo que ha dado el Parlamento Europeo en el tema del Defensor del Pueblo en el hecho de que esta Resolución se aprobara en el seno

de un Parlamento que no había sido elegido por sufragio universal, puesto que fue antes del año 79, y que quizás después de la nueva composición de la Cámara pudiera variar su postura con respecto a lo que inicialmente se había aprobado en su seno; una iniciativa —insisto— que había partido del seno del Parlamento Europeo. Eso en primer lugar.

En segundo lugar, creo haberte entendido que tienes una cierta esperanza de que el Defensor del Pueblo en un futuro contribuya a una dinamización de la vida institucional comunitaria, entre otras cosas con su posible participación en la protección de los derechos fundamentales, ¿has querido decir esto? Bien, yo soy pesimista con el Tratado en la mano, porque el Defensor del Pueblo lo único que haría sería molestar, porque hay un artículo F) que claramente, primero, inhibe al Tribunal de Justicia de Luxemburgo de cualquier competencia en temas de derechos fundamentales; y en segundo lugar, da por reconocido el hecho de que funcionan o, por lo menos, el legislador comunitario se conforma con el funcionamiento de los sistemas de protección de los derechos fundamentales, tanto a nivel de Consejo de Europa como a nivel de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, con lo cual —insisto— no creo que ésa sea, en un futuro, ni desde luego en un presente, y aquí creo que el legislador ha estado acertado, la función del Defensor del Pueblo, más bien le restringiría —como bien ha hecho el legislador comunitario— a los casos de mala administración.

Una tercera cuestión, el Estatuto; yo no le doy ninguna importancia. Porque me importa muy poco lo que diga el Parlamento Europeo en un Estatuto de un Defensor del Pueblo que, de partida, ha sido limitado en el Tratado de la Unión. Es decir, el Estatuto no podrá desarrollar nada que el Tratado no le permita, porque o se revisa el Tratado, o desde luego, por una mera coherencia —que tenemos, claro, en la cabeza— un Estatuto no podrá ir en contra de la letra de un Tratado; cosa que es muy de lamentar, porque si tomamos el modelo de la Constitución española, nuestros constituyentes elaboraron una figura del Defensor del Pueblo abierta, y no restringida como se ha hecho en el Tratado de la Unión, lo cual ha posibilitado un desarrollo por Ley Orgánica, y posiblemente

te por el propio Estatuto del Parlamento, de una figura mucho más ambiciosa, y en sus competencias mucho más eficaz de lo que en principio se había pensado en la Constitución española. Yo creo que los legisladores del Tratado de la Unión desde el primer momento le han marcado muy bien el ámbito de competencias al Defensor del Pueblo, y el Estatuto quizá sólo sea objeto de polémicas con respecto a la sede —que intuyo que será en Bruselas— con respecto a si el órgano será colegiado o no, por cuestiones funcionales, no de representación; y a lo mejor, un poco, por el presupuesto que se le va a asignar al Defensor del Pueblo con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad, y a la partida del Presupuesto del Parlamento Europeo, pero no le daría más importancia porque ya se le restringe de partida.

Otra cuestión —quedan dos—, la que hace referencia a los actos comunitarios. Es cierto que el legislador habla de actos comunitarios, yo tomaría en cuenta los actos de la Unión. Es decir, ¿podrá entender el Defensor del Pueblo de los actos de la Unión? No nos olvidemos de las cuestiones de relaciones exteriores, cooperación judicial, etc., todo lo que se está desarrollando en las Conferencias intergubernamentales. ¿Podrá entender el Defensor del Pueblo de una queja de un ciudadano de la Unión con respecto a la aplicación de los actos de la Unión?, no sólo de los actos comunitarios; eso está por resolver, habrá que verlo. Si tomamos la praxis de la Comisión de Peticiones, yo me inclinaría por el sí, porque es bastante laxa a la hora de recibir quejas o peticiones por parte de los ciudadanos comunitarios.

Y una última cuestión, yo no me conformaría, y ayer tuve un pequeño debate con el eurodiputado Gil-Robles, con decir «es que ya tenemos a la Comisión de las Comunidades como guardiana de los Tratados». No me conformaría con decir eso. La Comisión de las Comunidades, todos sabemos cómo funciona, todos sabemos cuál es su eficacia de burocracia irresponsable, y yo creo que no haber dotado de partida al Defensor del Pueblo de competencias, si no superiores, por lo menos similares a las que tiene la Comisión de las Comunidades, artículo 169 incluido, a la hora de vigilar los incumplimientos en la aplicación del Derecho comunitario y de lle-

var las cuestiones ante el Tribunal, me parece un error; sobre todo si tenemos en cuenta que, en principio, los ciudadanos, por lo menos los españoles, tenemos bastante confianza en la acción y en la valentía del Defensor del Pueblo a la hora de defender nuestros derechos, mucho más de la que yo tengo en la de los funcionarios burócratas de la Comisión de las Comunidades.

Nada más.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Muchas gracias. Tiene la palabra D. Alvaro Gil-Robles.

D. ALVARO GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO  
(Defensor del Pueblo)

Ante todo quiero empezar disculpándome con el ponente de hoy, y con todos los asistentes, por llegar tarde. Estaba en otro acto sobre Maastricht en la Universidad Complutense. Por otra parte, agradezco sinceramente a mi predecesor en el uso de la palabra por esa confianza que ha dicho tiene en el Defensor del Pueblo español.

No he podido escuchar completa la ponencia de Iñaki, así que esta reflexión no se refiere solamente a ella. Querría plantear dos o tres cosas, y preguntar al ponente sobre algo que siempre queda en una especie de trasfondo.

Vaya por delante que, sobre esta materia, voy a ser enormemente cauto. Me gustaría hablar solamente como profesor de Universidad y no como el cargo que ejerzo, porque tuve la oportunidad de opinar sobre lo que se refiere a la ciudadanía europea y la propuesta inicial de España. Ya se me preguntó, en su momento, sobre la fórmula del Defensor del Pueblo. Después, como mi hermano José María ha dicho, hube de participar varias veces con mis colegas europeos para convencerles de que el Defensor del Pueblo no era el gran enemigo de cada uno de los *Ombudsman* nacionales, y evitar al-

guna que otra maniobra en Bruselas, con el fin de instrumentarnos en contra del Tratado de la Unión en este punto.

Quisiera, pues, simplemente preguntar al ponente algunas cosas sobre las que me han quedado dudas después de estudiar los textos.

Sobre lo que has dicho de que todo está atado y bien atado y que queda poco por hacer, yo tengo muchas dudas. Cuando una institución empieza a funcionar, y lo digo por experiencia propia, los campos empiezan a ampliarse mucho más de lo que uno tiene la posibilidad de pensar inicialmente. Está claro que el famoso artículo 138 E al hablar de quejas que reciba el Defensor del Pueblo limita la investigación a los órganos e instituciones comunitarias; pero más adelante habla de actuaciones por iniciativa propia, de oficio, y para mí en este punto queda una duda, ¿quiere decir que las reclamaciones que reciba de las personas físicas o jurídicas son las que deben relacionarse únicamente con el funcionamiento de los órganos de la Comunidad, y por el contrario, la propia iniciativa puede ir más allá? ¿Puede dirigirse de oficio a las Administraciones de los Estados y miembros o no? Nada se dice al respecto.

De otro lado, se afirma que no tiene ningún ámbito de actuación en materia de derechos fundamentales. Permítanme que les diga que yo tengo una cierta duda: ¿qué pasa con las resoluciones que se adopten o que tengan conexión, por ejemplo, con un órgano comunitario, como es la Oficina Europea de Policía-Europol? Las decisiones que allí se tomen, los datos que se acumulen, los elementos que se tengan informatizados, van a afectar a las personas en sus derechos fundamentales, entre otros, por ejemplo, el de libre circulación, que forma parte del contenido de la ciudadanía. ¿Dónde va a poder controlar esto?, ¿directamente en la sede de Europol o donde se produzca la vulneración como consecuencia de la conexión con los datos que estén ahí, o con sus decisiones? No lo sé, únicamente planteo la cuestión. Por tanto, cuidado cuando se dice que no hay conexión con derechos fundamentales. Ya veremos, porque incluso hoy existen algunos organismos comunitarios que pueden tener incidencia sobre derechos fundamentales de las personas.

Y, por último, existe también la limitación del Tribunal de Justicia. Ahora bien, ¿qué contenido se le da a esa limitación?, porque nada se dice tampoco. ¿El contenido que le hemos dado en España a las relaciones con el Poder Judicial? Es decir, el Defensor del Pueblo español no entra en el contenido de las resoluciones de los Jueces, respetando su independencia, entendida como libertad al dictar resoluciones o sentencias; pero sí puede entrar en el funcionamiento ordinario de la oficina judicial, del servicio público judicial. Esto, como recordarán, provocó un gran debate en su día al hacer la ley, y después poco a poco han ido variando las posturas iniciales hasta el punto de que el propio Consejo General del Poder Judicial tiene abierta una línea directa de relación con el Defensor del Pueblo, contesta a las quejas del Defensor del Pueblo sobre el mal funcionamiento de las oficinas judiciales, sin entrar para nada, naturalmente, en la independencia de dictar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. Todo el Parlamento ha pedido que ésta sea una de las modificaciones futuras de la Ley Orgánica para establecer esa vía directamente. En este sentido, ¿el Defensor europeo podrá aceptar quejas que afecten al funcionamiento del aparato administrativo de los órganos judiciales o no? No lo sé. Así, de la lectura de los textos, un poco como las cerezas, van surgiendo cuestiones que el futuro clarificará. Por eso yo creo que cuando un organismo se pone en marcha crea su propia dinámica y va intentando abrir sus caminos.

Nada más y muchas gracias.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(*Moderador*)

Profesor Patrik Daillier.

**D. PATRIK DAILLIER**

*(Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de París X-Nanterre)*

Vous voudrez bien m'excuser de m'exprimer en français.

Je voudrais faire une première observation sur l'intitulé de votre contribution, Administration Communautaire, avec un grand «A». Je crois que, dans l'état actuel de l'application du Droit Communautaire et de la critique politique de la «non-transparence» du Droit communautaire, il est à la fois artificiel, irréaliste et dangereux d'isoler l'Administration nationale, exécutant le Droit communautaire, de l'Administration communautaire. Mais même en prenant Administration au sens organique, c'est à dire des instances, des institutions communautaires, je crois qu'il y a une voie de droit —et je rejoins Monsieur le Juge Iglesias indirectement— qui intéresse le citoyen: c'est l'article 177; notamment par l'appréciation de validité des actes de la Communauté, le citoyen a la possibilité, devant son juge naturel —son juge national— d'obtenir une forme de contrôle, direct ou indirect, de l'acte communautaire. Donc je crois qu'il y a là une garantie qui n'existe dans aucun autre système juridique, et qui intéresse directement le citoyen. C'est un premier point, si vous voulez, sur une approche du contrôle de l'Administration communautaire, qui me paraissait avoir un peu été sous-estimé —peut-être— dans la présentation.

Quant au Traité de Maastricht, il me semble qu'il pose deux problèmes contradictoires, en matière de contrôle. Il y a le principe de subsidiarité, qui pourrait conduire la Cour de Justice des Communautés —et, sur ce point, j'aimerais connaître le sentiment de Monsieur le Juge Iglesias —à admettre que les collectivités locales— bénéficiaires, donc, indirectement, du principe de subsidiarité, les Länders ou les Régions doivent se voir reconnaître un droit d'action, passif et actif, dans la mesure où elles auraient des responsabilités communautaires; autrement dit, est-ce que leur responsabilité, en tant qu'acteur communautaire, on y pense, on l'envisage? Et inversement, dans la mesure où de nouveaux domaines sont

ouverts à l'action communautaire —qui engage plus directement la souveraineté nationale, traditionnelle des Etats membres: ne risque-t-on pas de voir apparaître, dans la jurisprudence communautaire, quelque chose qui se rapprocherait de la notion d'acte de gouvernement, et un refus du juge d'entrer dans certains domaines? Alors que jusqu'ici le juge a dit: c'est du champ d'application du Droit national, ou c'est du champ d'application du Droit communautaire; est-ce que, dans les «zones grises» que le Traité de Maastricht multiplie, on ne va pas avoir une première tentation pour le juge communautaire de refuser de se considérer comme compétent, ou compétent au titre du Droit communautaire? D'ou, comme en Droit Administratif a une époque antérieure du droit français, toute une partie des actes communautaires ou paracommunautaires qui seraient maintenant hors du contrôle contentieux?

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias. Si no hay ninguna otra intervención, ¿sí? Bien, tiene la palabra el señor Maeztu.

#### D. JESUS MAEZTU GREGORIO DE TEJADA

*(Adjunto Primero del Defensor del Pueblo Andaluz)*

Soy Adjunto Primero al Defensor del Pueblo Andaluz. Más que añadir una intervención —ya que voy a ser breve— pretendo una aportación que pudiera consistir en plantear algunos interrogantes que me sugiere el debate de hoy, y que los pongo de manifiesto porque pudiera contribuir quizá a clarificar algo la cuestión de fondo desde la problemática y perspectiva que se ha presentado aquí. A la cuestión básica sobre los contenidos esenciales de la figura del Defensor del Pueblo Europeo, contemplando el Tratado de la Unión Europea, se están presentando dos tipos de configuración: uno, con un papel más modesto, «cuidar de las malas prácticas administrativas (en palabras del eurodiputado Gil-Robles), y otro, con funciones más amplias, con un futurible papel dinamizador.

Al hilo del debate me hacía la siguiente reflexión: si el legislador ha hecho una opción por un modelo determinado, análogo, en cierta manera, a algunas de las figuras existentes de *Ombudsman* europeos, con el consiguiente diseño más o menos claro respecto de su articulación o, por el contrario, fuese mejor que no la hubiese, contemplando su configuración en términos generales, de modo que tal figura quedase abierta.

Me explico: yo creo que para que esta figura, aunque sea por vía de Reglamento —en el sentido del cuerpo de preguntas que el ponente exigía—, se regule, haría falta tener una opción por el modelo previo, y yo no veo que se haya hecho ese modelo previo. O bien ante la imposibilidad de consensuar algún modelo se opta por dejar una figura que tenga que conquistar su propio papel. La configuración de una institución, como la del Defensor del Pueblo, cuya misión básica sea la de investigar e informar al Parlamento Europeo y a la institución afectada de los «casos de mala administración» en la actividad propia de las instituciones u órganos comunitarios, conforme a lo establecido en el artículo 138 E del Tratado de Maastricht, constituye un diseño normativo correspondiente a una opción por un modelo limitado, modesto y restringido al mero control del funcionamiento administrativo de los órganos comunitarios o permite avanzar en una dirección más amplia y dinámica del papel del Defensor del Pueblo más acorde con las atribuidas a esta figura en los distintos Estados miembros.

Yo no sé, y sería la pregunta que le hago al ponente, si, evidentemente, el modelo de buen administrador e interventor parece que queda más modesto, y que se ha optado por ese posible diseño en función de lo que el ponente llamaba el posible recelo o concurrencia con otro órgano parlamentario, como podía ser la Comisión de Peticiones. Y, sin embargo, otros están planteando también —el profesor Moreiro decía algo de eso— que quizá hubiera sido mejor unas competencias más amplias, más importantes, y que abarcaran algo de los derechos constitucionales o derechos fundamentales.

Evidentemente, todos estamos pensando en esta segunda opción y que fuera más amplia que la de un mero interventor

para poner orden en el escaso aparato administrativo, o en la administración posible de los actos de los ciudadanos en la Unión. Obviamente, cuando se ha reflexionado, entre nosotros, en el debate doctrinal la significación de la misión fundamental del Defensor del Pueblo, se ha planteado el tema de que supervisión a la Administración y a los órganos públicos, dentro de la competencia territorial asignada a cada *Ombudsman*, implica un contenido, entre otros posibles, más bien de carácter instrumental respecto de lo que sería su papel básico, el de la protección de los derechos fundamentales, o derechos constitucionales, al margen, complementaria, o por vía diferente a los mecanismos legales y jurisdiccionales previstos en el Tratado. Circunscribir al Defensor del Pueblo solamente a la función investigadora e informadora de la posible mala administración de los órganos comunitarios supone limitar su cometido y su operatividad a una parcela administrativa restringida y, a veces, en concurrencia con otros órganos políticos. ¿Se ha querido, expresamente, prescindir de las competencias asignadas al modelo escandinavo o al europeo, como el español, más limitado que el primero, pero en la línea de la segunda opción posible, antes señalada?

Yo pienso que, tal como están los términos planteados por la posición no clarificada respecto a esta figura, comparto lo que decía el Defensor del Pueblo Gil-Robles, al decir, bueno, pues que este Defensor europeo que va a salir diseñado en el Estatuto, más o menos modesto, puede conquistar, en la cercanía y sensibilidad ante los ciudadanos y la Administración, otras atribuciones, tras su puesta en marcha, quizás porque no está diseñado anteriormente, o porque la opción no está hecha. Y no está hecha, entre otras cosas, porque —como comentaba con el Catedrático— los modelos europeos son muy diversos respecto del Defensor del Pueblo. Es decir, en los debates internacionales muchas veces se alaba el modelo español frente al posible —y de más tradición— escandinavo, o respecto del británico, o del francés, y viceversa.

Es decir, la no clarificación de competencias y de ámbito con respecto al derecho de petición británico, etc., del propio modelo del Defensor Europeo hace que, junto con el recelo

y el posible celo de competencia del Parlamento Europeo, haga que esta cuestión no solamente no esté madura, sino que es —diríamos— un tema un poco tabú; y por ello, el Defensor del Pueblo tendría que conquistar más su papel por el camino de emprender y conquistar su propio proceso clarificador a partir de la figura que se aprobara en el Estatuto.

Por ello, y con esto termino, yo creo que sería positivo, desde una perspectiva de signo pragmático y de «rodaje», que tal diseño, aun modesto, se ganara, por su propio peso y dinamismo, un prestigio y credibilidad moral que fuera conquistando su propio terreno en el marco de la clarificación política de los próximos años. Creo que sí sería bueno que no se limitara solamente a cuidar de la administración, dentro del espacio europeo, sin que fuera una instancia de prestigio moral, un medio extrajudicial de protección y fomento de los derechos de los ciudadanos de la Unión —hoy que se habla mucho de promocionar medios extrajudiciales por su carácter menos burocrático, ágil, gratuito y de cercanía y presencia directa con el ciudadano—, pudiendo ser útil, así, para lograr envolver en su competencia este aspecto, más amplio e importante, del desarrollo y funcionamiento democrático de las instituciones y del poder público. En definitiva, poner en funcionamiento lo que antes describíamos como función instrumental —supervisar la Administración Pública— puede conducirnos, por su relación causa-efecto, a la protección de los derechos lesionados por tales órganos, como misión más propia de los *Ombudsman*. Muchas gracias.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Moderador)

Antes de dar la palabra a don Ignacio Astarloa, abusando de mi posición de moderador, y puesto que no he querido intervenir al principio, me permitiría, al hilo de las ideas que me han sugerido las intervenciones tanto del ponente como de los demás participantes en el coloquio, formular alguna reflexión por si contribuye a que luego el ponente pueda fijar mejor su posición.

A la vista del debate, y en primer lugar, me parece que habría que reflexionar sobre la inconveniencia —y así ha traslucido a lo largo de la ponencia y del debate— de definir el Defensor del Pueblo europeo mediante una suerte de extrapolación de las figuras nacionales. Debería procederse más bien a la inversa, es decir, examinando qué hay en el Tratado, qué es lo que debe ser el Defensor del Pueblo, y luego, si acaso, viendo el engarce con las figuras nacionales.

En esa perspectiva, y resumiendo un poco el debate, habría que interpretar el entronque en la ciudadanía no tanto como una referencia a los derechos sustantivos, sino al aseguramiento de una posición general subjetiva de acceso al Defensor de los ciudadanos europeos, a pesar de que todavía no está dicho para qué ni con qué referencias, sino que es una posición que se asegura a todos los ciudadanos.

Segundo, y en relación con la intervención de José María Gil-Robles, me parece interesante resaltar la vinculación al Parlamento. Ambos elementos permiten intuir que la introducción de la figura del Defensor del Pueblo lo que pretende es justamente acercar el Derecho comunitario al ciudadano potenciando al Parlamento. El punto de conexión sería el Defensor del Pueblo.

Y finalmente, en cuanto a la función, coincido con el profesor Patrick Daillier, en el sentido de que la clave está en el concepto Administración. Se trata de un criterio funcional que lo que pretende es acotar un tipo de actividad que realizan las instituciones comunitarias, igual que los Estados nacionales, que también son Administración subjetivamente comunitaria. Es el tipo de actividad, pero inmediatamente se acota subjetivamente: ese tipo de actividad, pero solamente de las instituciones y órganos comunitarios. La función, por tanto, queda —a mi juicio— perfectamente acotada, y entonces la clave está: ¿en qué es mala la Administración?, y ahí está, yo creo, la pregunta de si el criterio debe ser el de los derechos fundamentales a nivel europeo o los derechos contemplados en la ciudadanía. Yo creo que esto, en una primera impresión, es ajeno al Tratado; aquí la intervención del Defensor del Pueblo, don Alvaro Gil-Robles, ha sido clarificadora. En la medida en que la actividad administrativa de los órganos co-

munitarios puede ser el comienzo, aunque no llegue, al final, a incidir sobre posiciones de los ciudadanos, de lo que se trata es de habilitar a éste —que está al final— para ir hasta el principio. De tal suerte que el parámetro de control no tiene por qué limitarse a un cierto catálogo preestablecido de derechos, sino que puede ser sencillamente el derecho que rijan esa actividad de Administración, incida o no en ese —insisto— catálogo de derechos.

Bueno, y con esta intervención le doy la palabra al ponente para que... —digamos— en diez minutos, un cuarto de hora, fije su posición.

#### D. IGNACIO ASTARLOA

*(Ponente)*

Gracias, moderador, y gracias a todos los que han intervenido. Yo empezaría contestando la cuestión del modelo. Se ha dicho en alguna intervención que es un modelo modesto; en otra intervención que es un modelo limitado, y en alguna otra intervención que es un modelo excesivo y que no tiene puntos de referencia en los modelos que ofrecen los propios países miembros.

Mi posición particular sobre la cuestión del modelo es la siguiente. He dicho que en líneas generales estaríamos ante un Defensor del Pueblo de estilo nórdico. Con ello quiero decir, fundamentalmente, que estamos ante un Defensor del Pueblo que no responde al modelo anglofrancés. Con lo cual yo no utilizaría... —yo desde luego no la he utilizado y no sé si la utilizaría después de reflexionarlo, porque lo han hecho aquí otras personas, con fundamento, sin duda— la expresión «Defensor modesto» o «Defensor limitado» para definir la institución articulada por el artículo 138E del TUE. Si examinamos punto a punto los elementos que constan en dicho precepto, no hay razones, por lo que sabemos de los modelos nacionales, para calificarlo de un modelo modesto: estatuto personal, apoyo administrativo, funciones, facultades que posee para el desarrollo de la investigación, efectos de su intervención... Yo no sé si he expresado bien que la peculiaridad del

Defensor del Pueblo europeo y el modelo final que se le proporcione no han de medirse tanto en relación con lo que es habitual o inhabitual en tal o cual modelo de los países miembros, cuanto por las propias características del marco en que el Defensor se inscribe. Así, no tendríamos los mismos problemas para explicar razonablemente su función, hablando de mala administración, si estuviésemos hablando del Derecho español, porque tenemos claro lo que es Administración y lo que puede ser mala administración. Y, sin embargo, con ese enunciado, que podría estar perfectamente en cualquiera de los países miembros, tenemos problemas para concretar qué va a hacer el Defensor del Pueblo europeo, porque el panorama institucional comunitario en el que se inscribe el mismo —sobre el que decía antes que no es el de la división de poderes, sino el de la confusión de funciones, la mezcla de facultades, de actos, etc.— nos plantea ese problema.

A partir de ahí es que hacía la reflexión de que con este modelo podemos ir muy lejos o podemos quedarnos muy cortos. Y enlazo con la idea expresada por el Defensor del Pueblo, don Alvaro Gil-Robles, que yo he expresado en la exposición de mi ponencia, por lo que coincido plenamente con ella, sobre la posibilidad de colocar la regulación que hace el artículo 138E del Defensor del Pueblo comunitario en una perspectiva creativa. Y hacía, eso sí, una petición inmediatamente: que se haga un esfuerzo por aclarar al máximo esa pretensión, si efectivamente se tiene, en el desarrollo normativo que a este efecto se ha de producir con el Estatuto del Defensor y en el Reglamento del Parlamento. A partir de ahí será la propia actividad creativa de la institución, una vez puesta en marcha, la que sin duda ninguna permitirá desarrollar nuevas potencialidades. Algunas de las que se han citado aquí y algunas otras que no se nos hayan ocurrido a los que nos hemos reunido esta tarde.

Esa es mi perspectiva sobre el modelo: modelo convencional, que nos llama la atención no por lo que es el modelo en sí, sino por el marco en el que se inscribe y con posibilidad de que sea un modelo recortado o un modelo expansivo, según el tratamiento que se le dé en las decisiones de desarrollo de la letra del Tratado. Desde esta perspectiva, yo en abso-

luto minusvaloraría, frente a lo que planteaba el profesor Moreira, el valor del Estatuto del Defensor. Al contrario, entiendo que en el momento en el que nos encontramos y con las grandes discusiones que, como ha reflejado José María Gil-Robles, se están produciendo sobre el desarrollo normativo de la institución, es importantísimo, dependiendo de su contenido, gran parte de las posibilidades que la institución tenga en el inmediato futuro. Y es posible que la opción del Parlamento Europeo en este momento, por estrategia, en relación con algo sobre lo que el Consejo tiene que prestar su acuerdo para que entre en vigor, y por otro lado, por una valoración realista de las posibilidades que la figura tiene en este momento fundacional, sin intentar ir más allá de lo que efectivamente es realizable, vaya inicialmente a ese modelo modesto que el interviniente anunciaba. Pero, en todo caso, yo no daría un valor tan escaso a lo que es el Estatuto ni prejuzgaría que, ahora o más adelante, no sea posible plantear metas más ambiciosas para la figura que estamos estudiando.

Ha dicho el profesor Parejo que, en cierta medida, al final, si nos planteamos estos problemas de puesta en marcha y de articulación y de definición de un modelo, es porque estamos ante una institución que tiene fundamentalmente dos objetivos: contribuir a mejorar la «fachada» institucional y dar la imagen de que se incrementan los poderes del Parlamento; siendo así que en este momento, en el que Maastricht significa una fase más en un camino, ello puede servir para la potenciación de la imagen del Parlamento. Yo, sobre esto segundo, tengo mis dudas, porque el nuevo Defensor puede ser —como decía antes— un eventual «enemigo» para las actividades de un Parlamento que se encuentra a la búsqueda de una mayor función, como todos bien sabemos.

Y éste es uno de los temas, lo he dicho y lo vuelvo a repetir, que me parece absolutamente imprescindible delimitar con toda claridad, con todo compromiso, sin ningún margen a la ambigüedad, en las normas que han de desarrollar las funciones del Defensor y la relación entre el Defensor y la Comisión de Peticiones.

Se han planteado, por parte de Alvaro Gil-Robles, otras cuestiones que enlazan con las consideraciones que yo hacía

sobre el modelo y sobre el significado final de la inclusión de la figura, y con una hipotética perspectiva innovadora, creativa, de ir viendo posibilidades en las funciones que el Defensor pueda desarrollar ante el silencio de la letra E del artículo 138. En concreto, ha mencionado tres cosas: la cuestión de si la propia iniciativa puede acabar significando, entre otras cosas, una posible intervención del Defensor del Pueblo en relación con las Administraciones nacionales; en segundo lugar, la cuestión de la posible utilización de los derechos humanos, algo más que los puros derechos de ciudadanía, como parámetro a partir del cual puedan incrementarse las funciones del Defensor, y, finalmente, un problema más concreto, como es el de la posible intervención del Defensor, en relación con la actividad del Tribunal de Justicia y del de Primera Instancia.

Por ir del final al principio de lo que ha sido mi exposición diría, en relación con esto último, que, con el solo texto del artículo 138E, entiendo reconocida al Defensor del Pueblo comunitario la capacidad de vigilar y supervisar la mala administración que se produzca en el ámbito de la gestión de los órganos judiciales, no, evidentemente, en el ámbito de la función jurisdiccional. En mi exposición he sido muy breve, pero muy rotundo, y he dicho: todos los órganos e instituciones comunitarias. Incluso si estuviere aquí mi buen amigo y colega el señor Vinci, Secretario General del Parlamento Europeo, probablemente le pondría en un apuro preguntándole si esa referencia a todos los organismos e instituciones comunitarias no afecta también al propio Parlamento Europeo.

Segundo: derechos fundamentales, como posible parámetro... He afirmado antes que puede ser una de las grandes vías para traducir un modelo expansivo para el Defensor del Pueblo europeo. Y he hablado de políticas comunitarias, de fines de la Comunidad, y ello enlaza también en parte con lo que decía el profesor Parejo sobre la posibilidad de convertir a este Defensor del Pueblo en un controlador de la legalidad, en un vigilante del cumplimiento del Derecho comunitario, con independencia de situaciones subjetivas concretas. Es más, no hay ninguna limitación en lo que es la capacidad de iniciativa de quejas y de reclamaciones ante el Defensor, no sólo porque puede hacerse de oficio, sino, más en general,

porque no se ponen limitaciones y porque, incluso, a ello pueden acceder —y a mí me parece un dato importante que modula el conjunto de las funciones del Defensor— no sólo los ciudadanos de la Unión, sino cualquier persona física o jurídica residente o que tenga su domicilio social, es decir, más de ocho millones de personas que no tienen la condición de nacionales de los Estados miembros. Así que potencialmente sí lo veo como posibilidad de que por ese camino se incremente la capacidad de acción del Defensor del Pueblo, siempre y cuando se opere con la pertinente voluntad consciente para ello.

Finalmente, en cuanto a la cuestión del control de autoridades nacionales, me he pronunciado ya y tengo que ser coherente con lo que he dicho hace un momento, en el sentido de aplicar a esta cuestión el principio de subsidiariedad, sin más.

Por último, una aclaración sobre otro extremo planteado por el profesor Moreiro. No creo que la explicación de que desde lo planteado por Walker Smith en el año 1979 hayamos pasado a una visión menos favorable del Parlamento Europeo sobre la figura en él del Defensor, esté en el cambio al sistema de elección por sufragio universal. Considero, sencillamente, que a partir del año 1985 (creo que es el momento, si no me desmiente José María Gil-Robles), cuando el Parlamento Europeo toma la decisión de optar por potenciar la Comisión de Peticiones, y así lo dice expresamente en la Resolución que aprueba ese año. Y opta por potenciar la Comisión de Peticiones porque no ve claro que con las diferencias de sistemas nacionales pueda llegarse a un Defensor del Pueblo único, como señala expresamente en la Resolución, y además, probablemente, porque lo entiende más oportuno para incrementar los mermados poderes de la institución parlamentaria.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
(Moderador)

Muchas gracias. Como estamos un poco alcanzados de tiempo, si les parece bien hacemos ahora la interrupción.



PONENCIA IV

LA PROTECCION DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LAS COMUNIDADES  
EUROPEAS

GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS



## I. INTRODUCCION

Dos factores determinan la especial responsabilidad que incumbe al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección de los derechos fundamentales: de un lado, la inexistencia, en el ordenamiento jurídico comunitario, de un catálogo de derechos fundamentales de rango constitucional o legislativo; de otro, el carácter esencial del respeto de los derechos fundamentales en cuanto elemento básico del patrimonio común en el que descansan los propios fundamentos de la Comunidad y presupuesto indispensable para la adhesión de un Estado a ésta.

En efecto, la Comunidad Europea carece hasta ahora de un catálogo de derechos fundamentales establecido mediante un instrumento jurídico vinculante. La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989 <sup>1</sup>, y, en un ámbito material más limitado, la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo de 8 y 9 de diciembre de 1989 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los once Estados miembros de la Comunidad <sup>2</sup>, carecen formalmente de tal efecto jurídico.

La importancia esencial del respeto de los derechos fundamentales ha sido, sin embargo, reiteradamente reconocida.

---

<sup>1</sup> DO C 120, de 16 de mayo de 1989, pág. 51.

<sup>2</sup> *El dossier de Europa*, núm. 6, mayo 1990, Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

En el orden constitucional comunitario dicho reconocimiento, implícito en los preámbulos de los Tratados constitutivos originarios, se hace explícito en el Acta Unica Europea, en cuyo preámbulo los Estados miembros se proclaman «decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social». En el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, actualmente pendiente de ratificación por parte de varios Estados, se encuentra ya un precepto, el artículo F.2, que expresa dicho reconocimiento en los términos siguientes: «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»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Igualmente, hay otras dos referencias. En el Título V, «Disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común», el artículo J.1.2 señala:

«Los objetivos de la política exterior y de seguridad común son los siguientes:

(...)

— el desarrollo y la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.»

Igualmente, en el Título VI, «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior», el artículo K.2.1 dispone:

«Las cuestiones a que se refiere el artículo K.1 se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos.»

Las tres referencias transcritas escapan, sin embargo, a la jurisdicción del Tribunal, por virtud del artículo L del mismo Tratado de la Unión Europea, publicado en el *DOCE C* 191, de 29 de julio de 1992.

Entre otros instrumentos relevantes que ponen de manifiesto el carácter esencial del respeto de los derechos fundamentales, es preciso destacar la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 <sup>4</sup> y la Declaración sobre la democracia adoptada por el Consejo Europeo de Copenhage de abril de 1978 <sup>5</sup>, en la que los Jefes de Estado y de Gobierno subrayan expresamente el carácter indispensable del respeto de los derechos fundamentales como presupuesto de la adhesión a las Comunidades Europeas, al declarar solemnemente «que el respeto y el mantenimiento de la democracia representativa y de los derechos del hombre en cada uno de los Estados miembros constituyen elementos esenciales de la adhesión a las Comunidades Europeas».

## II. EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento jurisprudencial de la vigencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario fue precedido por una actitud negativa del Tribunal de Justicia que, ante alegaciones basadas en derechos fundamentales protegidos por las Constituciones internas, se limitó a poner de relieve que la validez de los actos comunitarios estaba exclusivamente condicionada por las normas del propio Derecho comunitario y que no había lugar a examinar las alegaciones basadas en el Derecho interno de los Estados miembros <sup>6</sup>.

La primera alusión a los derechos fundamentales como elemento integrado en el Derecho comunitario se encuentra en la sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969 <sup>7</sup>, en la

<sup>4</sup> DO C 103, de 27 de abril de 1977, pág. 1.

<sup>5</sup> *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm. 3-1978, pág. 5.

<sup>6</sup> Sentencias de 4 de febrero de 1959, *Stork c. Alta Autoridad*, asunto 1/58, Rec., pág. 47, y de 15 de julio de 1960, *Präsident e.a. c. Alta Autoridad*, asuntos 36-38/59 y 40/59, Rec., pág. 857.

<sup>7</sup> Asunto 29/69, Rec., pág. 419.

que, respondiendo a la cuestión planteada por un Tribunal alemán sobre la compatibilidad de una disposición de una decisión de la Comisión con los principios generales del Derecho comunitario, el Tribunal, después de proceder a la interpretación de la disposición cuestionada, señala que, con esa interpretación, la disposición en cuestión no revela ningún elemento susceptible de entrar en contradicción con «los derechos fundamentales de la persona comprendidos dentro de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal».

En sentencias posteriores se va afirmando la doctrina jurisprudencial con referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros <sup>8</sup> y a los instrumentos internacionales en que han participado los Estados miembros, referencia que aparece en la sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974 <sup>9</sup>, en la cual ya se plasma la fórmula que sustancialmente condensa la concepción jurisprudencial del *status* de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: «Los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el Tribunal de Justicia. Al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de manera que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de estos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario.»

---

<sup>8</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec., pág. 1125.

<sup>9</sup> Asunto 4/73, Rec., pág. 491.

### III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO CAUCE NORMATIVO DE INCORPORACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DERECHO COMUNITARIO

La incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico comunitario por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se realiza básicamente a través de los principios generales de Derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, categoría a la que el artículo 215 del Tratado CEE remite expresamente en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, pero que la jurisprudencia ha consagrado con carácter general como fuente de Derecho comunitario especialmente apta para colmar las lagunas del sistema <sup>10</sup>.

Ahora bien, los principios generales, categoría normativa eminentemente material desvinculada de un determinado cauce de «producción normativa», se alimentan de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y también del ordenamiento jurídico internacional. Por otra parte, algunos de esos principios generales encuentran expresiones particulares en normas escritas del propio Derecho comunitario.

Examinaremos sucesivamente la relevancia de estos distintos ordenamientos jurídicos en la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos fundamentales.

### IV. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En lo que se refiere al Derecho interno de los Estados miembros, en cuanto fuente de inspiración para la identificación de los principios generales comunes en materia de dere-

---

<sup>10</sup> Vid. P. PESCATORE, «Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire», *Actes du 12ème congrès de la FIDE*, vol. 2, París, 1986, págs. 17-54.

chos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha puesto especial énfasis en las tradiciones constitucionales comunes, subrayando —por ejemplo en la ya citada sentencia *Nold*— que «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de estos Estados».

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia ha reiterado en muchas ocasiones —entre otras, en la sentencia *Hauer*<sup>11</sup>, que, por otra parte, reitera expresamente la jurisprudencia *Nold*— que la afectación de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciada más que en el marco del propio Derecho comunitario, porque «la introducción de criterios de apreciación particulares, dependientes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría inexorablemente por efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad».

Las dos afirmaciones jurisprudenciales citadas pueden parecer contradictorias. Sin embargo, son plenamente conciliables. Lo que ponen de manifiesto es que el Derecho constitucional interno de cada uno de los Estados miembros no puede ser tomado aisladamente como parámetro de definición de la protección de determinados derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, sino que todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros y, especialmente, sus normas constitucionales, han de ser tomados en consideración para definir el parámetro común de protección. La responsabilidad de esta definición recae sobre el Tribunal de Justicia.

Habida cuenta de la comunidad de valores que comparten los Estados miembros de la Comunidad, el problema de la definición del parámetro comunitario no afecta tanto a la identificación de los derechos tutelados como a la determinación del *standard* concreto de su protección.

Pienso, en efecto, que, aun cuando, ciertamente, determinados derechos fundamentales pueden ser reconocidos en

---

<sup>11</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Rec., pág. 3727.

alguno o algunos de los ordenamientos jurídicos nacionales y no en otros, las diferencias existentes a este respecto entre los Estados miembros de la Comunidad no son sustanciales, sino que, al menos en la mayoría de los casos, se deben más bien a distintas configuraciones técnicas y conceptuales de los derechos fundamentales que tienden a desvanecerse cuando se profundiza en el contenido de los derechos reconocidos.

En cambio es indudable que las divergencias entre los derechos nacionales son mucho más considerables en lo que al alcance de la protección conferida se refiere, alcance que depende, con frecuencia, de la ponderación entre el interés público y los derechos fundamentales del particular en caso de conflicto entre ambos.

Resulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones, como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial.

Puedo afirmar, sin embargo, que dicho parámetro no se construye sobre la base de un «*standard* mínimo común», sino que la definición del *standard* comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales —valoración que incluye, naturalmente, el examen de la jurisprudencia nacional relevante— y culmina con una opción jurisprudencial en la que, naturalmente, no está necesariamente ausente un elemento de creatividad del propio Tribunal de Justicia, que se gesta en el proceso dialéctico de la deliberación.

Se puede tomar como ejemplo la ya citada sentencia *Hauer*, en la que el Tribunal de Justicia examinó —además del primer protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos— las «normas y prácticas constitucionales» de los (entonces) nueve Estados miembros, para concluir que todos admitían la legitimidad de restricciones legislativas al uso de la propiedad privada por razones de interés general.

Ahora bien, la *ratio decidendi* de la sentencia, que consideró compatible con el contenido esencial del derecho de pro-

piedad la prohibición de nuevas plantaciones de viñedos establecida por un reglamento comunitario, radica, en mi opinión, en la valoración de la proporcionalidad de dicha medida sobre la base de una ponderación del objetivo de interés general perseguido con las restricciones al ejercicio del derecho fundamental en cuestión. Esta valoración implica la aplicación de un *standard* que no es un mero «resultado» de la comparación de los sistemas nacionales, sino que expresa una opción del Tribunal, entre distintas soluciones posibles, sobre la base de dicha comparación.

La sentencia *Hoechst*<sup>12</sup> ofrece un ejemplo interesante y singular de otro tipo de interacción entre Derecho comunitario y Derecho interno en materia de protección de derechos fundamentales.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia negó el reconocimiento de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el ordenamiento comunitario, en lo que se refiere a los locales comerciales de las empresas, basándose, entre otras consideraciones, en que «los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo que se refiere a la naturaleza y al grado de protección de los locales comerciales frente a las intervenciones de las autoridades públicas».

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia subrayó que «en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. La exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario».

---

<sup>12</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst c. Comisión*, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec., pág. 2859, así como las sentencias de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux c. Comisión*, asunto 85/87, Rec., pág. 3137, y *Dow Chemical Ibérica c. Comisión*, asuntos acumulados 97 a 99/87, Rec., pág. 3165.

A la luz de este principio, el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 14 del Reglamento número 17 —artículo relativo a las inspecciones de la Comisión en aplicación de las normas comunitarias de competencia— en el sentido de que, cuando la Comisión solicita la colaboración de las autoridades nacionales para llevar a cabo medidas de verificación no basadas en la colaboración de las empresas afectadas, corresponde básicamente al Derecho interno del Estado de que se trate definir las modalidades de procedimiento apropiadas para garantizar el respeto de los derechos de las empresas.

De este modo, la sentencia, después de reconocer, en el marco del propio Derecho comunitario, el derecho de las empresas a no ser objeto de intervenciones arbitrarias o desproporcionadas, no define un *standard* comunitario de protección de este derecho, sino que remite al respecto a las normas de procedimiento de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

## V. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

En lo que se refiere al Derecho internacional, hay que destacar la referencia, cada vez más frecuente en la jurisprudencia, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos), aunque también han sido tomados en consideración otros instrumentos internacionales, en concreto, en la sentencia *Defrenne*<sup>13</sup>, la Carta Social Europea y el Convenio 111 de la OIT, y, más recientemente, en las sentencias *Orkem* y *Solvay*<sup>14</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Al igual que el Derecho interno, las normas internacionales de protección de los derechos humanos no son formalmente aplicadas en el Tribunal de Justicia en cuanto tales normas

---

<sup>13</sup> Sentencia de 15 de junio de 1978, asunto 149/77, Rec., pág. 1365.

<sup>14</sup> Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, asunto 374/87, Rec., pág. 3283, y *Solvay c. Comisión*, asunto 27/88, Rec., pág. 3355.

internacionales, sino que son tomadas en consideración en cuanto fuente para la identificación de los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Este enfoque, que puede resultar apropiado en relación con tratados internacionales de los que no son parte todos los Estados miembros o en relación con instrumentos internacionales de valor jurídico controvertido, resulta, en cambio, sorprendente cuando se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el cual todos los Estados miembros han manifestado su consentimiento en obligarse. En efecto, existen buenos argumentos jurídicos para sostener que las disposiciones materiales del Convenio —en contraposición a sus disposiciones institucionales— tienen carácter vinculante para la Comunidad <sup>15</sup>, puesto que, en la medida en que ésta es titular de competencias que le han sido cedidas por los Estados miembros, el ejercicio de dichas competencias no puede quedar sustraído, como consecuencia de su transferencia a la Comunidad, a las obligaciones internacionales que incumben a los Estados miembros.

Esta argumentación, en la que el Tribunal de Justicia se ha basado para afirmar que el GATT vincula a la Comunidad <sup>16</sup>, no ha sido, sin embargo, aplicada al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que nunca se ha afirmado que obligue, en cuanto tal, a la Comunidad. El Tribunal de Justicia se ha limitado a destacar la particular relevancia que, entre los instrumentos internacionales relativos a la protec-

---

<sup>15</sup> P. PESCATORE ha defendido la tesis de la plena sumisión de la Comunidad al Convenio, incluso a la jurisdicción de los órganos de Estrasburgo, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la convention européenne des droits de l'homme», *Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda*, Heymann, Colonia, 1988, págs. 441 y sigs. En cambio, la Comisión Europea de Derechos Humanos se ha declarado incompetente *rationae personae* en procedimientos intentados por particulares directa o indirectamente contra las Comunidades Europeas, *vid.* las decisiones de 10 de julio de 1978, *CFDT c. Comunidades Europeas*, núm. 8030/77, DR 13, pág. 231; decisión de 19 de enero de 1989, *C. Dufay c. Comunidades Europeas*, núm. 13539/88, y decisión de 9 de febrero de 1990, *CM & Co. c. República Federal de Alemania*, núm. 13258/87, comunicado a la prensa C (90) 19, de 13 de febrero de 1990.

<sup>16</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company NV*, asuntos acumulados 21 a 24/72, Rec., pág. 1219.

ción de los derechos humanos, reviste el Convenio Europeo en orden a la identificación de los principios generales vigentes en el ordenamiento comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el examen de la abundante jurisprudencia que, a partir de la sentencia *Rutili*<sup>17</sup>, se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pone de manifiesto, a mi juicio, que, con independencia de la explicación teórica del valor jurídico del Convenio como elemento de identificación de principios generales, el Tribunal de Justicia aplica de hecho sus disposiciones como parte integrante del Derecho comunitario. Hay, incluso, elementos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que pueden ser interpretados como un reconocimiento, en el ámbito comunitario, de la autoridad de la interpretación del Convenio por su órgano jurisdiccional específico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, en la sentencia *Hoechst*, la interpretación del artículo 8 del Convenio por el Tribunal de Justicia va precedida de la constatación de que no existe jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el problema examinado. Y, en la sentencia *Orkem*<sup>18</sup>, a propósito del derecho a no prestar declaración en contra de sí mismo, se subraya que el reconocimiento de semejante derecho no resulta ni del texto del artículo 6 del Convenio «ni de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

En definitiva, considero que el Convenio Europeo de Derechos Humanos desempeña ya en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido.

Cuestión distinta, para la que la jurisprudencia existente no ofrece elementos de respuesta, es la del valor jurídico de aquellos protocolos adicionales al Convenio que no vinculan a todos los Estados miembros de la Comunidad.

---

<sup>17</sup> Sentencia de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, Rec., pág. 1219.

<sup>18</sup> Cit. *supra*, nota 13.

## VI. LA RELEVANCIA DE LAS NORMAS ESCRITAS DE DERECHO COMUNITARIO

En lo que se refiere a la relevancia de las normas escritas de Derecho comunitario originario o derivado en orden a la definición de los derechos fundamentales, he de hacer una breve referencia a una faceta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que me parece necesario dejar constancia, a pesar de que, en rigor, no constituye el objeto de la presente ponencia.

En primer término quiero subrayar que los tratados reconocen una serie de libertades básicas de carácter económico que fueron concebidas inicialmente como libertades instrumentales en orden a la realización de un mercado común que funcione en régimen de competencia y que, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado progresivamente como auténticos derechos fundamentales del ciudadano comunitario. Esta concepción está cargada de consecuencias, en especial en orden a la interpretación extensiva de las normas de Derecho comunitario derivado que reconocen determinados derechos a los beneficiarios de las libertades comunitarias. La jurisprudencia relativa a la libre circulación de trabajadores ofrece a este respecto abundantes ejemplos, entre los cuales cabe destacar la ya citada sentencia *Rutili*<sup>19</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia procede a interpretar determinadas normas de los tratados en clave de derechos fundamentales, considerando que constituyen expresiones particulares de un principio general. Tal es el caso del artículo 119 del Tratado, considerado desde la sentencia *Defrenne*<sup>20</sup> como expresión de un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, o de la prohibición de dis-

---

<sup>19</sup> Cit. *supra*, nota 16. Son también especialmente significativas las sentencias de 7 de julio de 1976, *Watson y Belmann*, asunto 118/75, Rec., pág. 1185; de 27 de octubre de 1977, *Boucherau*, asunto 30/77, Rec., pág. 1999; de 23 de marzo de 1982, *Levin*, asunto 53/81, Rec., pág. 1035, y de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, asunto 222/86, Rec., pág. 4097.

<sup>20</sup> Cit. *supra*, nota 12.

criminales entre productores o consumidores de la Comunidad en el ámbito de la organización común de los mercados agrícolas, enunciada en el artículo 40, apartado 3, párrafo segundo, del Tratado, que, desde la sentencia *Ruckdeschel*<sup>21</sup>, ha sido interpretado como expresión específica del principio general de igualdad, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario.

## VII. EL AMBITO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al abordar el ámbito de protección de los derechos fundamentales reconocidos como vigentes en el ordenamiento jurídico comunitario, resulta obligado proceder a una comparación con la evolución del modelo americano<sup>22</sup>. En efecto, hasta 1925 los derechos reconocidos en la Constitución de los Estados Unidos sólo eran invocables frente a las autoridades federales. Sin embargo, a partir de la sentencia *Gitlow v. New York*, dictada en el referido año de 1925<sup>23</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo extendió la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución federal —y, por consiguiente, el control jurisdiccional federal de su respeto— con carácter general a la legislación y a la administración de los Estados federados.

El alcance de la protección de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario es más limitado, pero también desborda el marco de la actuación normativa y administrativa de los órganos propios de la Comunidad para extenderse a las acciones de los Estados

---

<sup>21</sup> Sentencia de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 y 16/77, Rec., pág. 1753.

<sup>22</sup> *Vid.* al respecto K. LENAERTS, «Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften und im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationale Privatrecht und Europarecht*, 1992, pág. 281; F. MANCINI y V. DI BUCCI, «Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire», *Recueil des cours de l'academie de droit européen*, vol. 1, 1990, Nijhoff, Dordrecht, pág. 27, apartados 3 a 6, en págs. 39 y sigs.

<sup>23</sup> 268 U.S. 652 (1925).

miembros que se sitúan «en el ámbito del Derecho comunitario».

El aspecto más interesante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto radica en la progresiva precisión —aunque, ciertamente, aún no puede considerarse que esta evolución haya llegado a su término— de los criterios de delimitación del ámbito del Derecho comunitario, en relación con las esferas correspondientes exclusivamente al Derecho interno y, por consiguiente, sustraídas al control comunitario en relación con el respeto de los derechos fundamentales.

La primera sentencia en que se aborda expresamente esta cuestión es la ya citada sentencia *Defrenne*, en la cual, después de afirmarse que la eliminación de discriminaciones por razón de sexo forma parte de los derechos fundamentales incorporados al ordenamiento comunitario, se pone de relieve que el control comunitario no alcanza a situaciones regidas por el Derecho interno, las cuales deben ser apreciadas por los Tribunales nacionales sobre la base de los principios del Derecho interno y del Derecho internacional vigentes en cada Estado miembro.

La sentencia *Cinéthèque*, de 11 de julio de 1985<sup>24</sup>, considerada por una parte de la doctrina como especialmente restrictiva —a mi juicio erróneamente—, consagra ya una fórmula general que, en mi opinión, sin perjuicio de las precisiones contenidas en la jurisprudencia posterior, sigue siendo plenamente válida: «Si es cierto que incumbe al Tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le corresponde, en cambio, examinar la compatibilidad, con el Convenio Europeo, de una ley nacional que se sitúa... en un ámbito que corresponde a la apreciación del legislador nacional.»

Dos años más tarde aparece en la sentencia *Demirel*<sup>25</sup> una fórmula semejante: «... El Tribunal... debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho

---

<sup>24</sup> Asuntos 60 y 61/84, Rec., pág. 2605.

<sup>25</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Meryem Demirel*, asunto 12/86, Rec., pág. 3719.

comunitario, pero no puede verificar la compatibilidad, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de una reglamentación nacional que no se sitúa dentro del marco del Derecho comunitario...»

La aportación más significativa de esta sentencia radica en que, a continuación, se justifica la sustracción de la reglamentación nacional analizada al control comunitario en materia de derechos fundamentales por la inexistencia de una norma comunitaria reguladora de las condiciones de reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad, lo que lleva consigo que la reglamentación nacional cuestionada no tiene por objeto la ejecución de una disposición del Derecho comunitario. Se reconoce así implícitamente, *a sensu contrario*, que las reglamentaciones nacionales que tienen por objeto la ejecución de disposiciones de Derecho comunitario quedan dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por este ordenamiento.

Esta consecuencia se hace explícita en la sentencia *Wachauf*, de 13 de julio de 1989<sup>26</sup>, en la cual se afirma que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros cuando ejecutan reglamentaciones comunitarias.

Finalmente, en la sentencia *ERT*, de 18 de junio de 1991<sup>27</sup>, se añade a la jurisprudencia anterior, que se sintetiza en términos especialmente claros, la afirmación de que las normas de Derecho interno que se basan en disposiciones comunitarias que autorizan excepciones a las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado —en el caso concreto al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios— tienen que ser conformes a los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de este ordenamiento.

Concluiré este apartado con la cita literal de los párrafos pertinentes de esta sentencia, en los cuales se sintetiza el estado actual del desarrollo jurisprudencial del Derecho comu-

---

<sup>26</sup> Asunto 5/88, Rec., pág. 2609.

<sup>27</sup> Asunto C-260/89, Rec., pág. 1-2925.

nitario en cuanto al ámbito de protección de los derechos fundamentales:

«... según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (véase, sobre todo, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, Rec., pág. 491, apartado 13). El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular (véase, sobre todo, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec., pág. 1651, apartado 18). De ahí se deduce que, como afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf* (5/88, Rec., pág. 2609, apartado 19), no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.

Según su jurisprudencia (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec., pág. 2605, apartado 26, y de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, 12/86, Rec., pág. 3719, apartado 28), el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, tal como están expresados, en particular, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

En particular, cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obs-

taculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y, especialmente, de los derechos fundamentales. De este modo, la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.

De ello se sigue que en semejante caso compete al Juez nacional y, en su caso, al Tribunal de Justicia, apreciar la aplicación de dichas disposiciones, teniendo en cuenta todas las normas del Derecho comunitario, incluida la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en cuanto principio general del derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.»

### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La presente ponencia, conscientemente limitada al examen selectivo de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la protección de los derechos fundamentales<sup>28</sup>, ha sido concebida como base para el coloquio. Por ello

---

<sup>28</sup> La bibliografía sobre el tema de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea es desbordante. Entre la más reciente en lengua española, *vid.* A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989; M. A. DAUSES, «La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-14, 1991, págs. 355 y sigs.; M. DIEZ DE VELASCO, «La declaración de los derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correira*, Coimbra, 1991, vol. III, págs. 427-459; L. M. DIEZ PICAZO, «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», en *REDC*, año 11, núm. 32, 1991, págs. 135-155; G. ROBLES MORCHON, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988; D. RUIZ-JARABO COLOMER, «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *RIE*, vol. 17, 1990, núm. 1, págs. 151-182.

concluiré con unas breves consideraciones tendentes más bien a plantear cuestiones y problemas que a proponer soluciones o «conclusiones».

En primer término me parece interesante llamar la atención sobre el hecho de que, en el Derecho comunitario, el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental.

A este respecto resulta ilustrativo, en el orden terminológico, el hecho de que con mucha frecuencia el Tribunal de Justicia tutela derechos de los particulares sobre la base de un principio general de derecho, tal como el de la proporcionalidad o el de la confianza legítima, sin calificarlos como derechos fundamentales <sup>29</sup>.

Sin embargo, en la sentencia *Hoechst* se ha dado relevancia a la distinción entre un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio —cuya existencia se niega en lo que a las personas jurídicas se refiere— y un principio general que excluye cualquier intervención pública de carácter arbitrario o desproporcionado en la esfera de actividad privada de cualquier persona, física o jurídica.

Cabe preguntarse si, en este caso, la afirmación de la existencia de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en lo que se refiere a los locales de negocios de las personas jurídicas, habría llevado consigo consecuencias jurídicas diferentes. A mi juicio, el reconocimiento de semejante derecho fundamental habría exigido que el Tribunal definiese un *standard* comunitario de protección —por ejemplo, la exigencia de mandato judicial previo para la realización de verificaciones sin la colaboración de las empresas— en lugar de remitir a los *standard* del Derecho interno. Esta remisión po-

---

<sup>29</sup> Sentencias de 15 de julio de 1982, *Edeka*, asunto 245/81, Rec., pág. 2745; de 28 de octubre de 1982, *Faust*, asunto 52/81, Rec., pág. 3745; de 17 de junio de 1987, *Frico*, asuntos acumulados 424 y 425/85, Rec., pág. 2755; de 28 de abril de 1988, *Mulder*, asunto 120/86, Rec., pág. 2321, y de 14 de febrero de 1992, *Delacre*, asunto C-350/88, Rec., pág. I-395.

dría así explicarse como consecuencia de la inexistencia de un derecho fundamental.

Ahora bien, esta explicación personal no encuentra ningún apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque tampoco está en contradicción con ella. La cuestión está abierta.

En segundo lugar quiero suscitar la cuestión de la valoración del actual sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, basado en su reconocimiento por vía jurisprudencial, en relación con otras posibilidades que han sido consideradas en distintas ocasiones, tales como la adhesión de las Comunidades al Convenio Europeo de Derechos Humanos o el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales propio de la Comunidad, posibilidades que, por otra parte, no me parecen recíprocamente excluyentes.

A este respecto haré las siguientes observaciones: La primera es que el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales reconocidos como tales favorecería evidentemente la seguridad jurídica frente a la situación actual, en la que el Tribunal de Justicia debe decidir en cada caso si un determinado derecho fundamental debe ser reconocido o no como parte integrante del Derecho comunitario, es decir, que, cuando no existe jurisprudencia previa, sólo se reconoce un derecho después de que ha sido alegada ante el Juez la violación del mismo <sup>30</sup>.

La segunda observación es que esta incertidumbre queda en cierta medida paliada por la aplicación, en la práctica jurisprudencial, del Convenio Europeo de Derechos Humanos como elemento integrante del Derecho comunitario.

La tercera observación es que, a pesar de lo anterior, considero que la adhesión de la Comunidad Europea en cuanto tal al Convenio Europeo de Derechos Humanos traería consigo la indudable ventaja de someter también a la Comunidad y a su Tribunal de Justicia al control supranacional de los órganos de Estrasburgo. En este sentido, pienso que, del mis-

---

<sup>30</sup> *Vid.* en este sentido L. M. DIEZ-PICAZO, loc. cit. (*supra*, nota 27), págs. 147 y 148.

mo modo que la existencia de sistemas nacionales ampliamente desarrollados de protección de los derechos humanos en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa no hace superfluo el control supranacional, la sumisión del Tribunal de Justicia, en cuanto jurisdicción interna de la Comunidad, a dicho control podría tener una utilidad semejante.

La última observación es la siguiente: Aun cuando se establezca un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido en el Derecho comunitario, dicho catálogo no debería considerarse exhaustivo en el sentido de excluir la posibilidad de reconocimiento de otros derechos por vía jurisprudencial sobre la base de los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

En tercer lugar me referiré al problema de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a través del Derecho comunitario, en aquellos Estados miembros —Reino Unido, Irlanda y Dinamarca— en los que no se reconoce efecto directo a las disposiciones del Convenio.

La disyuntiva básica que se plantea es la siguiente: En la medida en que las disposiciones del Convenio se aplican, en cuanto principios generales de Derecho comunitario, a las acciones de los Estados miembros que se sitúan en el ámbito del Derecho comunitario, ¿son invocables dichas disposiciones por los particulares incondicionalmente o sólo en conexión con una norma «estrictamente comunitaria» que tenga efecto directo?

Este problema ha sido debatido incidentalmente en la vista oral de un proceso prejudicial suscitado por un órgano jurisdiccional del Reino Unido, aunque luego no encontró ningún reflejo en la sentencia del Tribunal de Justicia ni ha sido hasta ahora abordado por la jurisprudencia.

En cuarto lugar plantearé el problema de los efectos jurídicos del nuevo artículo F.2 del Tratado sobre la Unión Europea, citado en la introducción de la presente ponencia, sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

En una primera reflexión, pienso que este artículo constituye una confirmación constitucional de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo curioso es que esta disposición queda sustraída a la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia en virtud del artículo L del mismo Tratado.

En quinto y último lugar no quiero dejar de mencionar el hecho de que ha habido distintas valoraciones negativas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, de las que es exponente especialmente radical un reciente artículo publicado en dos revistas de Derecho europeo, en el que se sostiene que el Tribunal de Justicia no «toma en serio» los derechos fundamentales, sino que los instrumentaliza al servicio de la afirmación de la primacía del Derecho comunitario y de la expansión de su ámbito de aplicación <sup>31</sup>.

Desde luego no comparto esta valoración. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en relación con los derechos fundamentales, ha recibido un impulso probablemente decisivo de las reservas expresadas por algunos Tribunales nacionales —especialmente los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia—, en relación con la insuficiente protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, los propios Tribunales Constitucionales alemán e italiano, así como la Comisión Europea de Derechos Humanos, han reconocido como satisfactoria, en términos generales, la protección de los derechos fundamentales asegurada en el ámbito comunitario por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia <sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> C. JASON y A. O'NEILL, «The European Court of Justice: taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, vol. 29/1992, núm. 4, págs. 669-692, y *Legal Studies*, vol. 12/1992, núm. 2, págs. 227-245.

<sup>32</sup> Me refiero especialmente a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de octubre de 1986, conocida como «Solange II» (2 BvR, 197/83, BVerfGE 73, pág. 339, traducción española de los fundamentos de derecho en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1987, pág. 881), a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de mayo de 1989 (sentencia núm. 232/89, *Il Foro Italiano*, 1990, I, pág. 1885), y a la Decisión de la Comisión de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990, *cit. supra*, nota 14. Sobre las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho comunitario, en especial en materia de derechos fundamentales, *vid. mi trabajo con U. WOLKER*, «De-

En mi opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia constituye una respuesta adecuada, sobre la base de los principios jurídicos generales, a una laguna del Derecho comunitario escrito, en ejercicio responsable de la misión, confiada al Tribunal por los Tratados, de asegurar el respeto del Derecho en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

---

recho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Rev. de Instituciones Europeas*, 1987, vol. 14, núm. 3, págs. 667-685; así como mi estudio «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario», que se publicará próximamente en la obra *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco)*.

COMUNICACION A LA PONENCIA IV:  
METODOS DE INTEGRACION  
DEL CONVENIO EUROPEO  
DE DERECHOS DEL HOMBRE  
EN EL SISTEMA COMUNITARIO,  
por Juan de Miguel Zaragoza

Algunos años antes de que en 1969 el Tribunal de Justicia comunitario sentase las primeras bases de una doctrina reiterada, sin apenas variaciones y consagrada por el Tratado de Maastricht, algunos autores, ante la ausencia de una parte dogmática en los Tratados fundacionales, comenzaron a preguntarse si las Comunidades estaban vinculadas por el Convenio Europeo <sup>1</sup>, incluso por la vía de la sucesión de Estados, como en relación al GATT <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> WALBROEK, «La Convention européenne des droits de l'homme, lie-t-elle les Communautés Européennes?», *Semana de Brujas, Droit communautaire, droit national*, 1965. Consultation de Strasbourg, «Les droits de l'homme dans l'Europe demain», *Revue des droits de l'homme*, vol. 4, 1973.

<sup>2</sup> Así se ha querido extrapolar la sentencia Internacional Fruit C.º de 12 de septiembre de 1972. TEITGEN decía: «Se podría suscribir, palabra por palabra, sin cambiar una coma, en la hipótesis en que el Tribunal hubiera de conocer la cuestión de saber si la CEDH, en cuanto tal y no en cuanto expresión de principios generales, vincula en su letra y en su espíritu a la autoridad comunitaria.» Ver «Coloquio de Grenoble», *RTD*, vol. VI, 1973, pág. 686, y KOVAR, «Les accords liant les Communauté et l'ordre juridique communautaire», *Revue du Marché Comun*, agosto de 1974.

Frente a los intentos brillantes de la doctrina, la propia Comisión de Derechos del Hombre, en el marco del Convenio, cerró esta vía metodológica con otra argumentación no menos brillante: el acto comunitario atacado no puede ser imputado a un Estado dado, porque los Estados miembros no han ejercido su «jurisdicción», en el sentido del CEDH<sup>3</sup>.

Junto a esta tarea de reflexión doctrinal ha coexistido una acción institucional convergente, tanto en el seno del Consejo de Europa como de las Comunidades, aunque por el momento ha quedado en el marco político, salvo la referencia programática del Preámbulo del Acta Unica y las disposiciones normativas del Tratado de Maastricht.

La promoción de los progresos en esta área ha correspondido fundamentalmente a los dos Parlamentos y a la Comisión.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ya en 1980, realizó un importante informe, en el que se decía:

«Formula el deseo de que las Comunidades Europeas presenten en un futuro muy próximo una petición oficial de adhesión al Convenio Europeo de Derechos del Hombre»<sup>4</sup>.

En 1985, la Resolución 85(5), de 24 de mayo de 1985, define a las dos Organizaciones como «instituciones esenciales de la construcción europea», a la que siguió el *arrangement* de 16 de junio de 1987, por el que se prevén medidas concretas de colaboración, tales como un sistema de consultas, y muy especialmente la participación de la Comisión en la elabora-

---

<sup>3</sup> Dec. Com. de 10 de julio de 1978. *Demande 8030/77*, cit. por DAUSES en «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», *RTD*, núm. 3, 1984, pág. 417. Ver también LECOURT, «Coloquio de Atenas, 1979», *Interferences entre la CEDH et le droit de la Communauté au regard de contrôle communautaire et national*.

<sup>4</sup> «Rapport sur l'adhésion du Communautés Europeennes à la Convention Européenne des droits de l'homme», Doc. 4649, AP de 12 de diciembre de 1980. Como dato más reciente puede verse la respuesta del Comité de Ministros a la cuestión escrita núm. 325 de M. Bruton, Doc. AP núm. 6.285, de 9 de julio de 1990.

ción de Convenios del Consejo de Europa, en los que debería insertarse una cláusula permitiendo a las Comunidades ser Parte en ciertos Convenios. Naturalmente se trata de aquellos Convenios que se relacionen con el ámbito material de sus competencias y sobre los que las Comunidades puedan ejercer una competencia externa, según la conocida doctrina del paralelismo de ambas competencias. Actualmente las Comunidades son Parte en seis Convenios y pueden serlo en otros siete.

En el lado comunitario, junto al impulso político, se ha hecho un notable esfuerzo en el plano técnico, al objeto de precisar el mandato de negociación del Consejo a la Comisión e identificar y abordar las soluciones a los numerosos problemas técnico-jurídicos que plantea un protocolo de adhesión al Convenio.

Elemento importante en el plano político es la Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 5 de abril de 1977:

«Considerando que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas se basan en el principio del respeto del Derecho,

Considerando en particular que todos los Estados miembros son Partes contratantes del Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950,

Han adoptado la Declaración siguiente:

1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

2. En el ejercicio de sus competencias respetarán y seguirán respetando tales derechos.»

Una interpretación auténtica sobre el valor jurídico de esta Declaración la ha dado la Comisión y puede entenderse que contiene un principio de autolimitación de las instituciones y un parámetro interpretativo de los actos adoptados por aquéllas. La Comisión entiende que

«obliga a las instituciones a conceder una importancia prioritaria a la protección de los derechos fundamentales y permite, en caso de duda, una interpretación conforme a los derechos fundamentales de los actos jurídicos adoptados por aquéllas»<sup>5</sup>.

Tal declaración es el resultado de acciones convergentes de las tres instituciones, aunque de distinta naturaleza.

El Parlamento Europeo, antes de la Conferencia de Maastricht, había propugnado una política de derechos humanos, *ad intra* y *ad extra*, «coherente, exhaustiva y eficaz», citando expresamente el Convenio Europeo y pidiendo a la Comisión que sobre la base jurídica del artículo 235 del TCEE presente propuestas concretas<sup>6</sup>.

Tal tarea culmina con la Resolución de 12 de abril de 1989, de valor político y no jurídico, lo que explica su estructura. En el plano subjetivo, unos derechos se predicán de «todos» y otros de los «ciudadanos comunitarios», pero su ámbito objetivo queda limitado al «ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (art. 25). Ahora bien, es evidente que ciertos de sus preceptos no tienen sentido en el ámbito comunitario, como la prohibición de la pena de muerte (art. 29) o el principio *non bis in idem* (art. 20), en materia penal. En su Preámbulo se cita el CEDH, al igual que otros textos internacionales, pero sin jerarquizarle ni obviamente recibirle como fuente comunitaria.

---

<sup>5</sup> Cit. por LECOURT, «Coloquio de Atenas», cit. en nota 18.

<sup>6</sup> Resolución sobre la cohesión económica y social, 18 de enero de 1989. Doc. A 2-307/88. DOCE C 47/54, de 27 de febrero de 1989, y Resolución de la misma fecha sobre la conmemoración del segundo centenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Después de la firma del Tratado, una nueva Resolución de 7 de abril de 1992, especialmente crítica <sup>7</sup>, contiene el siguiente párrafo:

«Deja incompleta la protección de los derechos y libertades fundamentales, así como las relativas a la ciudadanía, y no incluye en particular una carta de los derechos y libertades fundamentales, basándose en la Resolución de 12 de abril de 1989, por la que se aprueba la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales» <sup>8</sup>.

El Tribunal de Justicia, como es bien conocido, ha integrado en el sistema tanto el principio general de la protección de los derechos fundamentales como principios específicos: proporcionalidad, confianza legítima, seguridad jurídica, no discriminación, derechos de la defensa, etc. La jurisprudencia iniciada en 1969, con la sentencia Stauder, da respuesta además a un problema general de cualquier tribunal internacional: la competencia para integrar lagunas y razonar por analogía <sup>9</sup>. Reposa en la idea de la plenitud del sistema comunitario.

En sentencias ya históricas se hace una referencia, como fuente inspiradora, a ciertos instrumentos internacionales, sin mencionarlos (Nold, 1974), o expresa al Convenio Europeo y de algunos de sus artículos (como los arts. 8, 9, 10 y 11, sentencia Rutili, 1975). Tal doctrina se reafirma, con un ligero matiz que la afianza, en un asunto concerniente a España <sup>10</sup>:

«Según una jurisprudencia constante, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura el Tribunal, conforme a las tradiciones constitucionales comunes a

---

<sup>7</sup> Resolución A 3-0123/92.

<sup>8</sup> DOCE C 120, de 16 de mayo de 1989.

<sup>9</sup> Ver Juan DE MIGUEL ZARAGOZA, «La construcción jurisprudencial de una parte dogmática de la Constitución comunitaria», *Actualidad Administrativa*, núm. 18, 1986.

<sup>10</sup> Sentencia Dow Chemical Ibérica, S. A., de 17 de octubre de 1989.

los Estados miembros, así como en los instrumentos internacionales a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido. El Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 *reviste a este efecto una significación particular.*»

Junto a la metodología propia de la jurisprudencia, la Comisión y el Consejo exploran la que podría llamarse vía convencional, mediante la adhesión de las Comunidades al Convenio Europeo, como persona jurídica internacional <sup>11</sup>, línea aceptada sin reticencias por la otra OI afectada, es decir, el Consejo de Europa <sup>12</sup>.

En esta línea de actuación no se advierten aparentemente obstáculos políticos, sino técnicos, habiéndose dado ya un paso esencial consistente en la identificación de los problemas con algunas propuestas de soluciones.

En abril de 1979, la Comisión presentó un memorándum, que recibió informes favorables del Comité Económico y Social en 1980, que se suman al que ya dio el PE en 1982 y confirmado en 1989 y 1990. La Comisión ha partido de la idea de la necesidad de someter a un control externo, ejercido por los órganos de Estrasburgo, de los actos de las instituciones comunitarias, igual que cada uno de los Estados Parte y sobre el mismo parámetro constituido por el Convenio Europeo, teniendo en cuenta la autonomía del Derecho comunitario respecto a los Derechos nacionales.

La adhesión permitiría llenar una seria laguna estructural: cuando un Estado miembro ejecuta un acto de Derecho co-

---

<sup>11</sup> Fuentes documentales: *Communication de la Commission concernant l'adhesion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertes fondamentales, ainsi qu'à certains de ses protocoles*, de 19 de noviembre de 1990, SEC(90) 2087.

Secrétariat Général du Conseil. Note à l'attention du Groupe «Affaires Generales», 10 de julio de 1991, DGF.

Rapport de la Presidence du COREPER, de 1 de diciembre de 1983, INST., 3.

<sup>12</sup> Rapport de la Secrétaire Général, à l'attention du Comité des Ministres de 1 de agosto de 1990, CM(90) 136.

unitario, tal acto debe ser imputado a la Comunidad, pero éste es inmune a la jurisdicción de Estrasburgo.

Este control sólo se ejercería en relación al ámbito de aplicación del Derecho comunitario y no sometería a los Estados a un doble control, ni atribuiría a la Comunidad una competencia general en materia de derechos y libertades. Esta sólo derivaría de instrumentos de Derecho primario, por ejemplo, del Estatuto del Ciudadano Europeo.

La adhesión, en el plano del Derecho material, sería forzosamente parcial, pues ciertas áreas quedan manifiestamente fuera del ámbito comunitario <sup>13</sup>.

En el plano procesal exigiría ciertas adaptaciones en cuanto al órgano decisor. A este respecto, el mandato de negociación a la Comisión diría:

«Con el fin de asegurar a la Comunidad la plena participación en el seno de los órganos del Consejo, la Comisión deberá estar representada en cuanto tal ante la Comisión y ante el Tribunal de Derechos del Hombre. *Se deberá establecer una solución ad hoc, en cuanto a su representación ante el Comité de Ministros.*»

Quizás la solución más razonable es que los litigios en que sea parte la Comunidad sean siempre competencia del Tribunal de Estrasburgo y no del Comité de Ministros.

En cuanto a la base jurídica, y tal como recomienda el Parlamento Europeo, puede ser el llamado mecanismo integrador de «lagunas operacionales» (235 CEE, 203 CEEA y 95 CECA). Sin embargo, la Resolución del PE de 1989, que contiene el catálogo de derechos y libertades, no acude a tal base habilitante, sino genéricamente a los Tratados, jurisprudencia comunitaria, textos de NU, y solicita que «las demás instituciones comunitarias se adhieran formalmente a la misma».

---

<sup>13</sup> Un ejemplo reciente de adhesión parcial se encuentra en el Convenio de Viena de 1988, sobre tráfico ilícito de drogas, que vincularía a la Comunidad sólo en aquellos ámbitos para los que tiene competencias: v. gr., control de precursores.

A la luz de estas líneas convergentes se puede ahora formular la pregunta acerca de qué elementos innovadores aparecen en el Tratado de la Unión.

El artículo F del Título I, de aplicación general por tanto, establece que la Unión «respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan» en el CEDH. Se refiere también a las tradiciones constitucionales.

En el marco más específico de la cooperación judicial y de los asuntos de interior, se reitera en el artículo K.2 la cita del Convenio (más el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados), aunque no es igual la fórmula, pues señala que las «cuestiones de interés común» del K.1 se «tratarán» respetando tales Convenios y además no se refiere a las Constituciones nacionales.

Hay que preguntarse si el precepto especial contenido en el Título VI es pura y simplemente redundante respecto al Título I, Disposiciones Generales o si por el contrario sus campos son distintos.

Una explicación tan fácil, reduciendo la disparidad a un mero error de técnica jurídica, no resulta satisfactoria e incita a otro tipo de ejercicio.

Así podría formularse la hipótesis en que el ámbito subjetivo es distinto, refiriéndose la Disposición General a las Instituciones de la Unión, mientras el precepto especial se dirigiría a los Estados, pues los ámbitos del artículo K.1 son de competencia nacional y se sitúan en el ámbito de la cooperación intergubernamental. Los Estados retienen el derecho de iniciativa, con carácter exclusivo en ciertos ámbitos y en otros lo comparten con la Comisión.

En la Disposición General del artículo F se operaría la recepción formal del CEDH, por supuesto sólo en su parte dogmática y no en su parte orgánica, mientras la Disposición Especial del Título VI se sitúa en un segundo nivel y quizás quiera referirse a las normas de desarrollo e incluso a la praxis de las diferentes instancias nacionales y de la Unión.

Trascendiendo a estas diferencias, sí hay un elemento común: la falta de competencia del Tribunal de Justicia, confor-

me a lo dispuesto en el artículo L del Título VII. Ello no quiere decir que tales disposiciones carezcan de valor jurídico, sino que no tienen el plus de juridicidad que deriva de la judicialización.

Cualquiera que sea la interpretación que se dé, sí se puede hacer una delimitación negativa: estos preceptos cierran, por ahora, una etapa en que la protección de los derechos fundamentales se ligaba a la inclusión de una parte dogmática, equivalente a la de las Constituciones nacionales o al Estatuto del Ciudadano Europeo, pues la denominada «ciudadanía de la Unión» es un catálogo limitado, en cuanto no forma parte de la Unión, sino de la CEE, y los derechos reconocidos sólo son la libertad de circulación y residencia, el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, y para el PE, la protección diplomática y consular y el derecho de petición (arts. 8 al 8 E). La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989 decía en el Considerando E del Preámbulo:

«Considerando que el requisito para que exista la ciudadanía europea es que todos los ciudadanos se beneficien por igual de la protección de sus derechos y libertades en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.»

Obviamente este planteamiento no ha sido seguido en el Tratado de la Unión.

En conclusión, la doctrina de Maastricht no va más allá, en sus contenidos, que la que se encuentra en la Declaración Común de 1977, en la jurisprudencia y en el Preámbulo del Acta Unica. Formalmente en cambio sí hay una innovación, en cuanto sale del ámbito de las declaraciones preambulares o políticas, para adquirir un valor normativo. Pero ello no entraña su recepción como fuente formal del ordenamiento comunitario y por ello no se jerarquiza su posición en relación a las Constituciones nacionales citadas en el artículo F del Título I, ni en relación a las fuentes específicas comunitarias.



## COLOQUIO

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias al profesor Gil Carlos por esta interesantísima ponencia, muy precisa, además muy sugerente en este sentido de indagación de una nueva figura y de prospección de las consecuencias a que su desarrollo puede conducir. La ponencia que acabamos de escuchar apunta algunas peculiaridades del proceso de integración europea en el que estamos. Yo nada más quiero apuntar, a los efectos del coloquio, dos de estas peculiaridades que me ha sugerido la ponencia. En primer lugar, cómo unos derechos reconocidos en los ordenamientos internos, que evolucionan en esos ordenamientos internos hacia principios generales, sin embargo luego sufren una evolución paralela, una objetivación paralela en el ámbito comunitario, para ser insertados en una nueva interpretación distinta, retroalimentando los sistemas nacionales, lo cual es verdaderamente curioso desde el punto de vista de la renovación ordinamental y del sistema de fuentes. Segundo apunte: no me quiero alinear, en modo alguno, con ese artículo en lengua inglesa, «inspiración anglosajona», pero me ha llamado la atención —al hilo también de la ponencia— una paradoja entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento nacional. Cómo el Tribunal, para fijar su propia competencia, la conecta al ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y ese ámbito de aplicación la extiende al Derecho na-

cional, que ejecuta el Derecho comunitario, y cómo este criterio no se puede aplicar en Derecho interno, por ejemplo, en Derecho español, en donde la casación, por ejemplo, está montada exclusivamente en sentido estricto sobre el Derecho estatal, pero jamás podría extenderse —entiendo yo—, por ejemplo, a la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas, que en sentido estricto es una legislación de ejecución del momento unitario que están en las leyes de bases estatales. Es decir, que hay aquí una paradoja de cómo es más unitario el proceso de integración que los propios ordenamientos internos nacionales.

Bueno, con esto seguramente habré dado suficiente tiempo para que los asistentes reflexionen y puedan plantear su intervención. Antes quiero decir que don Juan de Miguel Zaragoza ha presentado una comunicación a esta ponencia, comunicación cuyo texto imagino ha sido facilitado a todos ustedes; amablemente él ha renunciado a defenderla verbalmente ahora aquí; hará referencia a ella, si acaso, en la intervención que en relación con la ponencia va a hacer, y le doy ya el primer turno de palabra, rogando a los demás que si quieren intervenir me lo indiquen para fijar ya el orden de intervenciones.

#### D. JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA

*(Subdirector General de Cooperación Jurídica Internacional.  
Ministerio de Justicia)*

Muchas gracias señor Presidente. Efectivamente, he presentado una breve comunicación en torno a la ponencia del profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, al que felicito por su excelente ponencia, y respecto al cual siento un gran afecto y me rejuvenece, porque siempre recuerdo aquellos tiempos en que yo era un joven Juez de Primera Instancia, en un pueblo asturiano, y él andaba en la Cátedra del profesor Sela; no se puede decir que hayamos seguido vidas paralelas, porque nunca se encuentran las paralelas, pero sí convergentes, y hoy es un acto de convergencia.

Bien, al preparar mi comunicación sentía eso que Jorge Valdano llama «el miedo escénico», de que si coincidía con

la ponencia del profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, desmerecería muchísimo; entonces pensé que quizá yo podría tratar un tema que a la vista del enunciado de la suya lo iba a dejar un poco en la sombra, aunque ahora lo ha desarrollado muchísimo. Su ponencia la he recibido esta tarde, y constato que en la página 21 hace alusión a una temática que yo he desarrollado más, que es la posibilidad de que las Comunidades, en cuanto persona jurídica internacional, se adhieran al propio Convenio de Derechos del Hombre, incluso a su aparato institucional. El ha apuntado los principales problemas, me remito a ellos, y me remito a la documentación de base que se cita en la ponencia y hasta donde yo conozco, paralizada desde 1990, aunque quizá ya existe el consenso más importante, que es la idea de que las Comunidades, en aquellos litigios en que sean parte, se sometan no a todo el aparato institucional del Convenio de Derechos del Hombre, es decir, no al Comité de Ministros, en cuanto a órgano cuasi jurisdiccional, sino sólo ante el Tribunal.

Constato con satisfacción que en cuanto Juez no tiene inconveniente en someterse al control externo que supone el Tribunal de Estrasburgo, porque efectivamente si hay adhesión al Convenio de Derechos de Hombre eso juega para todos los órganos comunitarios, incluso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Hay finalmente una parte que yo he tratado también en mi ponencia, y que él ha apuntado; que es el problema de la recepción del Convenio Europeo de Derechos del Hombre en el Tratado de Maastricht. Yo confieso que le he dado muchas vueltas a los dos artículos que hablan de esto, y realmente no tengo una idea muy clara; es decir, ¿que sentido tiene la referencia que se hace en el frontispicio, es decir, en el título primero del Tratado de Maastricht, al Convenio de Derechos del Hombre?, y ¿qué sentido tiene que se repita esto en el título sexto? Se podría pensar que es una pura redundancia, quizá como consecuencia de la aceleración que se ha producido en la negociación, que incluso ha hecho difícil para las altas burocracias el seguir exactamente el desarrollo y una visión sistemática, pero quizá la explicación sea muy simple; no es posible admitir que sea una pura repetición, de manera que

seguramente quieren decir algo distinto. En una teoría de urgencia, quizá me parece que en la parte general es donde se opera la recepción del Convenio, sin innovar excesivamente respecto a lo existente, y lo que contiene es un mandato dirigido a las instituciones de la Unión; mientras que en el título sexto, «Cooperación en el ámbito de la justicia de interior», a lo que se está refiriendo es a otra cosa, es a los Estados y a los agentes de cada Estado.

Citaba antes el Defensor del Pueblo los problemas de «Europopol», es decir, ¿quién controla esos datos?, ¿cómo es el tratamiento?, quizá la recepción que se hace en el título sexto, el de no ser redundante, sino que esté operando sobre campos distintos. Y ésa es en resumen mi ponencia, vamos, mi comunicación.

Y ahora al hilo un poco de la actualidad quisiera plantear otra cuestión, en la que yo pediría al profesor Rodríguez Iglesias que en su respuesta disociase su condición de Magistrado del Tribunal de Luxemburgo, y su condición de profesor. Es una sentencia que llegó a mis manos ayer, pero que hace tiempo que se espera en varias instancias comunitarias, y concretamente, en el Grupo Cooperación Judicial de la CPE, del que yo formo parte, no a título personal, sino en cuanto a representante del Ministerio de Justicia. Es una sentencia que él tendrá bien fresca, es de 27 de octubre del 92, de hace siete u ocho días; es un problema de Agricultura, es decir, no voy a hablar de Agricultura, ni de Organización Común de Mercados.

El problema de esta sentencia, y de ahí lo que estábamos esperando, es que se suponía que aquí se iba a tratar un problema general y que indica la máxima sujeción del individuo al Ordenamiento Jurídico comunitario; que son las potestades sancionadoras comunitarias, sobre todo las potestades sancionadoras en el ámbito penal y los procesos que el Derecho comunitario puede inducir en los sistemas penales nacionales. Está claro que los procesos descriminalizadores no se discuten, ya hay bastante jurisprudencia nacional que así lo establece; es decir, lo que es lícito según el Derecho comunitario, no puede ser lícito según el Derecho nacional, pero el fenómeno inverso, fenómenos criminalizadores, eso es mucho

menos claro. El problema surge por la necesidad de proteger los intereses financieros de las Comunidades, que quizá en el año noventa alcanzaron algo así como 130.000.000 de ecus, la necesidad de regular eso y de establecer normas comunitarias que eviten esa especie de sangría.

Entonces, cuando se estaba esperando un pronunciamiento del Tribunal, pronunciamiento que ha bloqueado dos conferencias seguidas de Ministros de Justicia que no pudieron adoptar ninguna resolución —el Ministro De la Quadra-Salcedo, extremadamente prudente, no quiso hacer ningún pronunciamiento de fondo en la última Conferencia de Bruselas—, justamente por no condicionar al Tribunal ni fijar ninguna posición. Se esperaba una iluminación de la Sentencia del Tribunal. No le pido profesor Gil Rodríguez Iglesias que haga autocrítica, pero me ha sorprendido enormemente un considerando 24, donde dice: «tratándose del último argumento empleado por el Gobierno alemán, conviene ante todo observar que no ha lugar en el marco del presente litigio, para pronunciarse sobre la competencia de la Comunidad del ámbito penal». De manera que me da la impresión de que con esta sentencia regresamos a 1976, cuando se empezó a discutir si la atribución de competencias a las Comunidades para ordenar a los Estados tipificar penalmente ciertos ilícitos, habría que hacerlo por la vía de una revisión de los Tratados y un Tratado Internacional, o si ya en el estado actual de los textos las Comunidades tienen potestades sancionadoras incluso en ese ámbito. Eso es lo que quería exponer, y muchas gracias.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Moderador)

Muchas gracias, tiene la palabra don Pablo Pérez Tremps.

#### D. PABLO PEREZ TREMPs

*(Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Extremadura)*

Me alegro de ver que el ponente, a pesar de su actual ocupación como Juez, mantiene la frescura intelectual de todo buen profesor, porque ha presentado un trabajo absolutamente sugerente y lleno de problemas a pesar de versar sobre un tema doctrinalmente tan trillado como es éste, por más que a la vez sea muy actual.

Querría, al hilo de su intervención, suscitar un asunto que me imagino que Gil Carlos Rodríguez Iglesias habrá resuelto en un trabajo que anuncia en el texto de su ponencia, pero que creo que aún no está publicado, y que en consecuencia no he podido leer, relativo a los Tribunales Constitucionales y el Derecho comunitario. De su exposición se deduce que, al menos en principio, el parámetro estatal y el parámetro comunitario de defensa de los derechos fundamentales no tienen por qué coincidir. Mi pregunta es: ¿qué sucede si un órgano jurisdiccional estatal sólo enjuicia una norma nacional de ejecución del Derecho comunitario desde el parámetro interno? En España el tema ya se ha planteado. Con independencia de la solución del fondo del asunto, esto sucedió en la sentencia APESCO; me refiero a la sentencia APESCO del Tribunal Constitucional (STC 64/1991), no a la del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Si no recuerdo mal, en ese asunto el Tribunal Constitucional lo que dice, más o menos, es lo que sigue: yo soy Juez de la constitucionalidad, yo no soy Juez del Derecho comunitario; por tanto yo sólo enjuicio si las normas estatales, en aquel caso las de reparto de cuotas de pesca para los caladeros NEAFC, vulneran o no el artículo 14 de la Constitución; y no puedo enjuiciar si vulneran el principio de igualdad comunitario, todo ello con independencia del valor que el Derecho comunitario tiene en materia de derechos fundamentales vía artículo 10.2 de la Constitución. Hago la pregunta: ¿está bien resuelta la cuestión, en especial tratándose de un derecho relacional como es el de igualdad?

Luego, casi en plan jocoso, querría hacer una pequeña observación. El ponente recuerda que el Tribunal Constitucio-

nal Federal alemán y la Corte Constitucional italiana han considerado satisfactorio el nivel de protección que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ofrece a los derechos fundamentales. Ello es verdad y se dice porque esos tribunales, como es bien sabido, han generado históricamente algunos conflictos al respecto. Ya que el Tribunal Constitucional español ha empezado no generando excesivos conflictos y también ha reconocido expresamente que el nivel de protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia es satisfactorio, creo que sería bueno decirlo...

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Muchas gracias. ¿Profesor Jiménez-Blanco?

D. ANTONIO JIMENEZ-BLANCO CARRILLO  
DE ALBORNOZ

*(Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Granada)*

Quería referirme al artículo crítico que ha mencionado, también distanciándose de él, mi colega de la Universidad de Granada el profesor Rodríguez Iglesias.

La verdad es que me extraña mucho que unos juristas de cultura anglosajona (creo que son irlandeses) se llamen a escándalo por el hecho de que los derechos fundamentales no nazcan de una tabla legislativa y sí de un desarrollo jurisprudencial. Habrá que acordarse de las polémicas inglesas del siglo XVII y del Juez Coke.

Por otra parte, el argumento me suena a conocido: es la misma crítica contra los Tribunales Constitucionales, a los que se les reprocha que instrumentalizan los derechos fundamentales para ampliar sus competencias en Derecho procesal, laboral, etc.

**D. LUCIANO PAREJO ALFONSO***(Moderador)*

Muchas gracias. D.<sup>a</sup> Margarita Retuerto.

**D.<sup>a</sup> MARGARITA RETUERTO BUADES***(Adjunta Primera del Defensor del Pueblo)*

Una cuestión, muy breve y muy práctica, además. Ante todo, quiero dar las gracias al anterior ponente y al actual, porque los dos han hablado de garantías; y no se olvide que las garantías son el instrumento más adecuado para que un Derecho pueda considerarse como realmente efectivo. El hombre de la calle, el ciudadano comunitario, se pregunta: ¿quién me defiende a mí?, y le defiende, lo sabemos muy bien en la inaplicación del Derecho comunitario, la Comisión. Lo defiende, o lo defenderá, el próximo Defensor del Pueblo —estoy hablando en el ámbito comunitario—, pero lo defiende ya en el campo de todos los derechos y deberes fundamentales, en concreto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

El ponente ha resaltado en esta intervención cómo de unos meros instrumentos de integración económica, que eran los Tratados constitutivos, se ha pasado a una protección efectiva de los derechos fundamentales mediante la aceptación práctica por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Convenio europeo. Y ésta es mi pregunta práctica. De hecho pueden surgir conflictos entre la jurisprudencia del Tribunal europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y el ponente ha hecho relación a una sentencia concreta: el caso «Heust» —creo que se dice así—, por la cual se entendía que no había inviolabilidad de domicilio de establecimientos mercantiles, cuando —si no recuerdo mal, lo tendría que confirmar el ponente— me parece que en el año 85 el Tribunal de Estrasburgo dijo exactamente lo contrario. Mi pregunta entonces es: en caso de disparidad de criterios jurisprudenciales, ¿qué criterio sigue el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea?, y ¿cuál podía ser la solución?, aunque ya anticipo que sería

la adhesión al Convenio, como ha dicho en sus conclusiones el profesor Carlos Rodríguez Iglesias. Eso es todo. Gracias.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Bueno, si no hay más intervenciones... profesor Rodríguez Iglesias, si quiere contestar.

#### D. GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS

*(Ponente)*

Sí, muchas gracias. Voy a empezar por la última pregunta porque así no se me olvida. Hay primero una cuestión concreta, relativa a una contradicción entre la sentencia Hoechst y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Yo he sido ponente de la sentencia Hoechst y tengo que decir con toda claridad que no existe contradicción entre esta sentencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Naturalmente, como ponente, lo primero que hice fue revisar la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos. No solamente la he mirado entonces, sino que además, después de ver un artículo en el que se afirmaba la contradicción entre la sentencia Hoechst y dicha jurisprudencia, volví a mirarla con espanto, temiendo haberme equivocado y haber podido inducir a error al conjunto del Tribunal (aunque me tranquilizaba el control de la colectividad, podía haberme equivocado). Entonces volví a revisar la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos y realmente hay una sentencia que puede considerarse en contradicción con la sentencia Hoechst si se coge un extracto de ella. Pero realmente se trata de un caso que afectaba a los locales de negocios de un empresario individual, que vivía además en el mismo lugar, de manera que no había forma de distinguir claramente entre el domicilio particular y el local de negocios. En esta Sentencia no se plantea, por tanto, como problema jurídico el de la interpretación del Convenio para determinar si el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser invocado o no por las personas jurídicas, en relación con sus

locales de negocios, problema que es el abordado en la sentencia Hoechst. (Creo que hay una sentencia del Tribunal Constitucional español que tampoco es totalmente concluyente en esta materia.) En definitiva, creo que en este caso no ha habido contradicción con la jurisprudencia existente. Ahora bien, puede haberla; lo que puede ocurrir es que el año que viene el Tribunal europeo de Derechos Humanos diga que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser invocado por las personas jurídicas, en relación con sus locales de negocios. Eso, naturalmente, no se puede evitar, y si la contradicción es sobrevenida naturalmente habrá que vivir con ella y, normalmente —creo yo—, habrá que rectificar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En mi opinión —creo que esto puedo decirlo—, aunque no sea perceptible con toda claridad en la jurisprudencia, creo que hay elementos que apuntan a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas trata de conformar su propia jurisprudencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y evitar conflictos.

En relación con otras cuestiones que se han planteado, en primer lugar, el profesor Parejo Alfonso había hecho una comparación con la casación, que yo creo que no se puede exagerar, porque creo que en esta materia de derechos fundamentales la comparación no podría hacerse con la casación, sino con los controles de tipo constitucional.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

No quería hacer referencia al tipo de proceso o de función jurisdiccional, sino al grado de integración del sistema.

#### D. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS

*(Ponente)*

Sí, sí, sí. Pero, claro, al analizarlo por la vía de la casación, que tiene sus peculiaridades, creo que la comparación no es totalmente válida, porque en nuestro sistema hay mu-

chas cuestiones en las que, naturalmente, el Derecho de las Comunidades Autónomas también está sometido a la legislación estatal. Es decir, no creo que en definitiva se pueda concluir que el grado de integración en la Comunidad es superior; es más, en este ámbito la mayor parte de las críticas que se han hecho al Tribunal de Justicia van precisamente en otra dirección. Yo he mencionado aquí la crítica negativa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que le reprocha un exceso de competencia en materia de derechos humanos, pero son mucho más abundantes las críticas que consideran excesivamente tímida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia porque no va más allá al imponer el *standard* común de protección de los derechos fundamentales al conjunto de los Estados de la Comunidad.

La cuestión planteada por mi querido amigo Juan de Miguel es complicada. Naturalmente lamento mucho que el Tribunal haya decepcionado a los Ministros de Justicia de la Comunidad Europea, pero el considerando citado (creo que el 24, se lo digo de memoria al oírlo ahora) no es producto de la casualidad; el Tribunal muy conscientemente ha considerado inoportuno el aprovechar esa ocasión para pronunciarse de forma general sobre la competencia penal de las Comunidades Europeas. Y creo que es una *judicial restraint* muy adecuada, que normalmente se sigue, a pesar de la audacia que se reprocha al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Yo creo que cada vez se nota más que el Tribunal trata de decidir solamente aquello que tiene que decidir en un caso concreto y no solucionar problemas generales, aunque en esta ocasión ello haya sido decepcionante para los Ministros de Justicia. La cuestión sobre la que me pide que opine creo que es doble. Es decir, una, el problema que el Tribunal no ha querido zanjar, esto es el de la competencia de la propia Comunidad para establecer normas penales directamente; y éste es un problema difícil, sobre el que no me resultaría fácil opinar como profesor, ni siquiera quitándome el sombrero judicial; es una cuestión de principio y muy delicada.

Pero hay otra cuestión, en cambio, que creo que estaba también en la pregunta: ¿en qué medida la Comunidad puede dictar normas que obliguen a los Estados miembros a adop-

tar normas penales? En una primera reflexión, hecha sobre la marcha y al hilo de la pregunta, mi respuesta sería afirmativa de la competencia comunitaria; es más, me parece que ya hay elementos en la jurisprudencia en los que, sobre la base del artículo 5 del Tratado, que naturalmente da mucho juego para todo y también en este campo, se afirma la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas adecuadas para sancionar los comportamientos de los particulares que son contrarios al Derecho comunitario. Entonces supongo que la pregunta va más bien dirigida a saber hasta qué punto puede precisar el alcance de esas obligaciones la Comunidad. Realmente eso nos reconduce de alguna manera al problema de principio, es decir, hasta qué punto puede haber normas comunitarias que determinen la pena. Es difícil improvisar sobre una pregunta tan complicada, pero, con esa salvedad de la improvisación y a reserva de mejor reflexión, creo que la Comunidad puede determinar que ciertas conductas deben ser incriminadas. Resulta mucho más difícil el precisar qué pena debe corresponder a esas infracciones, porque, en la medida en que la Comunidad determine qué pena deben imponer los Estados, ya volvemos al campo de la primera pregunta que no he querido contestar, es decir: ¿tiene o no tiene competencia penal? Pero creo que puede ir bastante lejos, siempre que, naturalmente, no adopte disposiciones penales directamente aplicables, para lo que es muy dudoso que tenga competencia.

En este sentido, también quiero recordar que, por ejemplo, hay una jurisprudencia del Tribunal que excluye la posibilidad de invocar el efecto directo de directivas, para agravar la responsabilidad penal de los particulares; es decir, en este sentido la jurisprudencia del Tribunal sí es estricta en cuanto a las exigencias derivadas de un sistema de Estado de Derecho para la actuación normativa de las propias Comunidades Europeas.

La cuestión planteada por el profesor Pérez Tremps sobre la utilización por un órgano estatal del parámetro interno es una cuestión que habría que responder también diferenciando hipótesis; pero, por coger el ejemplo de APESCO, y citándonos a nuestro Derecho, creo que habría que distinguir la posición del Tribunal Constitucional y la posición de los Tri-

bunales integrados en el Poder Judicial. Personalmente, considero acertada la posición que ha expresado el Tribunal Constitucional en el sentido de afirmar que su misión específica es, naturalmente, velar por la Constitución, y no velar por el cumplimiento del Derecho comunitario, que tiene sus propios medios de garantía; y además lo ha hecho resaltando la función que en virtud del propio sistema comunitario recae sobre los órganos del Poder Judicial. Cuestión distinta es la de saber hasta qué punto el Tribunal Constitucional no puede tomar en consideración el Derecho comunitario, y por supuesto, el artículo 5 del Tratado, que vincula a todos los órganos de los Estados miembros, y también, naturalmente, al Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. Pero las consecuencias de esto no creo que vayan muy lejos; siempre he pensado que hay un cierto fundamentalismo comunitario en el cual se quiere convertir a todos los órganos del Estado, incluidos los órganos constitucionales, en órganos cuya función primordial parece que es el velar por la efectiva aplicación del Derecho comunitario, y de paso velar por la Constitución; entonces, expresándome en términos muy directos, creo que está claro que el Tribunal Constitucional está para velar por la Constitución, no por el Derecho comunitario; lo que debe hacer es, al ejercer su función, tomar en cuenta la dimensión comunitaria del Estado; en eso resumiría mi posición.

Pero, volviendo al parámetro de tutela de los derechos fundamentales, creo que para el Tribunal Constitucional dicho parámetro es el de los derechos constitucionalmente protegidos y no el parámetro definido en la Comunidad, porque se trata de un órgano con una competencia jurisdiccional muy específica y muy característica. En cambio, naturalmente, la situación de los órganos judiciales es distinta en este punto.

Y si el Presidente de nuestra sesión me lo permite, querría contestar finalmente a unas cuestiones que ayer anoté del profesor Patrick Daillier, que había dicho que le gustaría oír mi opinión sobre ellas. Ayer no tuve la oportunidad de abordarlas y, por ello, me gustaría hacerlo hoy, aunque, en rigor, no constituyen el objeto de mi ponencia. Se refería el profesor Daillier a la incidencia del principio de subsidiariedad en la perspectiva de futuro de la actuación jurisdiccional del Tribu-

nal desde dos puntos de vista: uno, la legitimación de las colectividades territoriales de ámbito regional ante el Tribunal de Justicia; y otro, la posible elaboración de una doctrina de actos de Gobierno sustraídos al control judicial. Sobre el primer punto me limitaré a decir que la cuestión de la legitimación es una cuestión regulada por los Tratados, y es difícil que el Tribunal descubra nuevas categorías de sujetos legitimados sobre la base de un principio tal como el principio de subsidiariedad. La situación actual es que hay dos tipos de sujetos legitimados para actuar ante el Tribunal, bueno tres, el tercero es el Parlamento Europeo, que está en una situación especial consagrada precisamente por vía jurisprudencial, y expresamente caracterizada como una respuesta a una laguna procesal del Tratado. Pero hay dos tipos de sujetos: los sujetos privilegiados, instituciones y Estados miembros, y los demás, los particulares, que pueden básicamente y con determinadas condiciones defender sus propios derechos ante el Tribunal de Justicia. Creo que el primer tipo de legitimación, la legitimación privilegiada de carácter institucional de las entidades que tienen responsabilidades políticas, no podría ser extendido a las colectividades regionales porque la Comunidad, aunque sea una Comunidad de pueblos, también es una Comunidad de Estados; y la representación de los intereses políticos colectivos por la vía privilegiada ante el Tribunal de Justicia está reservada en el sistema vigente a los Estados, y no a otras entidades como las Comunidades Autónomas. Dentro del sistema comunitario hay un equilibrio, y pienso que sería peligroso que el Tribunal de Justicia fuese a intervenir en la modificación de ese equilibrio, que es constitucional porque tiene su base en los Tratados.

En cambio, en lo que se refiere a la cuestión de los actos de Gobierno, pienso que, efectivamente, no se puede excluir. Es lo único que puedo decir. No se puede excluir que en la medida en que se intente judicializar al máximo el principio de subsidiariedad, y el control del respeto del principio de subsidiariedad, el Tribunal pueda reaccionar con un distanciamiento dada la dificultad de hacer objeto de una revisión jurisdiccional la decisión de aplicación del principio de subsidiariedad, en el sentido de determinar si son las instituciones comunitarias, los Estados, o las colectividades inferiores a los

Estados las que están en mejores condiciones de hacer frente a un determinado problema. Ahí hay un gran ámbito de apreciación política, que difícilmente puede ser objeto de un control jurisdiccional; y quizás en la medida en que pueda abusarse ante la vía judicial del principio de subsidiariedad, ello pueda dar lugar a una reacción jurisprudencial de consagración de una cierta doctrina análoga a la de los actos del Gobierno. Pero sería más en línea con la jurisprudencia ya existente sobre el poder de apreciación que tienen las instituciones que en la línea de una doctrina subjetivista de los actos de Gobierno, actos de Gobierno porque son de un sujeto determinado. Serían actos que escapan en razón de su contenido al control jurisdiccional más que en razón del sujeto del que emanan. Concluyo con esto mis consideraciones, ya que, como utilizo la técnica del Tribunal de Justicia de extender el ámbito de Derecho comunitario, me he extendido también más allá del ámbito de mi ponencia sobre la protección de los derechos fundamentales. Muchas gracias.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Antes de concluir esta sesión, yo rogaría al Defensor del Pueblo, don Alvaro Gil-Robles, que hiciera uso de la palabra.

#### D. ALVARO GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO

*(Defensor del Pueblo)*

Con la venia, como se dice en estos casos. Yo quisiera simplemente, antes de que la autoridad del Decano de la Facultad, y Moderador, clausure estas jornadas, reflexionar sobre alguna de las cosas que hemos oído a lo largo de estos días.

Creo que si recordamos un poco, todos los que estamos aquí hace unos años pensábamos que la idea de tener un *Ombudsman* europeo era una utopía, una utopía absoluta; ni que decir tiene cuando algunos trabajábamos en esta materia y lo decíamos hace quince o veinte. Hoy es una realidad; realidad utópica, porque está en el Tratado, pero todavía no está ra-

tificado y a la institución como tal le quedan muchos pasos por dar para convertirse de utopía en realidad.

Efectivamente, el nacimiento de esta institución en el Tratado —y me parece que ha quedado claro a lo largo de estos días— no procede precisamente de un entusiasmo, de un gran empuje del Parlamento Europeo, aunque parezca vinculada a él. Creo que eso también ha sido un avance, porque hubo un momento en que se pensó que no debía estar vinculada al Parlamento, y eso me parecía un peligro importante. Ha sido un poco la voluntad política de los Gobiernos lo que ha hecho posible su creación y le ha dado fuerza y, con todo, el Parlamento no ha sido ajeno a ello.

Coincido en que va a ser sumamente importante para el futuro de las relaciones con el Parlamento —lo que hoy nos decía el ponente anterior— el futuro Estatuto del Defensor. En él se van a definir muchas cosas y sobre todo se van a dibujar los rasgos de una institución realmente operativa en más o en menos, según lo que allí figure. Será un texto de primera importancia como lo ha sido la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo en España, que en algunos puntos fue más allá del propio artículo de la Constitución.

Por tanto, creo que el futuro Defensor tendrá que ser muy prudente en sus relaciones con el Parlamento, sin olvidar que el no estar sujeto a mandato imperativo tiene su importancia. Es un poco su defensa, no frente a los ejecutivos, sino ante el propio Parlamento. Siempre he tenido presente a lo largo de estos años la dificultad de algunos países de Europa, por ejemplo Alemania, para distinguir lo que es el *Ombudsman* de lo que es la Comisión de Peticiones. Hay determinados países que siempre han intentado decir que las comisiones de peticiones eran los verdaderos *Ombudsman*, y éstos no hacían falta. La filosofía de la Comisión de Peticiones del Parlamento alemán en algún momento ha flotado sobre la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, y así ha habido una cierta pugna, una competencia no comprendida, que pienso se aclarará en el futuro. Existen dificultades y será importante el Estatuto, pero también la prudencia, la tenacidad y la diplomacia del futuro Defensor en sus relaciones con el Parlamento.

En cuanto al ámbito de competencia, sigo pensando e insisto en que el artículo 138 deja un campo enormemente abierto que en gran parte la propia actuación del futuro Defensor va a definir al interpretar su Estatuto. En cuanto a la interpretación adecuada del concepto de mala administración, hay un campo igualmente amplio, en el que los derechos fundamentales no están ni mucho menos excluidos. Aquí se está reproduciendo *a sensu contrario* un debate que tuvimos en España en su momento, cuando se dijo que el Defensor del Pueblo debería estar sólo para intervenir en el supuesto de defensa de los derechos fundamentales del título I de la Constitución, y nada más, que no se le ocurriese entrar en ninguna otra actividad de control de las administraciones, que era lo esencial de los *ombudsman*, en el resto del mundo. Estamos ahora en el debate contrario: entre usted sólo en el control de algunos actos de mala administración de una cierta entelequia, como es la Administración europea, y no se le ocurra entrar en ningún supuesto de derechos fundamentales. Yo creo que igual que entre nosotros acabó siendo un debate vacío, probablemente dentro de unos años éste no tenga sentido y se habrá abierto su propio campo, porque nada le prohíbe actuar en estos asuntos.

Del mismo modo que en Bruselas no hubo oposición por parte de los *Ombudsman* nacionales a que existiese un Defensor europeo y se cortó aquella operación, ya están trabajando sobre la idea de los acuerdos de cooperación y coordinación con el futuro Defensor europeo. Los canales ya se están abriendo, incluso antes de lo que pueda ser el futuro Estatuto. Probablemente en su informe al Parlamento, el Defensor europeo habrá de referirse a los problemas del control de las administraciones nacionales, por vía de remisión a través del *Ombudsman* nacional. Eso, teniendo presente que hay países en los que no existe *Ombudsman* nacional, y por tanto, ya veremos cómo actuará en estos casos.

Creo que ha sido un debate fructífero, que sin duda continuará en los próximos meses. Posiblemente sea éste el primero que se hace en Europa. Ya que nadie se ha planteado todavía los problemas con esta profundidad. En definitiva, es éste el sentido de la Cátedra, el sentido que hemos querido

que inspirase la Cátedra: proyectar la reflexión académica sobre temas de actualidad conectados con la institución del Defensor del Pueblo.

Nada más. Quisiera agradecer no sólo a los asistentes, sino a todos los que han hecho posible esta reunión, tanto por parte de la Universidad como por parte de la propia institución, muy especialmente a Margarita, Ricardo, Lola y a muchos otros que han trabajado en preparar la idea y llevarla adelante. Por tanto, Decano, gracias y gracias a todos.

#### D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

*(Moderador)*

Bueno, hemos llegado al final de las jornadas, y creo que, como suele decirse, dado lo avanzado de la hora, debo ser muy breve. A título personal yo quisiera expresar, en primer lugar, mi satisfacción por estas dos sesiones, en las que, al igual que el Defensor del Pueblo, tengo que decir con sinceridad que no solamente me he divertido, sino que he aprendido. En segundo lugar, como miembro de la Comisión Mixta que dirige la Cátedra «Joaquín Ruiz-Giménez», me congratulo del desarrollo de las jornadas porque me parece que hemos conseguido los objetivos que se habían perseguido. Deseo agradecer vivamente su participación a los invitados, y muy especialmente al profesor Patrik Daillier, que, en fin, ha hecho aquí un ejercicio de espíritu europeo, incluso de buena vecindad, intentando superar las fronteras del idioma, y a los ponentes, primero, por haber aceptado con generosidad asumir la tarea, y en segundo lugar, por la ejecución magistral del encargo.

Finalmente, como Decano, en nombre del Rector de esta Universidad, y si me permiten, en el mío propio, yo quiero manifestar aquí, formal y públicamente, la satisfacción de la Universidad Carlos III por la colaboración con la institución del Defensor del Pueblo, porque esa colaboración está —y tenemos que confesarlo así, desde la Universidad— beneficiando seriamente nuestro quehacer, y confiamos en que la institución, por su parte, tenga también esa misma impresión. Y,

en consecuencia, no solamente quiero efectuar un reconocimiento público a la institución del Defensor del Pueblo, por su predisposición a su colaboración con la Universidad, sino también mi confianza en que esa colaboración pueda continuar plasmándose en el futuro.

Y con esa confianza, en nombre del excelentísimo señor Rector de la Universidad, damos por clausuradas estas jornadas.

Muchas gracias a todos.



CONCLUSIONES  
REFLEXIONES FINALES  
A MODO DE RECAPITULACION

LUCIANO PAREJO ALFONSO



## I. INTRODUCCION

Las Jornadas, ahora ya concluidas, sobre el Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea se han convocado y celebrado no sólo cuando aún el texto de Maastricht era y es todavía únicamente un proyecto sin vigencia jurídica, cuyos *itineres* nacionales de ratificación vienen sufriendo vicisitudes de signo diverso, sino en un contexto de brusco cambio de estado de ánimo (casi podría decirse mejor: cambio de humor) en la opinión pública de varios países miembros, hasta ahora —como es el caso español— inequívoca y casi podría decirse que acriticamente favorable al proceso de integración europea, lo que, naturalmente, ha fortalecido la posición y las voces de los llamados «euroescépticos», nada despreciables especialmente en el Reino Unido.

El Tratado de Maastricht ha pasado a ser, así, el catalizador del primer gran debate público a escala europea sobre el proceso de integración comenzado en Roma hace ya más de treinta años. Es lógico, en la medida en que, como se ha puesto de relieve en las ponencias y también en las discusiones, es el primero de los textos, frutos de las cumbres comunitarias y formalizadores de la política de avance por pequeños pasos, que explícitamente aborda la dimensión política de aquel proceso y pretende extraer de ella concretas consecuencias. La irrupción plena de esta dimensión incluye en el debate los términos de la construcción de la Europa unida y, por tanto, del objetivo final de ésta, desde luego, pero también del reparto de poder político o público y de las instituciones que lo expresan. Por mucho que esta inclusión y lo que ella supone

—discusión sobre los términos de la realización del «Estado democrático» en la Europa unida y, por tanto, señalamiento de los déficits actuales de las instituciones comunitarias al respecto— excite la sensibilidad de los que somos euroconvencidos, en tanto que conscientes de y preocupados por la fragilidad misma del proceso, no puede, ni debe en modo alguno rechazarse, escamotearse o siquiera limitarse o desvirtuarse por el expediente de poner el dedo en la llaga del estado de la cuestión en el Estado mismo actual. La construcción europea, en último término, a pesar de su economicismo inicial y de todas sus desviaciones y vericuetos, debe interpretarse, en términos histórico-culturales, en clave de esfuerzo por la continuación, en una nueva dimensión, del siempre inacabado proceso de construcción del mejor Estado, es decir, instancia de aseguramiento de la convivencia pacífica y justa. En la discusión, pues, lo estatal-nacional y lo estatal-supranacional están profundamente imbricados. Los discursos sobre lo uno y lo otro han dejado de poder discurrir en planos completamente distintos y separados. Por ello mismo no puede dejar de señalarse la precaución con la que debe asumirse el planteamiento de la ponencia del profesor Jiménez Blanco para no desvirtuar su sentido y, consecuentemente, incurrir en error en la valoración de su contenido, sin perjuicio —en cualquier caso— de su pleno acierto en la estimulación del debate en el seno de las Jornadas. El déficit de realización del Estado democrático de Derecho en el seno de los Estados nada dice en contra, sino —antes al contrario— aboga por la oportunidad y el alcance de la discusión sobre el actual y supuesto déficit democrático en las instituciones europeas. Es más, ésta no debe desarrollarse con independencia y sí junto con la relativa a los problemas internos de los Estados miembros de la Unión. Justamente ésta es la clave desde la que me parece que el contenido de la ponencia comentada debe ser interpretado y en la que éste se desvela y ofrece adecuadamente.

Estas Jornadas, segundas que organiza la Cátedra «Joaquín Ruiz Gímenez» de estudios sobre el Defensor del Pueblo de la Universidad Carlos III de Madrid, presentan un perfil propio. No se trataba en ellas, cual sucedió en las primeras, de evaluar un ciclo, cumplido ya, por una institución con

características perfectamente definidas, por acabadamente reguladas por el Derecho positivo, como lo es el Defensor del Pueblo español, y de evaluar dicho ciclo con la específica finalidad de alcanzar, en sede científica desde luego, unas conclusiones que pudieran servir en la reconsideración, prevista por la Ley para su perfeccionamiento, del régimen de la institución. Se trataba más bien, conforme resulta sin más de lo ya expuesto, de efectuar un primer estudio de las bases fundacionales, en sede europeo-comunitaria, de una institución homóloga, en el estado de aprobación de tales bases antedicho y a los efectos de contribuir, obviamente también en sede científica, al mejor desarrollo de las repetidas bases, incluyendo también la perspectiva de la relación de la institución europea con las de los Estados miembros y, en particular, la española. Porque aquí, como se ve, aflora también la imbricación, propia del proceso de integración, de la construcción estatal interna con la de la Unión y la Comunidad Europeas. El objeto mismo de las Jornadas condicionaba de suyo y ha condicionado el objetivo y la metodología a emplear para su cumplimiento. A este último respecto merece destacarse la ampliación de la participación, habiendo asistido, aun cuando fuera a título personal, miembro tan relevante del Parlamento Europeo como don José María Gil-Robles y también destacados profesores universitarios de otros países europeos, concretamente Francia e Italia, los profesores Patrik Daillier, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad París X-Nanterre, y Luciano Vandelli, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Bolonia; sin olvidar tampoco la presencia del Ararteko vasco y del Defensor del Pueblo andaluz. Por lo que hace al objetivo, las conclusiones a alcanzar y efectivamente alcanzadas habían de ser y han sido forzosamente genéricas, amplias y, si se quiere, imprecisas, en correspondencia exacta con las características actuales del objeto analizado.

Con todo, las dos Jornadas hasta ahora celebradas tienen en común, sin embargo, la prontitud en el planteamiento de las cuestiones constitutivas de sus respectivos objetos. Las primeras se celebraron cuando aún las Cortes Generales no habían abordado la posible reforma de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo. Estas segundas puede decirse

que son pioneras, aunque por poco (el propio Parlamento Europeo convocó y celebró otras, con muy poca diferencia en el tiempo); anticipación que se corresponde bien con el protagonismo español, perfectamente destacado en la ponencia de la profesora Mangas, en la iniciativa de la ciudadanía de la Unión, que a la postre es el soporte mismo de la nueva institución comunitaria del Defensor del Pueblo. Conviene insistir en que se trata de protagonismo en la iniciativa y hasta cierto punto en el debate y la negociación finales, en modo alguno, como bien deja aclarado la ponencia que acaba de citarse, una propuesta de origen español, toda vez que ésta simplemente retoma el planteamiento ya contenido en el proyecto Spinelli de Tratado sobre la Unión Europea, adoptado por el Parlamento Europeo en 1984.

## II. EL PRESUPUESTO Y LA BASE DE LA NUEVA INSTITUCION: LA CIUDADANIA DE LA UNION

La apertura de las Jornadas por la ponencia de la profesora Mangas sobre la ciudadanía de la Unión, ni fue casual, ni respondió sólo a una motivación metodológica. Más allá de la discusión sobre el contenido y el alcance y, por tanto, la valoración sustantiva de la ciudadanía de la Unión, es claro que entre ella y el Defensor del Pueblo previsto en el nuevo artículo 138 E del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (que ahora se pasa a denominar, significativamente, Comunidad Europea a secas) existe una íntima vinculación: el Defensor que se crea lo es justamente, según indica su misma denominación, del pueblo en singular, es decir, del pueblo integrado por los pueblos de los Estados miembros. En el artículo A (párr. 2.º) del Tratado de Maastricht se califica éste de nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (no entre los Estados), en la cual las decisiones sean tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos. Se expresa aquí, en efecto, la nueva dimensión política que pretende institucionalizar el aludido Tratado. La efectividad de esta nueva dimensión no depende tanto de la entidad y consistencia jurídicas de la ciudadanía nueva y común a los ciudadanos de

todos los Estados miembros, cuanto de su misma institucionalización en términos que permiten la relación directa de éstos —a título cabalmente de ciudadanos de la Unión (como expresamente indican los nuevos artículos 138 D y 138 E del Tratado constitutivo de la que puede ya denominarse Comunidad Europea)— con el Parlamento Europeo vía petición, de un lado, y con el Defensor del Pueblo vía reclamación, de otro.

En esta relación radica, en efecto, la clave del salto cualitativo que representa Maastricht, si se considera la situación precedente, clara y precisamente esbozada por la ponencia del profesor Jiménez Blanco, de ausencia prácticamente completa (ha de exceptuarse la discontinua y exclusivamente electoral respecto del Parlamento Europeo) de cualquier relación directa entre las instituciones comunitario-europeas, incluido el Tribunal de Justicia, y los ciudadanos, no obstante el efecto directo, en su caso, de las normas de ellas emanadas: en la relación entre unas y otros han venido mediando las instituciones estatales, en particular las Administraciones (actuales como Administraciones comunitario-europeas indirectas) y los Jueces y Tribunales (funcionalmente operantes como Jueces comunitarios ordinarios). Sin minusvalorar la ahora asegurada, mediante petición, con el Parlamento Europeo, ni desconocer los problemas de su deslinde con la que se crea con el Defensor del Pueblo, no parece que pueda ser puesto en duda que es esta última la que, por sus características y potencialidades, se aparece como mecanismo institucional, aunque tímido, regular y específico (no exclusivamente político, como lo es el de la petición) al servicio de la ciudadanía de la Unión y que, por ello, ofrece mayores perspectivas de constituirse en eje de fortalecimiento y desarrollo, incluso jurídicos, de ésta.

A este último respecto es pertinente llamar la atención sobre la intervención del profesor Vandelli. En ella y tomando como base el carácter abierto, no obstante su limitación, del estatuto europeo del ciudadano que directamente establece el Tratado de Maastricht, apuntó la posibilidad del no agotamiento de su virtualidad en las disposiciones expresas de éste, gracias cabalmente a los términos en que queda formulada la

regla de la subsidiariedad y, por tanto, las potencialidades de extensión del campo de acción de las instituciones europeas (y entre ellas, naturalmente, del Defensor del Pueblo) que, cara al futuro, encierra. Queda aludida, así, la interpretación, en su caso expansiva, que desde los objetivos de la Unión plasmados en el artículo B cabe hacerse por las instituciones comunitario-europeas de las competencias enumeradas en el artículo G (en la nueva versión que da el art. 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) en virtud de la apreciación que la regla de subsidiariedad (art. 3 B de este mismo último Tratado) les otorga sobre la procedencia de la intervención comunitaria, en función de la dimensión o de los efectos de la acción de que se trate. De nuevo aquí la ambigüedad del proceso de integración, bajo la forma, esta vez, de regla o principio de la subsidiariedad, y también la imbricación de los aspectos sustantivos (ciudadanía) y organizativos (construcción y poderes de las instituciones comunes y europeas). Pero más allá de esta indudable ambigüedad y, por tanto, ambivalencia en principio de la subsidiariedad (capaz de justificar tanto una reducción como una ampliación de la esfera de acción europea), procede resaltar su eventual utilidad, incluso a través del Defensor del Pueblo, en la consolidación y el desarrollo del estatuto común europeo del ciudadano, así como los eventuales riesgos que ella asimismo implica.

En el progreso que supone (sintetizable en el paso de una Comunidad centrada en la economía a una Comunidad potencialmente integral por asunción de la dimensión política) y la trascendencia indudable que tiene, con independencia de los términos concretos de su positivación, la ciudadanía de la Unión —circunstancias que explican el nuevo y activo papel desempeñado en este nuevo paso por el Parlamento Europeo—, se resume, pues, la primera de las conclusiones de las Jornadas, como puso de relieve el debate que motivó la ponencia de la profesora Mangas (véanse especialmente las intervenciones de los señores Fernández Castaño y Gil-Robles).

Esta ponencia enfatiza con acierto, por ello, el lugar destacado reservado por el Tratado a la ciudadanía de la Unión: no sólo figura en el preámbulo, aparece entre los objetivos de la Unión (art. B) y, finalmente, se incorpora al Derecho

originario de la Comunidad Europea misma (arts. 8 a 8 E, nuevos, del Tratado constitutivo de ésta), adoptando en él una ubicación estratégica al preceder a la regulación de las cuatro libertades básicas del mercado interior y único. Sobre esta base, el análisis que realiza alcanza los resultados que cabe sintetizar así:

1. Aunque una primera impresión pudiera aconsejar lo contrario, al no haber sido dotada la Unión de personalidad jurídica internacional, dicha Unión constituye un *locus* adecuado para amparar la nueva institución de la ciudadanía, en tanto que idea de síntesis sobre el proceso de integración de los pueblos y los Estados, es decir, sobre la entidad política —con clara vocación federal— en la que ésta debe abocar.

No suscitó esta afirmación debate alguno, al haber coincidencia en ella, probablemente porque expresa muy bien la correspondencia existente entre Unión y ciudadanía y, por tanto, entre ambigüedad actual de la construcción de la primera y contenido limitado de la segunda.

2. La ciudadanía de la Unión supone el establecimiento de un vínculo entre el nacional del Estado miembro y el «todo» (la Unión) junto con sus partes o pilares comunitarios (CECA-CE-EURATOM) e intergubernamentales, con dos consecuencias principales. Primera: representa una institución, que no elimina ni sustituye, antes bien presupone y, por tanto, coexiste con la nacionalidad y la ciudadanía estatales o nacionales; por lo mismo y desde la perspectiva del ciudadano implica un complemento, pues aquél pasa a disfrutar, además de los derechos que le reconoce el ordenamiento interno propio del Estado al que pertenece, los que atribuyen los Tratados comunitarios. Segunda: establece un vínculo indisoluble entre la nacionalidad de un Estado miembro y la ciudadanía de la Unión, siendo así que no afecta ni limita el poder de los Estados de determinar las condiciones de adquisición de la nacionalidad propia (como, de otro lado, se encarga de despejar la declaración anexa al Acta Final del Tratado de la Unión Europea).

Tampoco esta afirmación suscitó controversia digna de mención, pero si alguno de los problemas que de la indisocia-

bilidad y complementariedad de las ciudadanías pueden llegar a derivarse y de hecho han comenzado ya a producirse y que tocan de cerca a España (así como al Defensor del Pueblo español, incluso en su relación futura con el europeo), en tanto que país con lazos históricos y culturales fundamentalmente con los países hispanoamericanos, que se han traducido también en materia de nacionalidad. El debate giró básicamente en torno al caso Micheletti, citado en la propia ponencia de la profesora Mangas (véanse las intervenciones del señor De Miguel Zaragoza y de la señora Retuerto, Adjunta al Defensor del Pueblo). La respuesta final de la profesora Mangas, centrada en la regla de Derecho internacional de la efectividad de la nacionalidad, no parece —si ha de estarse al estado de opinión de los interlocutores en las Jornadas— que pueda tenerse como solución satisfactoria, no sólo por lo inseguro mismo de la regla, sino por la cuestionabilidad de la pertinencia o, en todo caso, de la suficiencia de una norma internacional general para resolver un problema específico de una comunidad supranacional en proceso de integración política tan avanzado como el que nos ocupa. Debe tenerse en cuenta la evidente implicación en el asunto de la lealtad comunitaria. Desde esta perspectiva y también desde la prolongación al exterior (protección común diplomática y consular) parece necesario algún género de acuerdo también específico en el seno de la Comunidad y de la Unión.

3. Implica, finalmente, la aceptación de la existencia en los ciudadanos nacionales de los Estados miembros de un doble vínculo político, que expresa una doble pertenencia, lealtad y responsabilidad, y, por ello, una doble identidad. La ciudadanía de la Unión formaliza, pues, una relación política con ésta (y las instituciones comunitarias) asentada ahora sobre algunos de los derechos políticos más significativos. Con ella cristaliza la coexistencia de dos esferas políticas (estatal y comunitaria), gracias a la cual el ciudadano de la Unión disfruta de una dotación muy compacta y extensa de derechos, sin por ello experimentar variaciones en su protección. En esta dotación de derechos radica, a su vez, el núcleo de la identidad —que es, por ello, básicamente jurídica— sobre la que reposa la ciudadanía.

La inexistencia de debate sobre esta importante afirmación, indudablemente debida a la coincidencia en ella, no debe ser óbice para apuntar ahora, con su apoyo, cómo la construcción europea se realiza sobre la suma, desde lo común, de identidades preexistentes: el ciudadano de la Unión lo es, precisamente, porque previamente es ciudadano de un Estado miembro; pertenece al pueblo europeo, precisamente porque forma parte de uno de los pueblos que lo integran; tiene relación política con las instancias supranacionales precisamente desde, en el seno y en virtud de su relación con las nacionales. Ello significa que la pertenencia, la lealtad y la responsabilidad hacia las referidas instancias, es decir, en definitiva la identidad comunitario-europea tienen como presupuesto y reposan sobre la pertenencia, la lealtad y la responsabilidad y, en último término, la identidad nacionales, como se cuidan de precisar, de otro lado, tanto el preámbulo (en el que se expresa el deseo de acrecentar la solidaridad entre los pueblos de los Estados firmantes «... dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones») como en el artículo F del Tratado de la Unión Europea («la Unión respetará *la identidad nacional de sus Estados miembros*, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos»). No es casualidad, pues, que el artículo B del mismo Tratado formule uno de los objetivos de la Unión en términos de «... *reforzar* la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, *mediante* la creación de una ciudadanía de la Unión». Este método de construcción positiva de la unión (unidad) europea debería hacer reflexionar, entre nosotros, sobre el de construcción interna del Estado de las Autonomías, tanto más cuanto que las autonomías más ambiguas sobre los términos del modelo estable final utilizan referencias al proceso de integración supranacional.

En punto ya al contenido de la ciudadanía de la Unión, conforme siempre a la ponencia de la profesora Mangas, ésta se traduce en los siguientes concretos derechos:

a) El derecho de libre circulación y residencia en todo el territorio de la Unión (art. 8 A del Tratado constitutivo de la ahora llamada Comunidad Europea). Aunque este derecho

ya era efectivo, con el alcance que le es otorgado por el Tratado de Maastricht, antes de la suscripción de éste, su proclamación en él no se reduce a una simple confirmación, pues otorga al derecho una base jurídica bien definida al predicar su titularidad de todo ciudadano de la Unión de forma inmediata y con carácter general. Con el Tratado, pues, este derecho deja de ser derivado (de una actividad económica y de forma directa para el agente económico o indirecta para su familia), para pasar a ser un derecho autónomo, que, además, añade una obligación de resultado, cuyo cumplimiento debe reputarse controlable jurisdiccionalmente.

b) El principio de igualdad de trato o de no discriminación. No hay innovación alguna a este respecto en el Tratado de la Unión Europea, que se limita a alterar la numeración del artículo 7 (que pasa a ser el 6) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el que se ha venido fundando este principio general, obra, por demás, fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

¿Cuál es, pues, el *novum* que aporta Maastricht en este punto? La nueva dimensión que al principio otorga sin duda la ciudadanía de la Unión, al hacer desaparecer ésta, definitivamente, la categoría imprecisa intermedia (nacional de otro Estado miembro frente al nacional del propio Estado y al totalmente extranjero) a la que se aplicaba la doctrina del trato nacional. Pues ciudadano de la Unión significa, ahora y en virtud del principio de igualdad o no discriminación, práctica coincidencia de las esferas de derechos y deberes de todos los nacionales de los distintos Estados miembros. Como agudamente advierte la profesora Mangas, la nueva ciudadanía europea consagra, como inherente a la clásica noción de ciudadanía (desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789), la idea de unos derechos comunes y de unos mismos deberes, es decir, de la igualdad de trato (igualdad de derechos e igualdad de libertades). Consecuentemente, la novedad del Tratado de Maastricht puede cifrarse en el nuevo paso, justamente en la dimensión política de que aquí se trata, hacia el objetivo que es propio desde su origen (básicamente económico) al ordenamiento comunitario: además de reconocer nuevos derechos, extender la esfera nacional de

derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentren en el territorio del Estado de que se trate. Hasta hoy, como destaca también la profesora Mangas, la realización de ese objetivo sólo se ha detenido ante determinadas funciones públicas o políticas, cuyo ejercicio continúa imputándose al núcleo íntimo de la estatalidad nacional.

c) Los derechos de participación política, en el lugar de residencia, por lo que hace a las elecciones al Parlamento Europeo (art. 8 B.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) y a las elecciones municipales (art. 8 B.1 del mismo Tratado). El reconocimiento de estos dos importantes derechos tiene un fundamento común: el derecho a la libre circulación y residencia, cuyo ejercicio implicaría, en otro caso, una limitación de las posibilidades de participación política. Constituyen, por ello, una «prolongación indispensable» de este último. E implica, además, la pérdida por los Estados miembros de la capacidad de determinación de las condiciones de su ejercicio, cuyas modalidades quedan referidas a disposiciones a adoptar por las instituciones comunitarias.

No procede entrar aquí en el debate que suscitaron estos derechos y los términos de su proclamación. Pero sí llamar la atención especialmente sobre la intervención de don José María Gil-Robles y la contestación a ella de la profesora Mangas, en cuanto referidas a lo incompleto de la nueva regulación, especialmente por lo que hace a la participación política y social en los Estados miembros y en la Unión mediante los mecanismos ordinarios: grupos sociales, partidos políticos, organizaciones sindicales, etc.

d) La protección del ciudadano de la Unión fuera de las fronteras comunes de los Estados miembros (art. 8 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). Se otorga, en efecto, un derecho de los ciudadanos de la Unión a acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Como se desprende de la propia ponencia de la profesora Mangas y del debate habido a este propósito (véase la inter-

vención del señor De Miguel Zaragoza y la contestación de la ponente), se trata de un derecho imperfecto y, en todo caso, condicionado a la aceptación de los terceros Estados en los que la protección diplomática y consular deba producirse, lo que obligará a realizar las necesarias conversaciones y a estar a sus resultados. Aparte el hecho de que la correlativa obligación no se asigna ni a la Unión (lo que es lógico, dada su carencia de subjetividad internacional), ni a la Comunidad Europea (en este caso, porque su subjetividad internacional deriva de su condición de organización internacional, que sólo autoriza la protección funcional o limitada a los propios agentes).

e) El derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho de formular reclamaciones ante el Defensor del Pueblo (art. 8 D, en relación con los artículos 138 D y 138 E, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

El primero de estos derechos no es nuevo, limitándose el Tratado de Maastricht a otorgarle un sólido fundamento jurídico y a encuadrarlo en la ciudadanía de la Unión, sin perjuicio de su extensión a otras personas más allá de las comprendidas por dicha ciudadanía. Las principales cuestiones que dieron lugar a debate fueron las relativas a su contenido, poniéndose de manifiesto (véase la intervención de don José María Gil-Robles) la más que probable inoperatividad de sus límites (objeto comunitario de la petición y afección directa al peticionario) por la vía de la interpretación extensiva y favorable que, al parecer, tiene el propósito de hacer, en su aplicación, el Parlamento Europeo; así como la atinente a su relación con el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo, si bien esta última se pospuso, en su detalle, para la hora de la discusión de la ponencia sobre el estatuto de dicho Defensor.

Como se ve, la ponencia de la profesora Mangas no incluye en el contenido de la ciudadanía de la Unión, ni siquiera por conexión o relación, los derechos fundamentales a que se refiere el artículo F 2 del Tratado de la Unión Europea. Alude ciertamente a ellos, pero en un apartado final referente a otros aspectos de interés y junto con la cuestión del carácter exclusivo de los derechos de ciudadanía de la Unión y la con-

dición abierta del estatuto en que ésta se traduce; aspecto este último, que, por cierto y en la medida en que se corresponde con un procedimiento flexible de «revisión» del tipo de los anteriormente ya aplicados a otras cuestiones, juzga positivo. Justamente en este punto incidió la intervención en el debate del profesor Pérez Tremps, señalando que, a su juicio, la ponencia no había otorgado suficiente relevancia a la relación entre la ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales, siendo así que —a la luz de lo dispuesto en el número 2 del artículo F del Tratado de Maastricht— el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario a que se obliga a la Unión, debe entenderse que significa su reconocimiento como parte integrante de la ciudadanía de esta última, pues sólo se puede respetar aquello que está reconocido. No parece preciso destacar el interés de esta cuestión para la delimitación del ámbito de actuación del Defensor del Pueblo europeo y para la homologación de dicho ámbito con el de las figuras homólogas nacionales, especialmente nuestro Defensor del Pueblo, así como, por tanto, para la relación entre aquella institución europea y estas nacionales. Si bien la profesora Mangas, después de advertir que la menor atención prestada a este aspecto obedecía a la reserva de la materia a ponencia distinta prevista en el programa, precisó su posición en sentido favorable a una cierta relación de los derechos fundamentales con la ciudadanía de la Unión, lo cierto es que la cuestión no quedó suficientemente despejada.

En el análisis de la cuestión no puede dejar de considerarse que:

- en el preámbulo del Tratado de Maastricht aparece tanto la confirmación de la adhesión de los Estados firmantes a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, como la resolución para la creación de una ciudadanía común a los nacionales de los países de los signatarios;

- En el artículo A y a propósito de la constitución de la Unión, se califica el Tratado como nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas en la forma más próxima posible a los ciudadanos;
- en el artículo B se incluye entre los objetivos de la Unión el de reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión;
- y en el artículo F, de un lado, se asegura el respeto por la Unión de la identidad nacional de sus Estados miembros y de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio de Roma de 1950 y establecidos por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario, y, de otro lado, se afirma la dotación de la Unión con los medios necesarios para alcanzar sus objetivos.

En consecuencia, en Maastricht la prefiguración de la estructura política final europea que supone la Unión y la ciudadanía de ésta son elementos inescindibles, como la forma lo es al contenido. En la medida en que la Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas (art. A, párr. 3.º) —lo que significa que las instituciones de éstas han de operar siempre en favor de la mayor realización y el progreso de aquélla— y que los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas por el Convenio de Roma de 1950 y los elementos comunes de los reconocidos en los ordenamientos nacionales son ahora ya, por disposición normativa y no sólo vía jurisprudencial, principios del Derecho comunitario, parece obligada una interpretación extensiva del contenido de la ciudadanía de la Unión, en el sentido, justamente, del progreso en la unión-identidad real que la constitución misma de la Unión expresa. Esa finalidad extensiva o, si se quiere, expansiva del contenido de la ciudadanía de la Unión responde, además, al concepto que de ésta se consagra en el Tratado, como instrumento de refuerzo de la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros y, por tanto, como complemento —según señala la propia ponencia de

la profesora Mangas— de la esfera de derechos reconocida a dichos nacionales en los correspondientes ordenamientos nacionales. Y se consigue fácilmente, en todo caso, por la vía, también examinada en detalle por la profesora Mangas, de la igualdad y la no discriminación; vía ésta que la calificación como «común» de la ciudadanía europea en el preámbulo señala también como procedente. Desde este punto de vista, queda excluida una interpretación restrictiva de lo dispuesto en el número 2 del nuevo artículo 8 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el sentido de excluyente de cualquier otro contenido de la ciudadanía distinto de la mera suma estricta de los derechos especificados en el Derecho originario comunitario. Pues desde la condición «común» de la ciudadanía europea nada impide la penetración en su contenido de los que resulten de la interpenetración de las esferas comunitaria y nacional, justamente en los términos previstos por el número 2 del artículo F.

La conclusión alcanzada, de imbricación entre la ciudadanía de la Unión y derechos-principios aludidos por el referido artículo F.2 del Tratado de Maastricht, tiene una consecuencia capital para la Administración pública, si se tiene en cuenta que las estatales internas actúan como Administraciones comunitarias indirectas. Pues posibilita que en todos los Estados pueda llegar a quedar sujeta a dos baremos de medida (desde los derechos y las libertades fundamentales) según que ejecute sólo Derecho nacional o Derecho comunitario, por no plantear el problema de la aplicación simultánea de ambos Derechos. Queda evocado así paralelamente el campo de problemas que puede surgir con la creación del Defensor del Pueblo para la delimitación del ámbito de actuación de éste y de las instituciones homólogas nacionales. Pero éste es el terreno ya propio de la segunda y la cuarta y última de las ponencias presentadas en las Jornadas, cuyo orden hemos de invertir aquí por razón de coherencia del discurso argumentativo que venimos siguiendo.

## II. LOS TERMINOS DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO EN VIRTUD Y A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La ponencia del Magistrado y profesor Rodríguez Iglesias comienza destacando, en efecto, que, si bien el ordenamiento comunitario carece de un verdadero catálogo positivizado de derechos fundamentales, el respeto de éstos constituye un elemento esencial, parte integrante de la causa en la adhesión de los Estados a la Comunidad Europea y, por tanto, un patrimonio común; idea esta última que puede y debe conectarse hoy con las de identidad y de ciudadanía europeas o de la Unión. Se explica, así, la relevancia de los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, incluida su primera fase de tinte fundamentalmente económico, y también su irrupción al Derecho comunitario por la fuente jurisprudencial.

El arranque del proceso creativo a este respecto por parte del Tribunal de Justicia es relativamente temprano, pues —como señala la ponencia— es la sentencia Stauder de 12 de noviembre de 1969 la que, rompiendo con la actitud reticente hasta entonces mantenida, sostiene su pronunciamiento sobre la no detección en la disposición en el caso enjuiciada de «... ningún elemento susceptible de entrar en contradicción con los derechos fundamentales de la persona *comprendidos dentro de los principios generales del Derecho comunitario*, cuyo respeto asegura el Tribunal».

La doctrina se desarrolla —por referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y también a los instrumentos internacionales por éstos suscritos— y se consolida muy rápidamente, de suerte que la sentencia Nold de 14 de mayo de 1974 puede ya efectuar una formulación acabada de la misma.

Lo importante es destacar, como hace el profesor Rodríguez Iglesias (al punto de estructurar sobre esta base su po-

nencia), que esta incorporación de los derechos fundamentales al ordenamiento comunitario, porque se cumple a través de los principios generales comunes —no se olvide— a los sistemas jurídicos nacionales y, por tanto, a través de una categoría material desvinculada de una concreta fuente formal de Derecho, puede llevarla a cabo el Tribunal de Justicia y alimentarse, simultáneamente, de los ordenamientos internos (vinculados, en su caso, a textos internacionales y, por tanto, también de éstos) y del mismo ordenamiento comunitario (en tanto que comprensivo de disposiciones constitutivas de expresiones o manifestaciones concretas de los principios generales).

Tres son, pues, las fuentes de las que se nutre la doctrina jurisprudencial comunitaria para identificar el contenido «europeo» de los derechos fundamentales:

1. La comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales; comparación que no lo es tanto en el plano del reconocimiento de los derechos mismos (en el que no existen ya diferencias sustanciales o apreciables o significativas), cuanto más bien en el de la protección de éstos (aspecto en el que subsisten divergencias en razón a la diferente valoración nacional de la tensión interés público-posición garantizada al ciudadano), a los efectos de la fijación —momento creativo comunitario— de una medida específica para dicha protección, que va más allá de la simple media de las de los Estados miembros, es decir, no consiste en un «*standard* mínimo común».

Esta operación pretende, como se expresa en las sentencias Nold de 14 de mayo de 1974 y Hauer de 13 de diciembre de 1979, el aseguramiento último del ordenamiento comunitario, justamente en su identidad, pues ni es posible admitir en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidas en las Constituciones de los Estados miembros, ni el enjuiciamiento de tales medidas puede hacerse desde los ordenamientos estatales, en tanto que esta perspectiva «particular» es capaz de afectar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, poniendo en peligro la *cohesión* de la Comunidad.

Consecuentemente —y esta afirmación debe enfatizarse—, el mecanismo descrito responde perfectamente, en el plano jurídico, al proceso de integración europea, traduce la progresiva armonización o confluencia nacional sobre la base de unos elementos comunes, entre los que los derechos fundamentales ocupan una posición central. Esta comprobación casa perfectamente con las conclusiones alcanzadas en el estudio de la ciudadanía de la Unión. Pues al final se llega a la noción última de identidad europea.

Por esta razón es inaceptable, como acertadamente puso de relieve el profesor Jiménez-Blanco en el debate (corroborando la posición del ponente y con cuya intervención éste se manifestó sustancialmente de acuerdo), la crítica doctrinal que, desde posiciones propias del sistema anglosajón, se ha hecho recientemente (véase C. JASON y A. O'NEILL, *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, trabajo citado en la ponencia) a la posición y la labor en este terreno del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en el sentido de rebajarla a arbitrio instrumental para un sobredimensionamiento del Derecho comunitario. No es sólo que esa crítica sea difícilmente comprensible por razón de la lógica del propio sistema nacional desde y en defensa de cuya integridad se realiza, es que desconoce y, por tanto, niega la propia finalidad y el mismo objeto últimos de la integración europea, lo que la desacredita en los mismos términos de su formulación.

No es ocultable, sin embargo, que el proceso se cumple con algunas disfunciones aún por resolver. Entre ellas destaca la puesta de manifiesto por el profesor Pérez Tremps en el coloquio: la no plena y satisfactoria integración de las piezas básicas de protección de los derechos fundamentales en el seno de los ordenamientos estatales, los Tribunales Constitucionales, en el marco del mecanismo de protección —a escala comunitaria— derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Aunque se trata de un problema ya en gran parte menor (si bien el relativamente reciente pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional sobre asunto relativo a la pesca sujeta a cuotas comunitarias pudiera producir impresión distinta), gracias a la resolución del conflicto planteado por la posición de los Tribunales Cons-

titucionales federal alemán o italiano, su interés actual reside más bien en que expresa las dificultades de la construcción jurídico-política de la Europa unida: aquí la articulación de dos sistemas de fuentes dotados de legitimación propia —susceptible actuarse en sede jurisdiccional—, expresada, con perfiles jurídicos claramente depurados, en términos de constitucionalidad en el caso del estatal-nacional y de novedosa primacía del llamado Derecho originario en el comunitario europeo.

2. La consideración de las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales como fuente para la identificación de los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de éstos; normas internacionales, entre las que destaca el Convenio Europeo de Roma, en tanto que, en la práctica (aunque no en la construcción teórica), aplicado como parte integrante del Derecho comunitario e, incluso, interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (conclusión esta última extraíble, según el ponente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de la sentencia Rutili de 28 de octubre de 1975 y en los elementos apreciables también en las sentencias Hoechst de 21 de septiembre de 1989 y Orkem de 18 de octubre de 1989).

Sobre esta importante toma de postura del ponente, no sólo no hubo en el debate manifestaciones discrepantes, sino contribuciones específicas, como la aportada por escrito (mediante una comunicación en la que se destaca la acción institucional convergente, en este terreno y hasta llegar a Maastricht, del Consejo de Europa y la Comunidad) y en forma oral en el coloquio por el señor De Miguel Zaragoza. Interesante es también la cuestión concreta planteada por la Adjunta al Defensor del Pueblo, señora Retuerto, de la solución al caso de discrepancia entre las jurisprudencias del Tribunal de Justicia y el de Estrasburgo en la interpretación del Convenio de Roma. La respuesta del ponente, aunque basada en una posición personal, debe considerarse más que satisfactoria en el actual estado de la situación: no es posible evitar, dada la dualidad de jurisdicciones, la existencia potencial de pronunciamientos discrepantes; sin embargo, hasta ahora tal discrepancia no ha existido, toda vez que el Tribunal de Justicia ha

procurado conformarse con la doctrina establecida por el de Estrasburgo; en el supuesto de variaciones futuras en la doctrina de éste, aquél debería adaptar la propia al cambio correspondiente.

Se entiende, así, el pronunciamiento rotundo contenido en la ponencia, que merece desde luego ser resaltado y cuya trascendencia para la conclusión en su momento avanzada sobre la ciudadanía de la Unión no precisa mayores comentarios: «... el Convenio europeo de Derechos Humanos desempeña ya en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia *una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido*».

3. La progresiva configuración jurisprudencial como auténticos derechos fundamentales del ciudadano comunitario de las libertades básicas de carácter económico establecidas originariamente, en el nivel comunitario, como libertades instrumentales para la realización de un mercado común de funcionamiento en libre competencia, de un lado, y la interpretación, asimismo jurisprudencial, de determinadas normas de los Tratados (especialmente la no discriminación) en clave de derechos fundamentales, considerándolas constitutivas de expresiones particulares de un principio general. Esta acotación relativa al Derecho comunitario —breve, por evitar duplicidades con la ponencia de la profesora Mangas— viene a confirmar plenamente, como no podía ser de otra forma, el contenido de esta última, ya examinado.

Pero si hay un orden sustantivo comunitario-europeo en punto a derechos fundamentales y libertades públicas, debe haber también un ámbito comunitario-europeo de protección de ese orden, extensivo al plano nacional interno de desarrollo y ejecución del ordenamiento comunitario. Porque si más limitado dicho orden que el que es propio de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales, no por ello deja de desbordar el marco de la actuación normativa y ejecutiva directa de las instituciones propiamente comunitarias, introduciéndose necesariamente en las actuaciones de los Estados miembros que se sitúan «en el ámbito del Derecho comunitario». Así lo afirma desde luego el profesor Rodríguez Iglesias con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del que forma par-

te, básicamente las sentencias Cinétiqúe de 11 de julio de 1985, Demirel de 30 de septiembre de 1987 y ERT de 18 de junio de 1991. En efecto, el Tribunal, cuando se niega a verificar la conformidad al Derecho comunitario de una disposición nacional lo hace sólo porque éstas no tienen por objeto la ejecución de una disposición del Derecho comunitario y no pertenecen, así, a la esfera de éste. De ello se infiere, sin embargo, la procedencia de la verificación en caso contrario, es decir, cuando la acción estatal se dirija a la ejecución del Derecho comunitario, con la consecuencia de la posibilidad de su enjuiciamiento desde el orden comunitario de derechos fundamentales.

No es precisa en absoluto advertencia alguna sobre la trascendencia de esta consecuencia última de la comprobación de un orden comunitario-europeo de derechos fundamentales para el objeto último de las Jornadas: la nueva institución del Defensor del Pueblo europeo, su ámbito de actuación y sus relaciones con las instituciones homólogas nacionales, en particular el Defensor del Pueblo español y las figuras autonómicas con la misma finalidad institucional.

En cualquier caso, la consistencia y trascendencia de estas conclusiones no experimentan merma alguna por las matizaciones del ponente relativas a la no decantación comunitaria de un concepto normativo de derecho fundamental, con un perfil dogmático preciso; la preferencia a la fórmula actual —en razón a la seguridad jurídica— del establecimiento normativo de un catálogo comunitario de derechos fundamentales o de la adhesión de la propia Comunidad europea al Convenio de Roma (la no inclusión por el Tratado de Maastricht de un elenco de derechos y libertades fundamentales es una de las deficiencias señaladas en dicho Tratado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 8 de abril de 1992, sobre la base de una anterior de 12 de abril de 1989); la limitación del artículo F.2 del Tratado de Maastricht a la confirmación de la doctrina jurisprudencial comunitaria ya establecida y, finalmente, la sustracción de este precepto a la competencia del Tribunal de Justicia. Todas esas matizaciones no son sino manifestaciones lógicas de la singularidad del proceso mismo de construcción de la Europa unida y no enervan el hecho capi-

tal de la existencia real de un catálogo comunitario de derechos fundamentales por la vía de la aplicación práctica jurisprudencial del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Antes al contrario, lo confirman sin perjuicio de las contradicciones inherentes al referido proceso y buena prueba de ello es la posición del ponente, que no se olvide es Magistrado del Tribunal de Justicia, favorable a una adhesión de la Comunidad al aludido Tratado, en razón a que, al igual que la existencia de sistemas nacionales desarrollados de protección de los derechos fundamentales no hace superfluo el sistema supranacional, la sumisión del Tribunal de Justicia a este último tendría una utilidad paralela. Y ello porque, aun cuando dicha posición se haya formulado a título personal, constituye un buen ejemplo del espíritu de progreso en el sentido de la realización del orden definido por los derechos fundamentales que anima la construcción de la Europa comunitaria.

Esa Europa cuenta al día de hoy con un esquema institucional y de funcionamiento bien determinado, cuyo remozamiento busca precisamente el Tratado de la Unión. Ha llegado la hora, pues, de ocuparse de él.

### III. EL MARCO INSTITUCIONAL COMUNITARIO EN QUE SE INSERTA EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO: LOS CONTROLES DE Y LAS GARANTIAS FRENTE A LA ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD EUROPEA

La ponencia del profesor Jiménez-Blanco, como ya nos consta, principia por despejar cualquier duda sobre el carácter constructivo de su ulterior análisis crítico, desde la perspectiva del principio democrático, del esquema institucional comunitario-europeo. Y lo hace señalando que la base misma del proceso de construcción de la Unión Europea, los Estados nacionales, no pueden presentar tampoco certificado de limpieza democrática. Si en la base existen aún desfallecimientos, es lógico que en la Unión que está surgiendo concurren también éstos (y aún en mayor medida), es decir, el sistema diste de ser satisfactorio. Pero justamente la insatisfacción que

produce la imperfección en una obra nueva debe servir de acicate para una tarea de construcción crítica total, toda vez que la Comunidad y la Unión no son entidades independientes, forman un cuerpo común con las estatales.

En este contexto, la ponencia parte de las puntualizaciones básicas, de las que —por su acierto— es preciso dar cuenta aquí. Por de pronto, la de que la Comunidad Europea no es o, si se prefiere, no es aún un Estado, de lo que se sigue que tampoco puede ser un Estado federal (ésta puede ser sólo una imagen del objetivo final que se pretende). Pero, en seguida, también la de que en las instituciones comunitarias se cumple el mismo fenómeno de disociación entre forma y sustancia que se da en las estatales, como demuestra, sin más, el simple repaso de aquéllas siguiente:

- El Parlamento Europeo no reúne las características asociadas teóricamente a la institución parlamentaria, pues no es poder legislativo en sentido propio y carece de verdadero poder de control del mecanismo gubernamental.
- La Comisión Europea carece, suponiendo que en ella radique la Administración comunitaria, de las notas inherentes a las Administraciones nacionales (y, desde luego, la de corte francés): carece, organizativamente hablando, de la que podría calificarse de «Administración periférica» o que actúe en y a lo largo y ancho del territorio comunitario; se vale, para actuar, es decir, para ejecutar, de las Administraciones de los Estados miembros, que operan, así, como verdaderas Administraciones comunitarias «indirectas»; la infraestructura administrativa radicada en Bruselas no desarrolla —salvo contadas excepciones— actividad alguna calificable como de gestión y sí más bien de apoyo a los órganos políticos, de preparación de las decisiones —preferentemente normativas— de éstos y también de supervisión de la aplicación de las normas por terceros, cabalmente las instituciones estatales internas. Por tanto, la Administración comunitaria puede compararse todo lo más con la federal de la República Federal alemana o

con la ideal inglesa objeto de la polémica entre Dicey y Hauriou.

- El Consejo de Ministros, a despecho de lo que evoca su nombre en Derecho interno, ejerce más bien lo que, desde tal perspectiva, ha de calificarse como poder legislativo, a pesar de que se integra por mecanismos de designación gubernamental propios de los Estados miembros. En consecuencia, por su composición, se trata de un órgano ejecutivo-administrativo objeto del correspondiente control; por sus funciones, sin embargo, es más bien un cuerpo normativo y, por tanto, controlador.

Claro que, dadas las características de este órgano y, en concreto, su funcionamiento discontinuo, hace emerger tras de él al famoso COREPER, que actúa con el mismo y expeditivo estatuto que el Consejo, pero ausentes de sus miembros, incluso la responsabilidad política, y concretamente parlamentaria, a la que por lo menos están sujetos, en sus respectivos Estados, los Ministros.

- El Tribunal de Justicia, a pesar de ser la institución comunitaria de perfiles más nítidos y que ha sabido incrementar su autoridad con su funcionamiento, carece de cualquier posición de «superioridad» (en el sentido en el que, en el Derecho interno, unos órganos judiciales lo son sobre otros) respecto de los Jueces y Tribunales estatales internos, haciendo jugar su superioridad funcional sobre éstos no al final de la vía judicial, sino intercalando su intervención en los procesos internos por la vía de la llamada cuestión prejudicial. Ello significa que ni siquiera en el terreno de la relación jurídico-procesal existe una interlocución comunitaria directa y ordinaria con el ciudadano.

Como resalta el profesor Jiménez-Blanco, desde las categorías jurídico-políticas propias de los sistemas estatales, el precedente esquema institucional comunitario puede parecer ciertamente malformado, un monstruo, pero no es más que el resultado inevitable de la construcción tortuosa y difícil de

la supranacionalidad desde aquellos mismos sistemas. Por ahora el esquema en el que ha cuajado esa supranacionalidad poco se parece al de gobierno estatal, en el que la mayoría gobierna y la minoría controla. Y en ello radica justamente la imagen lastrada de déficit democrático que destacan las críticas al proceso de integración. En este punto incidió, en el coloquio, el señor Fernández Castaño, para señalar, con acierto, que dicho proceso y el modelo que va decantando precisan ser comprendidos teniendo en cuenta el todo (que no se agota en las instituciones comunitarias), es decir, como un sistema integrado por dichas instituciones y también por los Estados miembros. La imputación de déficit democrático desconoce el nivel estatal, que es cabalmente donde se produce la mayor parte de la participación política y se protegen básicamente los derechos fundamentales. Cabalmente el Tratado de Maastricht supone a este respecto un cambio importante, que permite el disenso de la valoración que de la evolución hace el ponente, en la medida en que inicia la ruptura con el sistema unidimensional referido, para abrir la puerta a otro de triple dimensión: la europea, la nacional-estatal y la regional-interna, en el que cada una de éstas parece aspirar a su propia legitimación.

Si del esquema institucional se pasa al mecanismo de control del ejercicio del poder y, concretamente, del ejecutivo y, más precisamente, administrativo, idéntico paralelismo —basado en juicio de insatisfacción— cabe establecer entre el de los Estados miembros en su interior y el comunitario. Lo demuestra la ponencia al hilo del examen de la situación actual del Derecho español en punto a los instrumentos orgánicos y funcionales de control interno y externo. No interesa aquí tanto ese examen como la conclusión que de él se extrae: una conclusión de luces (en la que, por cierto, se destaca lo esperanzador de la evolución de la institución del Defensor del Pueblo) y sombras. Pero sobre todo interesa, por su incidencia en la construcción europea, la consecuencia que se extrae del balance: la necesidad de no recrearse en la comprobación y la denuncia de las desviaciones y los desfallecimientos y de pasar a una actitud positiva de propuesta de fórmulas de corrección y perfeccionamiento de las insuficiencias y, más aún, la ideación de nuevas técnicas de control capaces de ocupar los

terrenos para los que se han revelado ya ineficaces las tradicionales. Significativa a este último respecto es la actitud de insistencia en el juego del control judicial (la técnica de control administrativo por excelencia, más allá de las posibilidades de ésta y con permanencia en la simple denuncia, formulada en términos de quiebra del Estado de Derecho), a pesar de la obsolescencia sobrevinida de dicho tipo de control respecto de fenómenos administrativos nuevos que difícilmente admiten desde tal control el adecuado tratamiento o, por lo menos, un tratamiento que satisfaga realmente las aspiraciones verdaderas de los ciudadanos y no sólo las ideales de los juristas. Es claro que la integración europea es un campo apropiado para reflexionar sobre estos problemas y encontrar nuevas opciones, sin el lastre de los esquemas conceptuales estatales heredados.

En el ámbito de las instituciones comunitarias, la ponencia realiza un repaso general de éstas en clave dinámica, pues la Comunidad no ha sido nunca ni es aún una construcción acabada y sí en evolución, en la que destaca el hito del Acta Unica de 1987; repaso, que puede sintetizarse así:

a) El Parlamento cuenta desde luego con poderes normativos presupuestarios y de control.

Los poderes normativos, que comenzaron siendo sólo de consulta, han ido ampliándose gracias a la llamada «concertación» primero (1975), la denominada «cooperación» luego (1987) y, finalmente (Maastricht), la introducción del complicado procedimiento de triple lectura del nuevo artículo 189 B del Tratado constitutivo de la Comunidad. Pero el Parlamento no ha llegado aún, por ello, a reunir, ni de lejos, los que son propios de los Parlamentos nacionales; circunstancia ésta que explica el que el ponente califica de síndrome de estatalidad que padece la institución. Justamente aquí incide la crítica que se suele hacer a esta institución comunitaria: que es un Parlamento sólo de nombre, porque opera en el seno de un sistema no parlamentario y no representa realmente a un pueblo, sino a un conjunto de pueblos y de manera imperfecta (por inexistencia de partidos políticos de escala comunitaria).

A esta crítica sale al paso el ponente, a mi juicio acertadamente, señalando la improcedencia del punto de vista es-

tatal para la valoración de la institución parlamentaria europea. Para poder medir ésta por el rasero parlamentario estatal (que tampoco puede presentar hoy un palmarés brillante) sería preciso, en efecto, que el proceso europeo hubiera alcanzado ya el estadio de la estatalidad en lo organizativo y el de fusión en un solo pueblo reconocible como tal en lo político, cosa que está aún lejos de suceder. En este punto incidió agudamente, en el coloquio subsiguiente a la exposición de la ponencia, don José María Gil-Robles, señalando la necesidad de tomar como punto de partida la situación real del proceso europeo, que es parangonable no tanto con el de federalización norteamericano cuanto con el suizo-alemán de lenta cristalización de una estructura federal o confederal; punto de partida que desacredita la perspectiva del modelo parlamentario avanzado como medida de valoración. Porque el estadio actual de construcción europea se corresponde en este terreno al decimonónico, propio de las monarquías constitucionales, de colegislación con poderes tasados de la asamblea representativa. Pero justamente por ello, el Parlamento Europeo, curiosamente, es capaz de ejercer con mayor energía y eficacia sus poderes limitados, como prueba el caso de la aprobación en curso del último presupuesto comunitario. De ahí que, enjuiciado en onda dinámica y cara al futuro, el estado de la situación, aunque insatisfactorio, no merece una crítica descalificadora. Y lo mismo puede y debe decirse de la existencia del pueblo europeo (cuestión vinculada a la de la ciudadanía de la Unión), que es ciertamente discutible, pero que está en formación, y en Maastricht se han dado pasos, aunque tímidos, en tal dirección, como lo prueba el hecho de la previsión expresa de los partidos políticos europeos (art. 138 A del Tratado constitutivo de la Comunidad).

Intervino también y en idéntico sentido el profesor Rodríguez Iglesias, señalando que el reproche de déficit democrático es, en realidad, un arma arrojada utilizada justamente por quienes se niegan a dar cualquier paso para remediar la situación, para pasar de los métodos intergubernamentales o los de la democracia directamente representativa. Pero lo cierto es que la Comunidad Europea lo es de unos Estados democráticos y de los correspondientes pueblos, por lo que la representación actuada por los Gobiernos en ella es legítima

en tanto que dimanante de sistemas democráticos. Naturalmente que la evolución hacia una mayor democratización de las estructuras comunitarias es deseable, pero para ello hay que impulsar el proceso constituyente de la Comunidad, en cuya línea se sitúa justamente el Tratado de Maastricht.

En materia presupuestaria, el Parlamento posee un poder caracterizable como puramente negativo, prácticamente inexistente en lo atinente a ingresos y de rechazo —como facultad más relevante— en lo referente a gastos. Pero si la debilidad en la determinación de los ingresos se explica perfectamente por el modelo mismo de la integración, las facultades con que la institución cuenta respecto de los gastos, aunque limitadas, son muy efectivas, como puso de relieve el señor Gil-Robles (D. José María).

Quizá sea en la relación política con el «ejecutivo» comunitario y, por tanto, su control, donde se han producido, a lo largo del tiempo, mayores avances, por más que tampoco aquí éstos hayan conducido a resultados espectaculares. A una posición inicial muy devaluada (ni el Consejo, ni la Comisión emanaban del Parlamento o habían de responder a su orientación política; el control —dotado de muy escasos medios— se ejercía sobre la Comisión y no el Consejo), que con dificultades se ha ido modestamente afirmando, se ha añadido en Maastricht un ensayo ya de participación parlamentaria en la designación de la Comisión (consulta al Parlamento antes del nombramiento del Presidente y voto de aprobación a la Comisión en Pleno antes de la designación de sus miembros; art. 158 del Tratado constitutivo de la Comisión Europea), que el ponente califica de «orleanista» o de «doble confianza».

b) El Consejo, sin duda el órgano central de todo el mecanismo institucional comunitario (punto de referencia, según el ponente, de la tensión entre «supranacionalidad» e «intergubernamentalidad»), aparece normalmente a salvo de las críticas, a pesar de la enorme concentración de poder en sus manos. Reúne, en efecto, facultades normativas y ejecutivas, estando controlado de hecho, prácticamente de forma exclusiva, desde los Estados nacionales, en tanto que opera con la lógica de una conferencia diplomática.

c) La Comisión, si bien el órgano de específica iniciativa comunitaria, tiene el centro de gravedad de sus funciones en la salvaguardia del cumplimiento de los Tratados y de la legalidad comunitaria, por cuanto las llamadas competencias ejecutivas introducidas por el Acta Unica continúan sin reconocérsele del todo; funciones, las aludidas, que ha de ejercer en la forma dispuesta en el artículo 169 del Tratado constitutivo de la Comisión, es decir, no desarrollando una actividad unilateral y ejecutiva que los Estados se vean obligados a impugnar, sino acudiendo en último término al Tribunal de Justicia, para que sea éste el que declare el incumplimiento del Derecho comunitario en sentencia que al Estado condenado corresponde, además, cumplir. Por tanto, la Comisión carece de un poder administrativo general para prevenir y, en su caso, reprimir directamente las infracciones de aquel Derecho cometidas por particulares, sin perjuicio de casos especiales.

d) Sin perjuicio de lo dicho respecto de los dos órganos anteriores, el COREPER, aunque en teoría sólo órgano auxiliar o de apoyo a éstos, es pieza importante en el proceso de toma de decisiones de ambos y es capaz de adoptar decisiones gracias a las delegaciones que en él se efectúan.

e) El Tribunal de Justicia, al que en 1988 se ha añadido —para descargarle de trabajo— el Tribunal de Primera Instancia, es, al mismo tiempo, Juez contencioso-administrativo, es decir, revisor según el modelo continental respecto de las instituciones comunitarias, Juez de la validez comunitaria de las decisiones (incluidas las legislativas) estatales y Juez unificador de la doctrina —por vía prejudicial— de los órganos judiciales estatales, que son los Jueces ordinarios o de Derecho común en el ordenamiento comunitario. Maastricht ha supuesto la novedad (nueva redacción del art. 171 del Tratado constitutivo de la Comisión Europea) de la apreciación, inicialmente por la Comisión, pero en último término por el propio Tribunal, del incumplimiento de sus sentencias y de la imposición, en su caso, al Estado incumplidor de la obligación de pago de una suma alzada o de una multa coercitiva.

Respecto a la valoración que merece la función de control ejercida por el Tribunal, para el profesor Jiménez-Blanco es diversa. En efecto:

- En el control del comportamiento de los Estados miembros, parece poder ser negativa, en la medida en que la intermediación de la Comisión (ante la que los ciudadanos han de efectuar las correspondientes denuncias) propicia la restricción de la legitimación, lo que no significa que esta vía no ofrezca otros aspectos más avanzados que en los Estados miembros (la indiferencia de la forma jurídica de la actuación estatal reprochable, la no relevancia del carácter que reviste la inactividad estatal y la posibilidad del enjuiciamiento con normalidad de meras conductas o «prácticas» administrativas).
- En el control de la validez de los actos comunitarios (noción genérica e inclusiva de las normas) cabe asimismo una valoración desfavorable para con respecto a los sistemas nacionales, también por razón de la cuestión de la legitimación, así como, además, por la de la limitación de los órganos judiciales —por influencia del modelo francés del recurso por exceso de poder— a la anulación de los actos impugnados.

En este punto incidió en el debate ulterior el profesor Rodríguez Iglesias, señalando que la restricción en materia de legitimación no es imputable tanto a la jurisprudencia como al Tratado mismo, el Tribunal ha tratado siempre de ampliar todo lo posible la noción de afectación individual y directa, y si es verdad que en esta materia no ha desplegado la misma imaginación que ha acreditado en otros terrenos, ello se explica por el hecho de que la norma referida a la afectación determina algo tan delicado como la propia competencia del Tribunal. El profesor Jiménez-Blanco convino en esta apreciación, aclarando que la intención de su ponencia ha sido simplemente destacar éste como uno de los aspectos en que la diferencia a favor de los sistemas nacionales es más evidente.

- En las vías procesales destaca la cuestión prejudicial, respecto de la que se impone una valoración decididamente positiva. Es ésta la vía en la que el Tribunal de Luxemburgo ha empeñado un gran esfuerzo de apertura, a fin de compensar las deficiencias del acceso directo por los ciudadanos a la justicia comunitaria y lo-

gar la ligazón con él y con el orden comunitario de todos los Jueces de los países miembros. En este terreno parece clara la superioridad de dicho orden comunitario respecto de los ordenamientos estatales.

En cualquier caso, la pregunta decisiva, que desde luego se formula el propio ponente, es la relativa a si los controles y las garantías en el orden comunitario son inferiores a los que existen en los ordenamientos estatales. La contestación, como bien apunta el profesor Jiménez-Blanco, no debe tener como referencia, por lo que hace a los sistemas estatales, los textos, sistemas o tradiciones, sino las realidades prácticas de tales ordenamientos. Desde esta perspectiva y sin perjuicio de la complejidad del asunto, parece posible una negación clara. No existe inferioridad del orden comunitario en lo que hace a los controles político-parlamentarios y judiciales; sucede únicamente que es distinto y tiene una lógica propia. La clave, pues, reside más bien, supuesta la insatisfacción en todo caso con el actual estado tanto en el orden comunitario como en el estatal interno, en si puede mejorarse la situación y cómo debe procederse al respecto.

Agudamente, el ponente aborda la cuestión calificando el planteamiento que ha primado el propio Parlamento de búsqueda de una *imago parlamenti*, gracias al cual los Parlamentos nacionales o estatales recuperarían una suerte de valor de modelo ciertamente cuestionable. La dificultad de esta alternativa radica justamente en que el Parlamento Europeo no es propiamente un Parlamento, toda vez que en él no hay —también propiamente— una mayoría y una minoría; circunstancia ésta imputable a la ausencia de partidos políticos de dimensión comunitaria (aunque el art. 138 A del Tratado de la Unión Europea se esfuerza en este terreno, realizando el carácter de «importante factor» para la integración de los partidos a escala europea); ausencia que, a su vez, conduce al verdadero problema de fondo, que no es otro que el de la inexistencia de un pueblo europeo del que pueda emanar una representación parlamentaria del mismo tipo que la que se da al interior de los Estados. Esta última circunstancia, es decir, la falta de un cuerpo político de base, impide consecuentemente construir la Comunidad a modo y manera de un

Super-Estado. De donde cabe seguir ya la incoherencia final de la entera construcción.

En el coloquio subsiguiente el señor Gil-Robles (don José María) puntualizó (con asentimiento ulterior del ponente) la especificidad del sistema europeo en construcción; especificidad desde la que adquieren sentido las peculiaridades destacadas por el profesor Jiménez-Blanco, si se tiene en cuenta que el Parlamento Europeo es un Parlamento en estado embrionario, que está conquistando poderes situados en el origen mismo del parlamentarismo nacional o estatal, pero que, por ello mismo, puede hacer uso de los que tiene (por ejemplo, el presupuestario) en forma no parangonable con el que es propio de las Cámaras estatales. En esta misma línea ha de valorarse la ciudadanía europea, que si tiene un carácter simbólico, no por ello deja de traslucir el nacimiento de un verdadero pueblo europeo, que en su momento va a poder repercutir sobre el mecanismo de representación política y, por tanto, parlamentaria, como está incidiendo ya desde luego en la conformación de estructuras europeas de los partidos políticos. A la luz de estas consideraciones, el sistema de controles —perspectiva propia de la ponencia ahora considerada— se ofrece como un problema derivado del excesivo avance de dichos controles respecto del sistema de gobierno, concretamente en su vertiente parlamentaria.

Queda así planteada la cuestión del papel de la nueva institución «independiente» de control objeto de estas Jornadas. El profesor Moreira puso sobre la mesa las cuestiones relativas al acierto o no de la restricción de la función del Defensor europeo al control de la actividad de las instituciones comunitarias y a la dependencia del Parlamento —concretamente de su Comisión de Peticiones— en punto al tipo de acción ejercitable tras la pertinente investigación. Desde la experiencia italiana de desarrollo de la figura en el nivel interno regional y despliegue por la misma de todas sus potencialidades (incluso frente a la Administración local y, por supuesto, la regional), el profesor Vandelli, tras coincidir con el ponente en punto a la hipertrofia del sistema de controles estatales (y, por tanto, la improcedencia de una crítica unilateral, en este terreno, del orden comunitario) y destacar la importancia del

doble fenómeno de la pérdida de confianza en dicho sistema clásico y la generalización de confianza por mecanismos de nuevo cuño, sostuvo la improcedencia de excluir de entrada la posibilidad de una evolución funcional expansiva del Defensor del Pueblo europeo. En parecido sentido, el profesor Daillier criticó la posición del ponente, es decir, la de la articulación del papel del Defensor europeo sobre un criterio material, favorecedor de una delimitación competencial por eliminación (la atribución únicamente de las competencias que no estén ya asumidas por las instituciones previamente existentes), abogando por el empleo de un criterio finalista basado en la expresión «mala administración», capaz de sostener la extensión a la figura europea de la evolución propia de las homólogas estatales.

No obstante las dificultades que supone esta indefinición del modelo comunitario final (y, por tanto, también del actual, si es que existe ya hoy) y, por tanto, también de la figura del Defensor del Pueblo europeo, el avance y el perfeccionamiento del sistema comunitario, que es el que interesa, son, para el ponente, posibles; más aún, y como él mismo ciertamente destaca, de hecho se están produciendo, aunque de forma por así decirlo silenciosa, paso a paso, y en términos de imbricación con la evolución de los propios Estados. Y en este proceso destaca, por su importancia, la jurisprudencia, que ha ido sentando verdaderos hitos, como los del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario, y, recientemente (sentencia Factortame), el de la utilización de la efectividad de la tutela a dispensar por el Juez nacional del Derecho comunitario para alcanzar la inmediata eficacia de éste incluso contra el Derecho estatal.

El punto de vista de la imbricación o interrelación dialéctica de los planos comunitario y estatal es, como expuse en el coloquio, ciertamente sugerente, pero suscita la duda de si proporciona una óptica adecuada al objetivo aquí perseguido, que no es otro que el de intentar deteminar las consecuencias de la emergencia de la ciudadanía europea (que está ligada a la previsión del Defensor del Pueblo europeo). Porque la ciudadanía europea presupone que se están perfilando ya dos frentes en el orden comunitario: el tradicional, cifrable en el

juego de poderes en el seno de las instituciones europeas, y otro nuevo, situado en una dimensión más general, política, en la que surgen los ciudadanos dotados de posiciones subjetivas. De ahí que pueda sostenerse la preferencia —respecto del establecido por el ponente— de un planteamiento centrado en el papel respectivo de las piezas comunitaria y estatal en el camino marcado por Maastricht y, por tanto, en los controles situados en los correspondientes niveles, especialmente cuando éstos se confieren a instituciones de corte «independiente» (como lo es la del Defensor del Pueblo). Pues aunque el establecimiento de éstas en el orden comunitario no suponga una novedad respecto del orden estatal, cuando menos alerta sobre la extensión del fenómeno de reducción del espacio de debate público o político en favor de la extensión de espacios sedicentemente «neutralizados»; extensión que incide en el problema de déficit democrático en las instituciones comunitarias y también en la emergencia de parecido problema en la instancia estatal.

Varias intervenciones incidieron en este aspecto del modelo utilizado como referencia. El señor Gil-Robles (don José María) se pronunció por la atipicidad del proceso de construcción europea, en razón a su propia lógica de desarrollo. Por su parte, el señor Fernández Castaño, aun coincidiendo inicialmente con el ponente en la necesidad de la comprensión de aquel proceso como atinente a un sistema integrado conjunta e inseparablemente por los Estados y la Comunidad, discrepa en el desarrollo ulterior del modelo así dibujado, por entender que el Tratado de Maastricht sí inaugura una nueva etapa dotada de perfiles relativamente nítidos, derivados de la ruptura de la estancamiento de la instancia estatal y reconducibles a la definición de tres dimensiones y, por tanto, de una triple legitimidad: comunitaria, nacional y regional (de suerte que el ciudadano lo es, simultáneamente, de una región, un Estado y de la Europa comunitaria). Por último, el señor Rovira, tras señalar que la interrogación acerca de cuál sea el modelo final hacia el que camina la Europa comunitaria tiene difícil respuesta (por lo fluido de la evolución, incluso en el nivel estatal), se planteó si no resultaría más correcto estimar que se está ante una realidad, aunque en germen, de nuevo cuño, la originalidad de cuya evolución consiste en que

va desde la claridad hacia la confusión o, si se prefiere, la complejidad.

En todo caso, contemplando los logros de la integración comunitaria más allá de la propia lógica del Derecho comunitario en sí mismo considerado y atendiendo a los efectos que la evolución de éste está teniendo en los ordenamientos estatales, en modo alguno puede negarse la eficacia revulsiva de los esquemas estatales internos que está desplegando la aludida integración europea. Opinión ésta del ponente que merece sin duda asentimiento y que éste apoya no sólo en el conocido fenómeno del ensanchamiento del poder de los Gobiernos (a través del adquirido por el Consejo de Ministros en Bruselas) en detrimento de los Parlamentos y las instancias territoriales internos, sino en el menos destacado y quizás de mayor alcance de potenciación de los poderes del Juez nacional, esta vez a través de la específica posición de que disfruta el Tribunal de Luxemburgo (carente de un Parlamento productor de Leyes a las que deba estar sujeto en términos estatales tradicionales) y por contagio de los esquemas, más sueltos que los nacionales, con los que este último opera.

Sobre este otro planteamiento se asientan las conclusiones a las que, finalmente, llega el profesor Jiménez-Blanco. Se asiste, en el orden comunitario, a un proceso conducente a la decantación de un nuevo sistema de equilibrio de poderes. En el enjuiciamiento de tal proceso no pueden perderse de vista dos datos: en primer término, que la pérdida de poder por parte de las Asambleas representativas en favor de los Ejecutivos y aun las Administraciones es un fenómeno, con unos u otros matices, prácticamente universal; en segundo lugar, que tal pérdida se ofrece, en el caso comunitario-europeo, decididamente contrapesada por elementos que, claramente, representan un progreso para la libertad de cada uno. Por ello debe encararse el proceso de integración y sus novedades con espíritu positivo. Pues los reproches que se le formulan, aparte de ser igualmente aplicables a los sistemas estatales, son parte irrenunciable, elemento constitutivo mismo del propio proceso.

#### IV. EL ESTATUTO BASICO Y LA CRISTALIZACION DEFINITIVA DEL REGIMEN JURIDICO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

La confrontación ya con el escueto estatuto de Derecho originario y, por tanto, el análisis y la ponderación de las opciones que éste abre en punto al concreto régimen jurídico de la nueva institución comunitaria del Defensor del Pueblo—objeto de la ponencia del profesor Astarloa— requieren partir de los términos y las condiciones de la introducción de la figura (consagrada básicamente en los artículos 8 C y 138 E del Tratado de la Unión Europea) y de su inserción en el entramado institucional comunitario-europeo, lo que efectivamente hace dicha ponencia.

A este respecto destaca con acierto el ponente en primer término, en efecto, los rasgos diferenciales de la innovación que representa la institución aquí considerada respecto de las restantes que incorpora el Tratado de la Unión Europea (incremento de los poderes del Parlamento Europeo y del Tribunal de Justicia; mayor control de la Comisión Europea; elevación del Tribunal de Cuentas al rango de institución comunitaria; creación, con carácter consultivo, del Comité de las Regiones, etc.); rasgos peculiares, reconducibles a la inexistencia de una demanda específica por las instancias comunitarias mas favorables al progreso de la unión política (cuyas expectativas han quedado defraudadas, al menos parcialmente, en otros órdenes), y una potencialidad de interferencia con otros organismos comunitarios desde luego, pero también estatales (especialmente las figuras homólogas nacionales).

Esta peculiaridad se explica, quizás, por el proceso mismo de surgimiento y reconocimiento de la institución, que, a su vez, es ilustrativo en punto a los problemas de su definitiva institucionalización y, por tanto, de la definición de su concreto régimen jurídico. La iniciativa no procede de los ambientes comunitarios, tiene su origen en una propuesta del Estado español, cuya ambición no va más allá inicialmente de la generalización, en el escalón estatal y en el contexto de la ciudadanía comunitaria, de la figura; aparte el dato de su for-

mulación insegura, por comprensiva de opciones alternativas (incluida la de una institución europea independiente o vinculada al Parlamento Europeo). Sobre esta base y de la mano de la Presidencia luxemburguesa acaba decantándose la solución finalmente consagrada, sin que la institución más directamente concernida —el Parlamento Europeo— haya llegado a incluir en alguna de sus importantes resoluciones sobre el proceso de negociación intergubernamental referencias significativas a este propósito. Justamente en este punto incidieron, en el coloquio subsiguiente a la exposición de la ponencia y contribuyendo a su clarificación, sendas intervenciones del profesor Moreiro y del señor Gil-Robles (don José María). El primero, insistiendo en la inhibición parlamentaria (pero llamando la atención sobre la mayor extensión de tal postura, adoptada también por algunos Estados miembros), apuntó el hecho de que tal inhibición supone un cambio radical de posición —probablemente relacionable con la transformación del Parlamento derivada de la introducción de su elección por sufragio directo— respecto de la elaborada y adoptada (mediante resolución formal del año 1979) en la década de los años setenta, consistente en la apreciación de la necesidad e, incluso, la urgencia del establecimiento de un *ombudsman* supranacional dotado de facultades mucho más amplias que las consagradas ahora en el Tratado de la Unión Europea; interpretación rebatida por el ponente, por entender éste que el cambio de actitud del Parlamento no es reconducible tanto a la alteración del sistema electoral, cuanto más bien en la revaloración por el propio Parlamento —a partir de 1985— de la materia relativa a las peticiones y, por tanto, también, de la misma Comisión de Peticiones. El señor Gil-Robles, por su parte, abundó en la opinión del ponente de la consciente configuración del Defensor como una figura modesta, en razón de la posición reticente del Parlamento Europeo, manifestada claramente —incluso tras el *non paper* de la Presidencia luxemburguesa— con ocasión de la aprobación del informe anual de la Comisión de Peticiones, pero también aportó el dato del intento de manipulación, en favor de tal posición parlamentaria, de los Defensores del Pueblo nacionales en una reunión a que éstos fueron convocados en Bruselas y en la que si bien dichos Defensores no se manifestaron en

contra de la creación de una figura equivalente en la instancia comunitaria, sí aprovecharon para abogar por una definición muy esdrúxula de las funciones de la misma, naturalmente para intentar prevenir una invasión de su propio terreno.

Es lógica y compatible, pues, la afirmación por el ponente del nacimiento del Defensor del Pueblo europeo en un marco particularmente difícil o poco propicio para su funcionamiento. Tanto más, cuanto que a lo dicho deben sumarse, primero, la ausencia en la instancia comunitario-europea —por obedecer el esquema organizativo de ésta a la peculiar lógica de la integración supranacional— del cuadro constitucional típico, presidido por la división de poderes, en el que la imagen establecida de esta específica figura sitúa a ésta; y, en segundo lugar, la falta asimismo en la instancia comunitario-europea de los dos puntos de referencia básicos para el funcionamiento de la misma: un preciso catálogo de derechos a defender y un consolidado aparato administrativo o gestor, capaz de afectar continuada y directamente a los ciudadanos. En torno a la consolidación adecuada de la institución se ciernen, por tanto, riesgos ciertos y evidentes, que incrementan los que de suyo rodean, en cualquier estructura, el asentamiento institucional de mecanismos de control auxiliares. La labor normativa de precisión del régimen del Defensor del Pueblo europeo ha de evitar, así, una configuración de éste capaz de provocar cualquiera de las dos situaciones extremas indeseables, a saber, las de su conversión en un añadido perturbador en el juego de los mecanismos de control ya existentes, de un lado, y de su transformación en un mero adorno redundante e ineficaz en un panorama institucional ya de por sí plagado de suspicacias y reservas, de otro.

Alcanza de este modo el profesor Astarloa su primera conclusión, que debe considerarse compartida por todos los asistentes. La normativa que ha de dictarse inmediatamente para concretar los perfiles de la institución, a efectos de su eficaz funcionamiento, debe formularse de modo tal que defina de la forma más precisa y acabada posible su estructura, posición, funciones, límites y sistema de relaciones con las restantes instituciones, dejando el menor margen a la ambigüedad y, con ella, a la disfunción y al conflicto.

Pero si la introducción de la novedosa figura aporta interrogantes y riesgos, su otra faz, más amable, es la de la apertura de posibilidades ciertas de revitalización comunitaria. Pues permite su construcción funcional en una doble vertiente: herramienta añadida para el incremento del control y responsabilidad de las instituciones comunitarias desde el reforzamiento de la eficacia de los derechos otorgados por el Derecho comunitario a los ciudadanos, por una parte, y factor dinamizador del proceso de construcción europea, por otra. En su misma previsión está ya contenida, en efecto, la oportunidad de su conversión —al estar en su mano, por su propia función, el acercamiento a los ciudadanos de los problemas, las instituciones y los procedimientos comunitarios— en catalizador de una mayor sensibilidad europea; papel éste que, a juicio del propio ponente, sería perfectamente extensible, en directa dependencia del elenco de competencias con que se vea dotada la figura, es decir, en tanto en cuanto pueda apelar directamente al catálogo internacional de los derechos humanos (propiciando así la decantación en este terreno del Derecho comunitario), denunciar disfunciones, inercias y omisiones en las instituciones comunitarias (también y especialmente en punto al desarrollo de los Tratados) e intervenir de algún modo en las violaciones del Derecho comunitario en el interior de los ordenamientos de los Estados miembros. La posibilidad así expuesta de que el Defensor del Pueblo europeo logre convertirse en elemento dinamizador de las estructuras comunitarias fue, sin embargo, puesta en cuestión en el debate, si bien únicamente por el profesor Moreiro, quien se manifestó pesimista sobre el despliegue por la figura de las potencialidades apuntadas por el ponente, cabalmente por los términos restrictivos de su regulación en el Tratado.

En todo caso, para el ponente el Defensor del Pueblo, tal como esta figura aparece delineada fundamentalmente en los artículos 8 D y 138 E del Tratado, presenta los siguientes rasgos básicos: Defensor único y comunitario, unipersonal y no político, complementario de otros órganos de protección y control, que responde al que podría calificarse de modelo nórdico de la institución (independencia, elección por el Parlamento, fácil accesibilidad, procedimiento gratuito, amplitud

de los poderes de supervisión, publicidad de las investigaciones, etc.). Destaca, sin embargo, tres aspectos:

a) El establecimiento de la institución justamente en el momento en el que, paralelamente, se refuerza el derecho de petición ante el Parlamento (incluyéndolos entre los que componen el estatuto de la ciudadanía europea) y se potencia el mecanismo de las Comisiones parlamentarias de investigación, de carácter temporal, cabalmente para el estudio de supuestos enunciados en términos parecidos a los constitutivos del objeto del Defensor, es decir, supuestos de mala administración y violación del Derecho comunitario. Consecuentemente, responde a una consciente opción en favor del mecanismo específico que supone el *ombudsman* y en detrimento de la consistencia de la cobertura del espacio propio de éste por instrumentos propiamente parlamentarios.

b) La vinculación del Defensor, no obstante lo anterior, al funcionamiento del Parlamento Europeo, como se desprende sin más de la ubicación sistemática de los dos principales preceptos que lo regulan: mientras el artículo 8 D forma parte del estatuto de la ciudadanía y aborda, además, su objeto en términos del derecho de todo ciudadano de la Unión a dirigirse al Defensor, el artículo 138 E pertenece a la regulación de las instituciones comunitarias, estando colocado, más concretamente, en la sección relativa al Parlamento y como una pieza más de la ordenación de su funcionamiento.

c) Los términos del reconocimiento, establecimiento o regulación del Defensor del Pueblo son siempre, en los dos preceptos citados, indirectos. En ningún caso se emplea una expresión rotunda, reveladora de la voluntad de institución de la figura, prefiriéndose poner el acento bien en los ciudadanos (caso del art. 8 D), bien en el Parlamento (art. 138 E).

A este propósito del diseño del Defensor en el Tratado y tal como, en mi función de moderador, tuve ya ocasión de exponer en el debate, resulta más que conveniente abordar la interpretación de dicho diseño sin apriorismos y desde la propia regulación del Tratado, intentando evitar en la mayor medida posible toda contaminación de la operación con ideas provenientes de las imágenes nacionales de las instituciones

ya existentes en los diferentes Estados, para, sólo después de la ultimación de la referida operación, afrontar el problema de la relación con tales instituciones. Desde esa perspectiva, parece que hay que conceder especial relevancia al doble entronque de la regulación del Defensor del Pueblo con la ciudadanía y el Parlamento Europeo. En el primero debe verse una referencia no tanto a los derechos fundamentales en sí mismos o sustantivamente considerados, cuanto a una posición formal y subjetiva reconocida a todo ciudadano de la Unión, que le franquee el acceso al Defensor y que por sí misma nada dice aún sobre el para qué de ese acceso y de los criterios de referencia a utilizar por el Defensor en el examen y la valoración del planteamiento que le haga el ciudadano. El segundo debe entenderse como una manifestación más (en el contexto de la potenciación justamente del Parlamento y de su directa representatividad) del propósito de acercamiento al ciudadano del orden comunitario, con utilización de la figura del Defensor del Pueblo como punto de conexión, puente o enlace.

Hasta aquí el estatuto de la nueva institución en el Tratado de la Unión Europea. Queda abierta así la cuestión del desarrollo de ese estatuto, ya planteada, abordada y en marcha en el seno del Parlamento Europeo, de modo que, a juicio del ponente, cabe sospechar próximo el momento de aprobación tanto del Reglamento regulador del Defensor como de la indispensable modificación del Reglamento del propio Parlamento. Cuestión ésta que encierra multitud de problemas, que el propio ponente articula en los siguientes cuatro grandes grupos:

## 1. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS FUENTES

Aunque ciertamente el número 4 del artículo 138 E del Tratado contemple (además de la regulación de las condiciones de ejercicio de las funciones del cargo) un específico estatuto del Defensor, determinado por el Parlamento Europeo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación —otorgada por mayoría cualificada— del Consejo, el Reglamento del Defensor del Pueblo, de este modo dispuesto, no agota

en modo alguno la normativa derivada de la introducción de la figura relacionada con ella. Pues a dicho Reglamento (sin duda la pieza normativa más importante) han de añadirse, por de pronto y por razones obvias, la necesaria modificación del Reglamento del propio Parlamento, pero también la del Reglamento de funcionamiento del Tribunal de Justicia, que —aunque de forma más colateral e indirecta— se ve afectado por la intervención de dicho Tribunal en el procedimiento de destitución del Defensor del Pueblo prevista en el párrafo segundo del número 2 del artículo 138 E del Tratado. Cabe prever todavía la posibilidad de dos conjuntos normativos más: uno integrado por las inevitables normas de desarrollo para la organización y el funcionamiento de la institución y otro compuesto por las medidas que se establezcan para la coordinación de ésta con las figuras similares existentes en los Estados miembros.

Del complejo de interrogantes que suscita el sistema de fuentes así acotado destaca la dificultad del trazado del límite entre el Reglamento del Parlamento (con sus previsiones sobre nombramiento y destitución, pero también en relación con el Defensor) y el Reglamento-estatuto de este último; dificultad de gran relevancia y consecuencias, pues mientras el Parlamento decide por sí y ante sí sobre el primero, debe contar con la Comisión y el Consejo para el segundo. Los textos de uno y otro que, en proyecto, se vienen manejando presentan problemas de entrecruzamiento y solapamiento, es decir, de incorrecta delimitación de sus ámbitos respectivos.

Entiende el ponente que el Reglamento del Parlamento debería ceñirse exclusivamente a la regulación de la relación interna con el Defensor, mientras que, de otro lado, el Reglamento regulador del estatuto de éste únicamente debería abordar las cuestiones atinentes a su funcionamiento. En todo caso, la aprobación de ambas normas es condición y presupuesto para la puesta en marcha y el funcionamiento del Defensor.

Este orden de problemas suscitó interés entre los asistentes, dando lugar a varias intervenciones a lo largo del coloquio. Para el señor Herrero de Tejada la cuestión básica no es otra que la de la ausencia de un modelo previo del Defen-

sor del Pueblo en el Tratado. Si bien, esta circunstancia permitiría en principio, a la hora del desarrollo, la doble opción apuntada por el ponente (según que se acogiera una versión «reducida» o, por contra, una «extensiva» de la función del Defensor), lo cierto es que el tenor literal de la regulación del Tratado favorece claramente la primera. Por ello, la única posibilidad de que la figura pueda llegar a desarrollar por sí misma las potencialidades que encierra se cifra en una reglamentación de la misma no excesivamente detallada o cerrada, es decir, que deje cauces abiertos por los que quepa el aludido desarrollo.

Abundando en la dificultad que ofrece este desarrollo, en particular por lo que hace al deslinde de los contenidos propios de las diferentes normas, el señor Gil-Robles (don José María) insistió en algunos de los problemas que de ella resultan. Así, el del carácter destacadamente político relativo al nombramiento del Defensor: si esta materia se entiende propia del Reglamento del Parlamento el Consejo quedaría marginado de la regulación; no así si se la considera perteneciente a la normativa específica del Defensor, que precisa contar con la aquiescencia del Consejo. En todo caso, se está barajando ya la conveniencia del arbitraje de algún procedimiento de formulación de candidaturas, cuya efectiva previsión habría que calificar muy positivamente. Pero también está el problema de la legitimidad del debate y eventual aprobación por el Parlamento de la normativa relacionada con el Defensor, cuando aún no ha culminado el proceso de ratificación y no ha entrado en vigor, por tanto, el Tratado (existiendo incluso alguna incertidumbre al respecto, sobre la que existe consenso que acabará despejándose y dejando en franquía el proceso abierto en Maastricht). A ello se suma el hecho de que la aprobación de la reglamentación propia del Defensor requiere el establecimiento de un procedimiento parlamentario nuevo y, consecuentemente, demanda, cuando menos a tal respecto, la modificación previa del Reglamento del propio Parlamento. De esta suerte es claro que este último Reglamento deberá ser objeto de dos modificaciones: una primera, para introducir el procedimiento preciso para la aprobación primera de la reglamentación del Defensor, y otra segunda, para la regulación de todo el funcionamiento poste-

rior; todo ello, sin perjuicio de que ambas se tramiten simultánea o conjuntamente. En cualquier caso, el conjunto de cuestiones a solventar es tal, que permite vaticinar que el Defensor del Pueblo europeo en modo alguno va a poder empezar a funcionar el 1 de enero de 1993.

## 2. LOS PROBLEMAS RELATIVOS A LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR

Conforme al tenor literal del artículo 138 E (párrafo 1.º del número 1), las funciones de la institución parecen quedar restringidas objetivamente a los supuestos de mala administración (que no estén sometidos a la consideración del Tribunal de Justicia o al Tribunal de Primera Instancia en razón de sus funciones jurisdiccionales) y subjetivamente al ámbito de la acción de las instituciones u órganos comunitarios. Dados los términos de la redacción literal del precepto, la norma estatutaria de desarrollo posee algún margen de interpretación para la determinación del alcance exacto de las funciones.

El criterio subjetivo utilizado por el Tratado, al no excluir ninguna institución u órgano comunitario (con la única salvedad de la exención de los asuntos conocidos, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia), se ofrece, en efecto y *prima facie*, capaz de justificar una delimitación funcional amplia. No sucede lo mismo, sin embargo, con el objetivo, por dos razones: *a)* la indefinición de las funciones y las decisiones o actos comunitarios, que permite el pronunciamiento indistinto de las instituciones y los órganos en cuestiones «legislativas» y «ejecutivas», y *b)* la articulación de la actividad ejecutivo-administrativa comunitaria, en lo sustancial, a través de los Estados miembros, cuyas Administraciones operan como Administraciones comunitarias indirectas.

Extrae de ello certeramente el ponente la consecuencia de una específica y cierta dificultad para al acotamiento, en el espacio propiamente comunitario-europeo, del campo funcional del nuevo Defensor; dificultad, de otro lado, acrecentada por la ausencia en el Tratado de la Unión Europea de un verda-

dero código de derechos de los ciudadanos que pueda servir de punto de referencia seguro para la actuación del mismo. Pero, al propio tiempo, opta por su superación (y, consecuentemente, la del peligro de desvirtuación de la figura por reducción a la de ilustre inspector o interventor para el respeto de la legalidad) mediante una interpretación extensiva de esta actuación, para lo que entiende necesario el reconocimiento al Defensor de capacidad para supervisar la acción de las Administraciones estatales, en tanto que funcionalmente Administraciones comunitarias indirectas, es decir, de los actos de éstas que apliquen o ejecuten Derecho comunitario.

La posición así mantenida descansa en un doble punto de partida, derivado de la «colocación» adecuada del Defensor del Pueblo en el entramado —orgánico y funcional— comunitario. En primer lugar, el de la procedencia de una interpretación amplia del concepto «mala administración», comprensiva tanto de las normas como de los actos, las decisiones regladas y las discrecionales y, también, las acciones como las omisiones. En segundo lugar, la pertinencia de una definición extensiva de los criterios de referencia de la actuación del Defensor a la hora de la defensa de los derechos de los ciudadanos en los supuestos de mala administración previamente acotados.

Únicamente este doble punto de partida y las posibilidades que abre para la institución dotan a ésta de sentido, justamente en la dirección a que su misma introducción apunta: la del acercamiento del ordenamiento comunitario a los ciudadanos.

La posición así precisada por el ponente suscitó un vivo debate, a partir del requerimiento por el profesor Jiménez-Blanco de su mayor explicitación, especialmente en lo atinente al concepto de mala administración y a la comprensión por el tanto de la acción como de la omisión o de la inactividad; alcanzándose suficiente consenso sobre el carácter efectivamente comprensivo de la expresión en el Tratado. Justamente a propósito de la delimitación del campo objetivo de la nueva institución, el señor Gil-Robles (don José María) expuso que la voluntad en el Parlamento Europeo ha sido —en razón a las peculiaridades del sistema de protección y tutela del

Derecho comunitario, ejecutado normalmente de forma indirecta— no tanto añadir con el Defensor un nuevo mecanismo más capaz también de actuar en los supuestos ordinarios de control y tutela frente a la ejecución y aplicación de dicho Derecho por las Administraciones de los Estados miembros, cuanto cubrir el desgarnecido campo de la ejecución y aplicación directas por las instituciones y los órganos comunitarios, teniendo en cuenta que si tal género de ejecución y aplicación es excepcional, no por ello deja de ser apreciable, si se tiene en cuenta el grado de desarrollo alcanzado, incluso cuantitativamente, por el aparato administrativo comunitario. Arrancando de este dato, opinó que la estrategia de establecimiento de la institución debe ser la de estarse, por de pronto, a las funciones que sin duda resultan del Tratado y cumplirlas satisfactoriamente. Ello quiere decir que el Defensor debería, al menos por ahora, funcionar en su versión «modesta», operando en dos frentes: el de la supervisión de los actos de los órganos comunitarios —frente éste que, a juzgar por la experiencia de la Comisión de Peticiones del Parlamento, no es precisamente amplio— y el de control del cumplimiento por la Comisión, es decir, la Administración comunitaria directa, de su tarea de velar por la correcta aplicación del Derecho comunitario; frente éste segundo, en el que se abren enormes perspectivas, no sólo por el interés que tiene sin duda para los ciudadanos, sino también por el impulso que supondría para el funcionamiento del sistema, si se considera la cautela y la lentitud con que opera la Comisión.

Frente a este último planteamiento, el profesor Moreiro calificó de error la no dotación al Defensor con poderes equiparables a los de la Comisión en cuanto que guardiana del cumplimiento del Derecho comunitario, sobre todo si se valora la cuestión desde la confianza que, en el plano nacional español, ha logrado ganarse la institución interna equivalente, pero planteó también la cuestión de si dicho Defensor, además de supervisar la Administración comunitaria, va a poder también incidir en la actividad derivada de la Unión, abogando por una respuesta positiva a la luz de la praxis generosa seguida hasta ahora por la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo.

En este preciso punto incidió justamente la intervención del Defensor del Pueblo español, señor Gil-Robles (don Alvaro), concretada en los siguientes tres puntos:

a) Tomando pie en la referencia que el artículo 138 E hace a la práctica de las investigaciones consideradas pertinentes, sobre la base no sólo de reclamaciones efectivamente formuladas, sino también de iniciativas propias del Defensor del Pueblo europeo, puso sobre la mesa el interrogante sobre la existencia o no de correlación entre supervisión de la Administración comunitaria y vía de reclamación, con la consecuencia, en su caso, de indeterminación en principio del ámbito de la iniciativa propia, cuya concreción quedaría hasta cierto punto en manos de la institución misma. Y pasó seguidamente a plantear el ulterior interrogante de si el Defensor podría, entonces, extender su acción a las Administraciones estatales en tanto que indirectas de la propia Comunidad.

El profesor Astarloa se mostró de acuerdo con que el artículo 138 E del Tratado otorga al Defensor, por la vía de la iniciativa propia, un cierto margen de maniobra, capaz de justificar su intervención supervisora cerca de las Administraciones estatales, en la medida en que operen ejecutando o aplicando Derecho comunitario, como parece demostrar el contenido del informe de la Comisión de Libertades Públicas del Parlamento Europeo.

b) Expuso seguidamente el señor Gil-Robles su duda acerca de la impropiedad de la actuación del nuevo Defensor en el terreno de los derechos fundamentales, auxiliándose del ejemplo de la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), capaz evidentemente, por su actividad (incluso en la acumulación de datos e informaciones), de lesionar derechos de los ciudadanos. La pregunta es entonces la de si el Defensor europeo ha de ejercer su función sólo en relación con el órgano comunitario o puede operar también allí donde se produzca efectivamente la lesión de derechos.

A este respecto, el ponente contestó que el catálogo de derechos fundamentales constituye, sin duda, una de las plataformas más eficaces para el desarrollo efectivo por el Defensor de todas las potencialidades que encierra, toda vez que el

Tratado no establece limitación alguna ni en el orden de los criterios de referencia para la valoración de la actividad supervisada (de forma que el Defensor podría llegar a convertirse en controlador de la legalidad), ni en el de la legitimación para acceder a dicho Defensor (pues pueden acudir a él no sólo los nacionales de los Estados miembros, sino también las personas físicas o jurídicas que residan o tengan su domicilio social en uno de dichos Estados).

c) Finalmente, manifestó también el señor Gil-Robles su duda acerca de que la exclusión del supuesto de conocimiento del asunto, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia represente un límite absolutamente claro a la función del Defensor. Con apoyo en la experiencia del Defensor del Pueblo español y su incidencia posible en el funcionamiento de la «administración» de la Justicia (la oficina judicial), sostuvo la posibilidad de que la institución europea llegue a conquistar también un terreno para sí, considerando que el límite fijado en el Tratado alude significativamente a las funciones jurisdiccionales de los correspondientes Tribunales.

Para el ponente, en este punto no existe la duda. El Tratado sólo limita la acción del Defensor por relación a las funciones jurisdiccionales de los órganos judiciales comunitarios. Consecuentemente, en principio, nada puede oponerse a que la acción investigadora de esta institución alcance la actividad administrativa o propia de la oficina judicial de aquellos órganos, al igual que sucede en España. En todo caso, reitera que, en su opinión, ningún órgano o institución comunitarios —ni siquiera el Parlamento— está exento de la función supervisora del Defensor.

En este mismo orden de cosas, finalmente, el profesor Daillier, partiendo de la improcedencia —en el estado actual del ordenamiento comunitario— de diferenciar la Administración estatal-Administración comunitaria indirecta y la Administración directa comunitaria, manifestó que, a su juicio, la ponencia adolece de una cierta minusvaloración del muy desarrollado sistema de protección y tutela jurídicas en el Derecho comunitario, gracias justamente al juego de doble escalón judicial (Jueces y Tribunales estatales internos, actuan-

do como Jueces del Derecho comunitario, y Tribunales propiamente comunitarios), paralelo al existente en la dimensión administrativa y antes aludido. En su opinión, el Tratado de Maastricht presenta, en este punto, dos problemas principales: de un lado, las consecuencias que deben seguirse del reconocimiento de las instancias internas municipales y locales en general como agentes administrativos comunitarios indirectos y, en particular, por lo que hace a la tutela y el control de sus actos y omisiones, y, de otro lado, el peligro de surgimiento y consolidación de toda una zona gris de actos comunitarios o paracomunitarios insusceptibles de control judicial por su carácter «político», a resultas de la ampliación del campo de acción comunitaria a asuntos muy conectados ya con la tradicional soberanía nacional y que, en esta instancia, ha dado justamente lugar a la teoría de los actos de gobierno o políticos exentos del control contencioso-administrativo.

Como ya tuve ocasión de exponer en el debate, debe coincidir con la posición del profesor Daillier: la clave de la función del Defensor está en el concepto mismo de administración. En el artículo 138 E del Tratado se emplea un criterio funcional, se alude a un tipo de actividad dentro de las que se realizan en el seno del ordenamiento comunitario. Por tanto, el concepto empleado comprende en principio toda la actividad ejecutivo-administrativa del Derecho comunitario, con independencia de su realización por la Administración comunitaria directa o no. Ocurre que, inmediatamente, el propio precepto establece una ulterior delimitación funcional por relación ahora a un criterio subjetivo, de suerte que del total de aquella actividad su objeto sólo incluye la cumplida directamente por las instituciones y órganos comunitarios. En él queda perfectamente definido, pues, el ámbito funcional del Defensor del Pueblo. Pasan a primer plano, así, el concepto de «mala administración» y el problema de cuál sea el criterio desde el que pueda formularse un juicio de bondad o maldad sobre la actividad administrativa. En principio, la perspectiva propia de los derechos fundamentales es ajena al Tratado, pues su objetivo aquí se centra, como acaba de decirse, en la identificación de un tipo de actividad y de su sujeto para —con independencia de que la primera deba tener y tenga continuación en una ulterior actividad desplegada por la Administra-

ción estatal, es decir, comunitaria indirecta— habilitar al ciudadano, que, no se olvide, está siempre situado al final de toda la actividad ejecutivo-administrativa, a los efectos de poder reaccionar, además de frente a la que ordinariamente incide efectiva e inmediatamente en su esfera de intereses y por las vías ya establecidas, también frente a la que se desarrolla en la instancia comunitaria y sólo excepcionalmente le afecta sin intermediación alguna. En este mecanismo ninguna importancia despliega el criterio de referencia para la valoración de la actividad misma; criterio que no necesariamente ha de limitarse al elenco de derechos fundamentales, pudiendo coincidir sencillamente con el Derecho comunitario que regule aquélla.

### 3. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RELACIÓN CON EL PARLAMENTO

La solución propugnada para el conjunto de problemas relativos a las funciones de la nueva institución conducen de suyo a los que suscita la relación con el Parlamento, en la medida en que en éste la Comisión de Peticiones parece asumir ya cometidos idénticos a los ahora asignados a aquélla. En función de las dos vertientes que cabe apreciar en la relación con el Parlamento, dos son las cuestiones mayores que entiendo el ponente han de abordarse en este terreno.

En primer término están las relaciones ordinarias, derivadas del nombramiento y el cese del Defensor, pero también del funcionamiento de éste (presentación de su informe ante el Parlamento). Aquí las dificultades no son especialmente importantes.

Sí lo son, en cambio, las que hace aflorar la segunda de las vertientes aludidas, concretada en virtud de la coincidencia o similitud de funciones. En este punto cabe manejar, según el ponente, varias opciones: desde la aceptación de la plena concurrencia de las funciones similares (con el peligro de imputación de innecesariedad o redundancia a la nueva figura) hasta la distribución de tales funciones —conforme a un criterio específico— entre el Parlamento (al que quedaría atri-

buido el conocimiento de los asuntos de contenido más propiamente político) y el Defensor (que conocería de los asuntos más cotidianos u ordinarios). Parece que los documentos de trabajo manejados por el Parlamento, en particular el informe Bindi, optan por esta última alternativa, que el ponente asume como la más adecuada.

A su juicio, en efecto y abordando el problema desde la perspectiva de la experiencia interna española, se trataría de darle una solución parecida a la de pertinente aplicación a las relaciones entre el Defensor del Pueblo español y las Comisiones de las Cortes Generales. Desde la excesiva proliferación de órganos con intervención en la materia, en nuestro sistema se ha avanzado hacia la creación de la Comisión Mixta (Senado y Congreso) competente en materia del Defensor del Pueblo. No obstante, este progreso es aún insuficiente, por cuanto subsiste en ambas Cámaras la Comisión de Peticiones. Justamente las disfunciones que ello crea vienen alimentando un estado de opinión favorable a un último paso, en el que una única Comisión (mixta) asumiera las peticiones y la relación con el Defensor del Pueblo.

Para el señor Gil-Robles (don José María) el conjunto de problemas derivados de la relación con el Parlamento Europeo debería efectivamente resolverse mediante la entera canalización de dicha relación a través de la Comisión de Peticiones, justificando su posición en el dato de que, justamente por la dificultad del deslinde *a priori* de funciones de ambas instituciones en las zonas secantes, el Defensor va a necesitar un respaldo casi continuo del Parlamento, pues cuando —detectada una mala administración— la institución o el órgano investigado no se avenga a aceptar las indicaciones del Defensor, éste se verá obligado a informar al Parlamento para que sea éste el que, en definitiva, exija, en su caso, las responsabilidades a que haya lugar.

#### 4. LOS PROBLEMAS DE RELACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO Y LAS INSTITUCIONES SIMILARES EXISTENTES EN LOS ESTADOS MIEMBROS

La adecuada coordinación de las instancias comunitaria y estatal-nacional no es, en este campo, una necesidad nueva, generada por la creación del Defensor del Pueblo europeo cuando ya existen instituciones de este tipo en muchos Estados miembros. La Comisión de Peticiones del Parlamento ya ha tenido ocasión, en efecto, de plantearse, en la medida en que desde hace tiempo se producen reenvíos de peticiones desde aquella Comisión a los Defensores del Pueblo nacionales y viceversa.

Para el ponente, la solución consistiría en la aplicación consecuente aquí del principio general de la subsidiariedad, gracias bien a una norma de coordinación, bien a convenios suscritos a tal fin; siempre desde la perspectiva de que la única opción correcta es la de la plena utilización de las capacidades instaladas en el nivel estatal-nacional a los efectos de evitar redundancias y dificultades para el ciudadano. En todo caso, el objetivo consistiría en residenciar en las correspondientes organizaciones estatales internas la supervisión de la correcta aplicación del Derecho comunitario por la o las Administraciones estatales (en calidad de Administraciones comunitarias indirectas), evitando así la intervención directa tanto del Parlamento como del Defensor del Pueblo europeos. En este orden de cosas no cabría excluir la hipótesis —ya contemplada en alguno de los documentos de trabajo manejados por el Parlamento Europeo— de que las instituciones estatales-nacionales de defensa del pueblo llegarán a dar cuenta de su gestión de fiscalización de la actividad de «administración indirecta comunitaria» al propio Parlamento Europeo. Cualquiera que sea la solución que finalmente se adopte, el criterio-guía irrenunciable de todo punto es el de evitar una complejidad tal que, haciendo poco transparentes los mecanismos utilizables, desaliente al ciudadano y le haga perder confianza en la construcción europea.

En su intervención sobre este punto, el señor Gil-Robles (don José María) expuso que la posición que parece estar de-

cantándose es la del arreglo de la necesaria coordinación mediante convenios o acuerdos voluntarios, que respeten los Derechos de los Estados miembros y, especialmente, la posición de independencia que éstos aseguran en su interior a las correspondientes instituciones nacionales. La razón de la mayor probabilidad de tal solución es simple, toda vez que en este terreno resulta difícil imaginar que una norma unilateral comunitaria pretenda quebrar incluso las Constituciones de los Estados miembros, haciendo surgir un grave problema jurídico y colocando en situación límite el principio de primacía del Derecho comunitario.

Por su parte, el señor San Martín puso sobre la mesa, sobre la base del contenido de una reunión recientemente celebrada en Salzburgo a convocatoria del Consejo de Europa, la cuestión, evidentemente importante, de la necesaria homogeneización de las instituciones nacionales, en la medida en que las notables diferencias existentes al respecto entre los Derechos de los Estados miembros puede entorpecer notablemente la coordinación entre ellas y con el Defensor del Pueblo europeo.

A modo de conclusión, puede decirse, con el ponente, que el Defensor del Pueblo prefigurado en el Tratado de la Unión Europea no puede caracterizarse por relación a las instituciones similares previamente existentes en los Estados miembros (por más que en la propia ponencia se haya utilizado la imagen de su pertenencia al «tipo» nórdico), pues se trata, sin duda, de una figura específica y con perfiles propios, obediente a la peculiaridad y complejidad del marco institucional comunitario en el que se inserta. Si esto explica su indeterminación en el Tratado y la apertura de su evolución futura, justifica también la afirmación de la importancia decisiva del desarrollo de su estatuto básico cabalmente para esa evolución. Con los solos datos de los antecedentes de su establecimiento y de la escueta regulación del Tratado no cabe pronunciarse acerca de si representará una potenciación del papel del Parlamento o, por contra, evolucionará más bien en oposición o, al menos, en conflicto o contradicción con él. En todo caso, los términos de la relación entre ambas instituciones son, obviamente, de primera importancia. Por último, igualmente

esencial para la decantación final de la figura —su potenciación o no— es la afirmación en su verdadera función, que no es otra que la de la supervisión y el control de la actividad propia y directa de todas, sin exclusión, las instituciones y los órganos comunitarios (con la única excepción de los Tribunales en el ejercicio estricto de sus tareas jurisdiccionales) y no en la búsqueda de «aperturas» hacia otros campos; búsqueda que implicaría el riesgo de la conversión del Defensor del Pueblo europeo en Defensor del Pueblo de los países comunitarios, lo que no parece que responda a la filosofía de la nueva institución.

## RELACION DE PARTICIPANTES

AGUIAR DE LUQUE, LUIS. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, IGNACIO. Secretario General del Congreso de los Diputados.

BLANCO CANALES, RICARDO. Jefe del Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo.

DAILLIER, PATRIK. Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de París X-Nanterre.

DIEZ HOCHTLEINER, JAVIER. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid.

FELTRER RAMBAUD, LORETO. Jefa del Gabinete de la Adjunta I del Defensor del Pueblo.

FERNANDEZ CASTAÑO, EMILIO. Director del Gabinete del Secretario de Estado para las Comunidades Europeas. Ministerio de Asuntos Exteriores.

FERNANDEZ MATEOS, J. MARIO. Asesor responsable del Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, ALVARO. Defensor del Pueblo.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, JOSE MARIA. Parlamentario Europeo.

- GONZALEZ AYALA, MARIA DOLORES. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.
- JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.
- JIMENEZ DE PARGA, PATRICIA.
- LEDESMA BARTRET, FERNANDO. Presidente del Consejo de Estado.
- LUCENDO LUCAS, PILAR. Asesora responsable del Area de Administración Económica del Defensor del Pueblo.
- MAETZU GREGORIO DE TEJADA, JESUS. Adjunto I del Defensor del Pueblo Andaluz.
- MANGAS, ARACELI. Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario.
- MIGUEL ZARAGOZA, JUAN DE. Subdirector General de Cooperación Jurídica Internacional. Ministerio de Justicia.
- MORA LLADO, ANTONIO. Jefe del Gabinete del Adjunto II del Defensor del Pueblo.
- MOREIRO, CARLOS. Profesor de Derecho Comunitario de la Universidad Carlos III de Madrid.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid.
- PEREZ TREMP, PABLO. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura.
- RETUERTO BUADES, MARGARITA. Adjunta I del Defensor del Pueblo.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS. Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada.
- ROVIRA VIÑAS, ANTONIO. Adjunto II del Defensor del Pueblo.

RUIZ-JARABO COLOMER, DAMASO. Director del Gabinete del Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

SAN MARTIN, JUAN. Ararteko del País Vasco.

TRILLO ALVAREZ, JOAQUIN. Asesor responsable del Area de Función Pública, Administración Educativa y Cultura del Defensor del Pueblo.

VALDES, ASUNCION. Directora de la Oficina del Parlamento Europeo en Madrid.

VANDELLI, LUCIANO. Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Bolonia.



## INDICE DE INTERVENCIONES

- Astarloa, Ignacio: 195.  
Daillier, Patrik: 148; 189.  
Fernández Castaño, Emilio: 70; 142.  
Gil-Robles y Gil-Delgado, Alvaro: 186; 249.  
Gil-Robles y Gil-Delgado, José María: 74; 132; 176.  
Jiménez Blanco, Antonio: 139; 151; 152; 175; 241.  
Jiménez de Parga, Patricia: 87.  
Maetzu Gregorio de Tejada, Jesús: 190.  
Mangas, Araceli: 70; 88.  
Miguel Zaragoza, Juan de: 79; 236.  
Moreiro, Carlos: 137; 183.  
Parejo Alfonso, Luciano: 13; 14; 69; 70; 74; 78; 81; 84; 86;  
94; 131; 136; 138; 140; 142; 144; 148; 149; 151; 152; 175; 176;  
182; 190; 193; 199; 235; 239; 241; 243; 249; 252.  
Pérez Tremps, Pablo: 86; 87; 240.  
Retuerto Buades, Margarita: 81; 242.  
Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: 144; 243; 244.  
Rovira Viñas, Antonio: 149.  
San Martín, Juan: 182.  
Vandelli, Luciano: 84; 140.