

# Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

## Comentario artículo por artículo

Dirigido por:

*Araceli Mangas Martín*

Coordinado por:

*Luis N. González Alonso*

*Manuel López Escudero  
José Martín y Pérez de Nanclares  
José Manuel Sobrino Heredia*

---

Separata

## TÍTULO V CIUDADANÍA

COMENTARIO  
A LOS ARTÍCULOS 39, 40, 44, 45 Y 46

*Araceli Mangas Martín  
Catedrática de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

COMENTARIO  
A LOS ARTÍCULOS 41, 42 Y 43

*Luis N. González Alonso  
Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

Primera edición: 2008  
ISBN: 978-84-96515-80-2

© los autores, 2008  
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

TÍTULO V  
CIUDADANÍA



ARTÍCULO 39  
DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO  
EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO

- 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.**
- 2. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 10-12 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafos décimo y décimo tercero del Preámbulo; arts. 9, 10 y 14.3.
- TFUE: arts. 20.2, 22 y 223.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 19.2, 189 y 190; véase igualmente el Acto relativa a la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 1976, modificada por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002 (*DOL* 283), así como la Declaración núm. 47, aneja al TCE, del Reino de España relativa a la definición del término *nacionales* (retirada en el Tratado de Lisboa).
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-99.

- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 39.

#### PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 63 del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa a la definición del término *nacionales*;
- Declaración núm. 64 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa al derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo.

### COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público*

*Universidad de Salamanca*

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 39 reproduce en sustancia, con una mejor redacción por su brevedad, sencillez y claridad, los arts. 19.2 y 190.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) tal como fue modificado por el Tratado de Maastricht. Por otra parte, el mérito de la buena redacción del art. 39 hay que atribuirlo a los trabajos de la Primera Convención convocada para redactar la Carta de los Derechos Fundamentales por el Consejo Europeo de Colonia en junio de 1999. Es bien sabido que la segunda Convención, encargada de redactar el Tratado Constitucional, acordó incorporar la Carta de Niza adoptada el 7 de diciembre de 2000 como Parte II del Tratado Constitucional haciendo sólo una adaptación más terminológica que *técnica* como fue la alusión al derecho *de sufragio activo y pasivo*, frente a la redacción de la Primera Convención (y del Derecho vigente en ese momento en el art. 19.2 TCE) que alude al derecho *a ser elector y elegible*. No hay otras adaptaciones en su redacción. Tras fracasar el Tratado Constitucional, en la Carta proclamada en 2007 no se han hecho nuevas adaptaciones formales a este precepto.

Con anterioridad al Tratado de Maastricht (1992), únicamente los nacionales de los Estados miembros tenían reconocido por el

Derecho Comunitario el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro del que eran nacionales, y así se había ejercido en las elecciones mediante sufragio universal directo habidas hasta entonces (1979, 1984, 1989). Era un derecho de participación política del nacional del Estado miembro en el marco territorial de *su* Estado en calidad de ciudadano de *su* Estado.

Pero si un nacional de un Estado miembro, en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia, residía en otro Estado miembro, no podía ejercer el derecho a 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; en definitiva, sólo votaba fuera de su país de origen, o era elegible, si cada Estado discrecionalmente regulaba estas situaciones. Por ello, el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en cualquier Estado miembro por el Tratado de Maastricht constituyó «un *complemento* al derecho de residencia en la Comunidad» que desde 1957 preveía el Tratado de Roma (Durand 1992, 441).

La innovación que se produjo a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht consistió en permitir el ejercicio de ese derecho político en cualquier otro Estado miembro en el que se resida, por lo que se transforma en derecho exigible respecto de los *otros* Estados miembros. Desde entonces este derecho se ha regulado en el art. 19.2 del TCE (art. 22 TFUE).

## 2. LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO

El derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo se prevé en parecidos términos a los del art. 19.1 del TCE (art. 22.2 TFUE) con la única adaptación ya mencionada al derecho de sufragio activo y pasivo.

El primer Anteproyecto de Tratado Constitucional (CONV 369/02) mencionaba entre los derechos de la ciudadanía en su art. I-5 el *derecho de sufragio activo y pasivo* a las elecciones al Parlamento Europeo; además, preveía que el Parlamento Europeo seguiría siendo elegido por sufragio universal directo. No precisaba que fuera libre y secreto, seguramente por descuido involuntario al haberse

atenido a la redacción del art. 190.1 del vigente TCE. El Acto relativa a la elección del Parlamento Europeo precisa algo obvio: su carácter secreto.

El art. 39 es, en consecuencia, una síntesis precisa y breve del derecho proclamado y regulado en el Derecho en vigor. Se formula con un estilo más conciso, pero sin variación sustancial. Al igual que todos los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe ser interpretado y aplicado a la luz de las Explicaciones relativas a la Carta redactadas a instancia del Praesidium de la Primera Convención, con ciertos añadidos por el Praesidium de la Segunda Convención, tal como lo prevén el art. 6 del TUE, tras la reforma de Lisboa, y el art. 52.7 de la Carta. Aunque estas Explicaciones permiten a los ciudadanos y los órganos llamados a aplicarlas una correcta comprensión de su alcance, no tienen utilidad práctica alguna por lo que respecta al art. 39. Se limita a recordarnos que el ejercicio de este derecho de participación electoral europea tiene que hacerse en las condiciones que se regulen en los tratados, así como la correspondencia existente con el art. 20.2 del TFUE (marco general de la ciudadanía de la Unión) y con el art. 14 del TUE (precepto marco sobre el Parlamento Europeo).

No cabe, pues, más que constatar la ausencia de ideas nuevas entre los convencionales y la falta de iniciativa del Praesidium o del Parlamento Europeo para mejorar la participación electoral de los ciudadanos de la Unión, y para mejorar la propia participación del Parlamento, limitada a la mera consulta, en la adopción de las normas que facilitan el ejercicio del derecho. Lo más razonable y progresivo es que las normas sobre las condiciones de participación electoral de los ciudadanos europeos sean aprobadas por procedimiento legislativo ordinario con participación vinculante del Parlamento Europeo. No hubo propuestas rechazadas por el Praesidium, lo grave es que ni tan siquiera hubo propuestas. Tampoco en las Conferencias Intergubernamentales (CIG) de 2004 y 2007 se presentó ninguna.

### 3. SIGNIFICADO GENERAL DEL DERECHO RECONOCIDO

La participación de los pueblos de los Estados miembros en el Parlamento Europeo y su elección directa hacen de la Unión Europea una organización fundada en la democracia representativa y en el pluralismo político, al igual que sus Estados miembros (arts. 10 y 14 TUE).

Desde 1952 hasta 1979 los diputados al Parlamento Europeo fueron designados en el seno de los parlamentos nacionales, de forma que su representación era de segundo grado, lo que obligaba, por tanto, a la acumulación del doble mandato: la duración del mandato europeo se vinculaba a su permanencia como parlamentario nacional. Pero los tratados fundacionales de las tres comunidades preveían su propia evolución hacia un sistema de elección directa por sufragio universal, mediante la elaboración por parte del propio Parlamento Europeo del proyecto que posibilitase su elección. En 1976 se adoptó la Decisión y el Acto relativo a la elección de representantes en el Parlamento Europeo que regulaba parcialmente los comicios europeos sin lograr un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros. La primera elección del Parlamento Europeo por sufragio universal se celebró en junio de 1979, y desde entonces en ese mismo mes cada cinco años.

Tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam, el art. 190.4 del TCE prevé que una alternativa al procedimiento electoral uniforme es un procedimiento «de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros» (art. 223 TFUE). Estos cambios facilitaron la reforma del Acta Electoral Europea en 2002 (*DOL* 283 de 21 de octubre de 2002, que pasó a denominarse *Acto*), renunciando a una *ley* uniforme, pero estableciendo principios comunes y aproximando la regulación de diversos aspectos electorales. Esta misma inspiración alternativa se recoge en el art. 14 del TFUE, manteniendo su naturaleza de acto mixto *sui generis* sometido a un procedimiento legislativo especial, de naturaleza comunitaria (una decisión) e internacional (un acuerdo internacional en forma simplificada), a propuesta del Parlamento y con su previa aprobación —como en el Derecho vigente, art. 190.4 TCE—. Casi todo igual.

Todos los ciudadanos de la Unión tienen el derecho a votar (derecho de sufragio activo) y ser votados (sufragio pasivo), o, como

dice el art. 19 del TCE (22.2 TFUE), ser *electores y elegibles* en las elecciones al Parlamento Europeo en su lugar de residencia. Este derecho se desarrolló mediante la Directiva 93/109/CE de 6 de diciembre de 1993 (DOL 329, de 30 de diciembre de 1993). Esta Directiva resuelve y concreta un aspecto esencial, relativo a la naturaleza del derecho de voto en estas elecciones, pues no supone que obligue a votar en el lugar de residencia, sino que es una opción para el ciudadano de la Unión que ha optado por residir en un Estado miembro del que no es nacional. El derecho de sufragio activo y pasivo otorga un plus, un derecho a votar y ser elegido en el lugar de residencia, lo que significa que se debe optar por el ejercicio del sufragio activo y pasivo en el Estado del que se es nacional o en el Estado de residencia. Si se opta por el Estado de residencia, deberá inscribirse en el censo electoral y disfrutará del derecho en igualdad de condiciones con los nacionales.

El principio general en materia de modalidades o condiciones de ejercicio está explicitado en la Carta y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, coincidente con el TCE: «en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» (arts. 39 de la Carta, 19.2 TCE y 22 TFUE) y lógicamente estas modalidades no deben diluir o dificultar el derecho atribuido por estos preceptos. La igualdad de trato de los electores y los candidatos a diputados europeos nacionales y comunitarios se extiende ya sea a la residencia previa exigible (la misma duración y la misma prueba del período de residencia aplicables a los nacionales), edad mínima, financiación, acceso a los medios de comunicación, porcentajes mínimos en el escrutinio, así como igualdad de condiciones en caso de exclusión del derecho de sufragio activo o pasivo en virtud de resolución civil o penal.

La legislación electoral de cada Estado miembro debe desarrollar la Directiva y adaptarla al sistema nacional. Así, en España se modificó en 1987 la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para introducir el Título VI: «Disposiciones especiales para las Elecciones al PE», si bien ha sido objeto de varias modificaciones posteriores, entre otras, para transponer la Directiva 93/109/CE, y permitir así el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión residentes en nuestro país que han optado previamente por ejercer su derecho de voto en España.

Cabe reseñar que el índice de participación de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro del que no son nacionales es bastante bajo. El número de candidatos presentados (elegibilidad) es también muy bajo y están situados en las listas en puestos casi irrelevantes. Claro que la participación popular en las elecciones al Parlamento Europeo es baja y alarmantemente decreciente; si en las primeras elecciones de 1979 fue del 63%, en las de 2004 fue del 45,6%, y hasta ahora el interés de la ciudadanía de la Unión ha sido siempre decreciente.

La Directiva 93/109 mantendrá en principio su vigencia cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa. El Tratado de Funcionamiento prevé que el desarrollo de las modalidades se haga por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial con previa consulta al Parlamento (pero sin carácter vinculante). Este precepto retoma el contenido de los arts. 19.2 del TCE/22.2 del TFUE en lo relativo a la necesidad de que el ejercicio efectivo del derecho de participación política europea tenga una normativa común armonizada. Estos artículos son la base jurídica que facultará a las instituciones tanto para regular las condiciones del ejercicio del derecho de participación política en las elecciones al Parlamento Europeo como en las elecciones municipales.

El procedimiento de adopción de esta importante norma política no se ha democratizado: ni en el fracasado Tratado Constitucional ni en el Tratado de Lisboa. La Convención no debatió sobre el procedimiento de adopción de la normativa que facilita y armoniza el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo; tampoco sobre el derecho en sí al concentrarse el Grupo II sobre el destino de la Carta en su totalidad y no sobre su contenido. Y como la Convención tampoco debatió sobre la Parte III de la Constitución, que fue endosada al grupo de expertos de los servicios jurídicos de las instituciones, éstos se limitaron a redactar el art. III-126 (hoy art. 22 TFUE) con los restos de las frases que sobraban del art. 19.2 del TCE (CONV 729/03, 12 de mayo de 2003). El contenido de este vigente precepto estará repartido en el TFUE entre los arts. 20 del TFUE, 39 de la Carta y 22 del TFUE y con una remisión al art. 14 del TUE de Lisboa.

Ni tan siquiera los informes del Parlamento Europeo sobre el Tratado Constitucional tras la Convención (A5-0299/2003, ponentes

José María Gil Robles y Dimitris Tsatsos) y después de la CIG (A6-0070/2004, ponentes Richard Corbett e Iñigo Méndez de Vigo) critican esa falta de evolución democrática y se limitan a constatar la correspondencia entre el art. 19 del TCE y el III-126 (22 TFUE). Ni tan siquiera se adoptará mediante un procedimiento legislativo ordinario de la doble rama legislativa. Será un acto del Consejo sometida a un procedimiento legislativo especial; tras este pomposo nombre se oculta el sistema tradicional, previa propuesta de la Comisión, consulta—mero dictamen no vinculante— al Parlamento europeo y aprobación unánime del Consejo. Todo como en los tratados de las Comunidades Europeas, incluso cuando se denominaba Constitución.

Finalmente, 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: se trata de 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 los arts. 191 del TCE y 11 del TUE reformado en Lisboa: «contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión».

#### 4. LOS TITULARES DEL DERECHO DE SUFRAGIO.

##### LAS DECLARACIONES UNILATERALES DEL REINO UNIDO

¿Quiénes son los titulares del derecho de voto? ¿Qué ordenamiento lo regula?

Los arts. 19 del TCE, 20 y 22 del TFUE y 39 de la Carta reconocen el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos de la Unión. Es cierto que la ciudadanía de la Unión está vinculada como condición *sine qua non* a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro (art. 9 TUE de Lisboa y 20 TFUE). Los nacionales de la Unión tienen garantizado este derecho de sufragio, cualquiera que sea el Estado miembro en el que residan. Pero ¿el derecho de sufragio activo y pasivo es un derecho exclusivo de los nacionales de los Estados miembros? ¿Un Estado miembro puede reconocer ese derecho de sufragio a nacionales de terceros países vinculados por residencia al Estado miembro?

En un litigio entre España y el Reino Unido sobre el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo, ambos Estados sostuvieron enfoques diferentes sobre el art. 39 de la Carta, citado por ambos Estados, aunque no por el Tribunal. Para España el art. 19 del TCE y el art. 39 de la Carta demuestran el vínculo que existe entre la nacionalidad y el derecho de voto: no se utiliza la expresión *toda persona* o una expresión que remita al Derecho nacional. Puntualiza que el derecho de voto de un nacional de un país tercero no puede calificarse como *derecho humano* ni como *libertad fundamental*. Por el contrario, estimaba que «la expresión “pueblos de los Estados” que figura en el artículo 189 TCE... no regula el derecho de voto en las elecciones... En cualquier caso, la expresión “pueblos de los Estados” es... una formula estilística que designa a las personas que comparten la misma nacionalidad y no a la población que reside en el territorio. La utilización del término “pueblo” en el sentido de “nación” por diversas Constituciones de los Estados miembros confirma esta interpretación» (TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04, apartados 41/45).

Por el contrario, para el Reino Unido los ciudadanos de la Commonwealth a los que no se les exige título o permiso para entrar o permanecer en el Reino Unido, o que poseen un título o permiso que les autoriza a entrar y a permanecer en el Reino Unido, tienen el derecho, condicionado a la residencia, de votar en las elecciones parlamentarias británicas y en las elecciones al Parlamento Europeo. Según el Reino Unido, este reconocimiento del derecho de voto «se considera parte de su tradición constitucional». Según el Reino Unido, *pueblos* no debe entenderse necesariamente como sinónimo de *nacionales de los Estados miembros*, sino que puede también designar un conjunto de personas mucho más amplio, como las personas que residen en un territorio determinado (apartados 46-47). La Comisión Europea participaba de esta posición: el hecho de que un Estado miembro, debido a su historia y a su tradición constitucional, extienda el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo, con determinados requisitos, a residentes de terceros países con los que mantiene especiales vínculos históricos no lesiona, según ella, el derecho de voto de los ciudadanos de la Unión (apartado 55).

Para el Tribunal, ni del art. 17 ni del 190 del TCE ni del Acta Electoral se deduce «de forma expresa y precisa quiénes son titulares del

derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo». Esas «disposiciones no excluyen, en sí mismas, que a una persona que no tenga la condición de ciudadano de la Unión... se le reconozca el derecho de sufragio activo y pasivo» (apartados 70 y ss.).

El art. 8 del Acto electoral europeo de 1976, tal como fue modificado en 2002, permite que cada Estado miembro regule a su entera discreción, respetando el Derecho Comunitario, todo lo que no se regule por el Acto electoral europeo; por lo tanto, en lo que no esté regulado por los tratados y el Acto electoral (edad, residencia, incompatibilidades, etc.), corresponde a cada Estado decidir quién puede ser elector y elegible y, por tanto, puede ampliar esa participación a nacionales de terceros países; el art. 8 reconoce que cada Estado puede tener en cuenta las particularidades existentes en los Estados miembros, con la condición de no desvirtuar globalmente el carácter proporcional del modo de elección.

Ninguna disposición del Derecho vigente ni del Tratado de Lisboa excluye la posibilidad de que los extranjeros residentes puedan participar en las elecciones. Así lo viene haciendo el Reino Unido en su propio territorio, quien defiende que la determinación de los titulares del derecho de voto en las elecciones europeas corresponde enteramente a la apreciación de los Estados miembros. Como dijera el abogado general A. Tizzano, los nacionales de los Estados miembros son al menos los titulares necesarios de este derecho (Conclusiones, 6 de abril de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto 145/04, apartado 71).

Claro que, en lo que se refiere al derecho de voto al Parlamento Europeo *en el lugar de residencia*, es un derecho que los Estados sólo están obligados a reconocérselo a los nacionales de los Estados miembros. Es bien sabido que en algunos casos el Derecho Comunitario extiende expresamente los derechos de ciudadanía a nacionales de terceros países (por ejemplo, el derecho de petición, reclamaciones al Defensor del Pueblo, etc.) y en otros los puede extender el derecho nacional.

El Tribunal de Justicia ha declarado que de los tratados vigentes (por tanto, ni el *non nato* Tratado Constitucional ni el Tratado de Lisboa innovan en esta materia), tal como se regula la ciudadanía de la Unión, «no puede deducirse el principio de que los ciudadanos de la Unión son los únicos beneficiarios de las demás disposiciones del

Tratado, lo que implicaría que los artículos 189 CE y 190 CE sólo se aplicarían a dichos ciudadanos...», porque «... resulta que, en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario, y que los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE (*sic*) no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos y que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio» (TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04, apartados 77 y 78).

Relacionadas con esta última sentencia, el Acta final del Tratado de Lisboa se cierra con las Declaraciones números 63 y 64, todas ellas incidiendo en los arts. 9 del TUE de Lisboa, 20 del TFUE y 39 de la Carta. En la Declaración número 63 el Reino Unido recuerda que sigue vigente una Declaración que se depositó en 1982 en el Consejo sobre la definición de nacionales con un ligero cambio de denominación (ciudadanos de los territorios de ultramar británicos). Y en la número 64, el Reino Unido observa que no pretende modificar la base del derecho de voto para las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, en el Tratado de Lisboa España ya no mantiene su propia Declaración, lo que sí hacía en el Tratado Constitucional: España, en la Declaración número 47, constataba entonces que sólo son ciudadanos de la Unión los nacionales de los Estados miembros y, en consecuencia, sólo los ciudadanos de la Unión tiene los derechos específicos de la ciudadanía, y que el Parlamento Europeo representa a la ciudadanía de la Unión.

Este críptico cruce de Declaraciones anexas al Tratado Constitucional de las cuales sólo perviven en el Tratado de Lisboa las dos correspondientes al Reino Unido encubren una diferencia jurídica entre el Reino Unido y España (a la que la sentencia arriba citada pone fin) relativa al controvertido derecho al voto de los habitantes de Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo, incluso el desacuerdo va más lejos y se refiere a la polémica sobre el derecho al voto de los nacionales de terceros Estados en las elecciones europeas, puesto que el Reino Unido, apremiado por la criticada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Matthews*, de 18 de febrero de 1999, modificó su legislación para

permitir el voto de todos los «ciudadanos cualificados de la Commonwealth» de Gibraltar, ya sean nacionales de la Unión o de terceros Estados. El Tribunal de Justicia, en la citada sentencia de 2006, estimó que «no puede reprocharse al Reino Unido que adoptase la normativa necesaria para la organización de tales elecciones en condiciones equivalentes, *mutatis mutandis*, a las previstas por la normativa aplicable en el Reino Unido» (apartado 95).

## BIBLIOGRAFÍA

- BÚRCA, G. «Fundamental Rights and Citizenship». En B. de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. European University Institute. Florencia, 2003, como Documento de la Convención. CONV 703/03.
- CRESPO NAVARRO, E. «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 28 (2007): pp. 883 y ss.
- DAVIS, R. «Citizenship of the Union... Rights for All?». *European Law Review* 2 (2002): pp. 121 y ss.
- DURAND, Cl.-F. «Le Traité sur l'Union Européenne. Quelques réflexions». *Commentaire Mégré. Le Droit de la CE*, vol. 1. Bruselas: Institut d'Etudes Européennes, 1992, pp. 357 y ss.
- FRAILE ORTIZ, M. *El significado de la ciudadanía europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. «Las secuelas del asunto *Matthews* y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento europeo: lo que mal comienza, mal termina...». *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (2002): pp. 987-991.
- GORI, G. y F. KAUFF-GAZIN. «L'arrêt Matthews: une protection global des droits de l'homme par une réductrice de l'ordre juridique communautaire?». *Europe* 1 (2000): pp. 30-34.
- IZQUIERDO SANS, C. *Gibraltar en la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 1996.
- JUÁREZ PÉREZ, P. *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MANGAS MARTÍN, A. «Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea». *Estudios de derecho internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro*, t. II. Córdoba-Argentina, 2002, pp. 985 y ss.
- «La ciudadanía de la Unión y su estatuto». En A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueiras. *Instituciones y derecho de la Unión europea*. Madrid: Tecnos, 2005, 5.ª ed., pp. 586 y ss.
- PÉREZ VERA, E. «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1996): pp. 251 y ss.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. *La ciudadanía de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- VALLÉS CAVIA, J. A. «La determinación de los titulares de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-145/04 y C-300/04». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007). <http://www.iustel.com>.

ARTÍCULO 40  
DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO  
Y PASIVO EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES

**Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 10-12 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafos décimo y décimo tercero del Preámbulo.
- TFUE: arts. 20.1 y 22.

ANTECEDENTES:

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 19.1.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-100.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 40.

## COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Este artículo coincide con el art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y con el art. 22.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el que se reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho de participación en los comicios municipales en el Estado de residencia en las mismas condiciones que los nacionales.

No hay, por tanto, ninguna novedad o aportación en este precepto. Confirma el Derecho vigente.

Este derecho fue introducido por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992. Con anterioridad al mismo, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales era un derecho político básico, en toda democracia, de los nacionales en su propio Estado de residencia. Pero de lo que se trataba era de reconocer el derecho de voto a los nacionales de los Estados miembros, cualquiera que fuera su Estado miembro de residencia. Se trataba de ser consecuente con el derecho fundamental de libre circulación y residencia: si un trabajador o un profesional reside con su familia en el municipio de otro Estado miembro, el ejercicio de ese derecho económico —entonces— no le impidiera participar en la vida municipal de su lugar de residencia.

Es cierto que algunos Estados fueron reconociendo en los años setenta del pasado siglo, como decisión propia en el marco de acuerdos recíprocos o meramente como acción unilateral, el derecho de voto en las elecciones municipales a los extranjeros residentes. Entre aquellas excepciones cabe recordar los casos 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).

También el Parlamento Europeo venía reclamando este derecho para todos los nacionales de los Estados miembros en esa misma época. Ante el alejamiento de la ciudadanía del proceso de la integración, el Consejo Europeo, reunido en Fontainebleau en 1984, propuso un Comité ad hoc *la Europa de los ciudadanos* (o *Comité Adonino*), en cuyo segundo informe recomendaba la participación política de los ciudadanos en el proceso político interno de los Estados miembros. A raíz de esa sugerencia, la Comisión presentó una propuesta de Directiva en 1988 (DO C 246, de 20 de septiembre de 1988), informada favorablemente por el Parlamento Europeo, pero quedó bloqueada en el Consejo. Encontró notables resistencias en numerosos Estados miembros debido a la presencia numerosa de trabajadores de algunos Estados miembros en algunos municipios que podía desequilibrar la composición de los ayuntamientos. Por este motivo se retomaba muy cautelosamente la propuesta española de una ciudadanía de la Unión de octubre de 1990; el Consejo Europeo de diciembre de 1990 en sus instrucciones a la Conferencia Intergubernamental aceptó como *posible* dicha participación, a diferencia de la afirmación rotunda de la aceptación de ese derecho para las elecciones europeas. Finalmente, se aceptó este derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales en el Estado de residencia añadiendo una cautela que no se exigía entonces para las elecciones europeas: que en la normativa de desarrollo de las modalidades de ejercicio de este derecho «se podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro» (arts. 19.1 TCE y 22 TFUE).

A pesar de esa cautela, que trata de tener en cuenta particularidades nacionales en orden al respeto de la identidad nacional, el nuevo derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, introducido por el Tratado de Maastricht, originó problemas constitucionales en varios Estados miembros, como España y Francia, teniendo que reformarse la Constitución en esta materia antes de ratificar el Tratado de Maastricht. La reforma constitucional en España fue exigida por la *Declaración* del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, modificándose el art. 13.1 de la Constitución Española (BOE de 14 de agosto de 1992). Consistió en añadir «y *pasivo*» al previsto derecho de sufragio activo para los extranjeros, si así lo prevé una ley o un tratado.

## 2. LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO

Durante los debates del fracasado Tratado Constitucional, este derecho se mencionó expresamente en el Anteproyecto del Tratado Constitucional, en su art. 5 (CONV 369/02). Los trabajos del Grupo II sobre la Carta de Niza no se centraron en preceptos concretos y recomendaron su incorporación vinculante al Tratado Constitucional sin reabrir ningún debate o nuevas propuestas. Por ello, el art. 40 de la Carta de Niza (entonces pasó a ser el 100 cuando se reenumeró definitivamente, al término de los trabajos de la CIG) fue aceptado sin propuestas específicas, salvo la sustitución de los términos *ser elector* y *elegible* que figuran en la versión de Niza por los de *sufragio activo* y *pasivo*, armonizando los términos utilizados en el Tratado Constitucional en las tres partes en que se reiteraba y desglosaba este derecho (arts. I-10, II-100 y III-126).

Ese art. 22.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reproduce la frase segunda del art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) referida a las modalidades de ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales, y la aúna con la misma precisión que se hacía en el art. 19.2 para las modalidades del derecho de voto en las elecciones europeas. El art. 22.1 del TFUE es la base jurídica común que regula la previsión de las dos normas de desarrollo y el procedimiento para su adopción.

Como ya se señaló en el comentario al art. 39, este precepto que engloba la participación en las elecciones europeas y municipales no fue objeto de debate ni de propuestas por la Convención sobre el Futuro de Europa, sino que se confió su adaptación y redacción al grupo de expertos de los servicios jurídicos de las instituciones. Al hacer una adaptación técnica a partir del Derecho vigente, el procedimiento de adopción de la norma sobre las modalidades de ejercicio no mejoró la participación democrática del Parlamento Europeo en la aprobación de la norma que establece las condiciones de ejercicio de ese derecho (Directiva del Consejo por procedimiento legislativo especial con mera consulta al Parlamento Europeo). Se adoptará por unanimidad y no es una norma de procedimiento ordinario o plenamente democrática, sino que obedece al procedimiento legislativo especial con una

simbólica participación del Parlamento Europeo (mera consulta, como en el Derecho vigente).

### 3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO.

#### TITULARIDAD Y MODALIDADES DE EJERCICIO

Ya se ha señalado que, al igual que el de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, también el fundamento de este derecho reposa en el derecho de libre circulación y residencia: es una prolongación indispensable de dicho principio o complemento al mismo (Durand 1992, 441). Por otra parte, el principio democrático impulsa la integración y participación de todos los ciudadanos de la Unión en las decisiones públicas que les conciernen. Como ha destacado la Comisión en su Informe anual sobre ciudadanía y participación electoral, estos nacionales comunitarios forman parte integrante de la vida de su municipio, tanto en el plano económico como en el cultural, y las decisiones que se adoptan en los municipios afectan de forma inmediata a los residentes, independientemente de la nacionalidad.

Es un derecho que se ejerce y se reclama ante *otro* Estado miembro en el que se reside, distinto al propio. El titular del derecho a la luz del art. 40 (y 22 TFUE) es el ciudadano de la Unión, es decir, el nacional de un Estado miembro. Es el titular necesario al que se le debe garantizar el sufragio activo y pasivo en condiciones de igualdad con los nacionales. Pero, como ya se ha hecho notar al comentar el origen histórico del reconocimiento del derecho de voto a favor de los extranjeros residentes en general en varios Estados miembros, este derecho puede no ser exclusivo de los ciudadanos de la Unión si cada Estado miembro decide discrecionalmente, de acuerdo con su constitución nacional y sus leyes, ampliar su disfrute a determinados nacionales de terceros Estados.

Como para los ciudadanos de la Unión se trata de un derecho complementario que no le priva de participar en las elecciones municipales en el Estado miembro del que es nacional, el ciudadano de la Unión debe manifestar su voluntad de querer ejercer su derecho de sufragio en el Estado miembro de residencia del que no es nacional o mantener su derecho en su Estado de origen: se debe

inscribir previamente en el censo electoral. Si decide ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro en el que reside, el disfrute del derecho tiene que ser en las mismas condiciones que tienen los nacionales, como exigen expresamente los arts. 22 y 40 del TFUE (y el art. 19.1 TCE).

Las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales se regulan actualmente mediante la Directiva 94/80/CE del Consejo de 19 de diciembre de 1994 (*DO* L 368, de 31 de diciembre de 1994, modificada por la Directiva 96/30). Esta Directiva se aprobó, de conformidad con lo previsto en el art. 19.1 del TCE, por unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. El plazo de transposición y entrada en vigor en el Derecho nacional tuvo lugar el 1 de enero de 1996. Esta Directiva mantendrá su vigencia cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, salvo modificaciones o adaptaciones posteriores.

En cuanto a las modalidades, el Tratado de Funcionamiento y la Directiva establecen el marco básico: 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 con la edad mínima para votar como para salir elegido, incompatibilidades, financiación, campaña electoral, etc. Igualmente la Directiva prevé que, si se excluye de este derecho en virtud de una resolución civil y penal a los nacionales, la misma privación se aplicará al resto de ciudadanos de los otros Estados miembros, pudiéndoseles exigir el certificado correspondiente.

El art. 22 del TFUE, como también el art. 19.2 del TCE, prevé la posibilidad de excepciones justificadas a la aplicación del derecho de sufragio en las elecciones municipales derivadas de la composición del censo electoral. La Directiva en vigor establece, de conformidad con el TCE bajo cuya vigencia fue aprobada, diversas excepciones que se podrán acordar en casos justificados (art. 12) cuando la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro sin ostentar la nacionalidad del mismo fuese superior al 20% del conjunto de ciudadanos de la Unión en edad de votar; también se puede excluir a los residentes comunitarios del cargo de alcalde, de teniente de alcalde o miembro de órgano directivo colegiado. Se evitan así tensiones en aquellos muni-

cipios con una amplia presencia de comunitarios no nacionales. Pero es la legislación nacional la que decidirá si se acoge a tales excepciones, legislación que fundamentalmente hay que situar en Luxemburgo y Francia.

España transpuso la Directiva mediante la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) (LO 1/97 de 30 de mayo de 1997, *BOE* de 31 de mayo de 1997) y un Decreto; en el art. 176.1 de la LOREG se reconoce el derecho de sufragio activo a quienes tengan la condición de nacionales de la Unión, reúnan los requisitos que para ser elector se exige a los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España. En el precepto siguiente se regula el sufragio pasivo o elegibilidad con los mismos requisitos que para los candidatos españoles. La LOREG añade algunos requisitos específicos, de conformidad con las dos directivas, exigiendo que hagan una declaración formal sobre su nacionalidad, su domicilio en España, el último domicilio en su Estado de origen, así como de que no han sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen; además de informar de sus candidaturas a sus respectivos Estados.

## BIBLIOGRAFÍA

Véase también la bibliografía relativa al art. 39.

DURAND, Cl.-F. «Le Traité sur l'Union Européenne. Quelques réflexions». *Commentaire Mégret. Le Droit de la CE*. Vol. 1. Bruselas: Institut d'Etudes Européennes, 1992.

ARTÍCULO 41  
DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
  - a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
  - b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
  - c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 42, 43, 47 y 48.
- TUE: art. 55.
- TFUE: arts. 20.2, 228, 296, 298 y 340.

## ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, 235, 253 y 288 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-10, I-38, I-49-I-50, II-101-II-103, II-107, III-370, III-398 y III-431.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 41.

## PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 16 relativa al apartado 2 del art. 55 del TUE.

## COMENTARIO

LUIS N. GONZÁLEZ ALONSO

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque en sus distintos apartados el art. 41 de la Carta se limita a retomar derechos ya reconocidos en disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o resultantes de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, la proclamación en cuanto tal del derecho a una buena administración constituye una novedad absoluta respecto de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Es, en efecto, la primera vez que esto ocurre en un texto de estas características, si bien el derecho a una buena administración había encontrado ya acogida con anterioridad en tanto que derecho fundamental en la Constitución de alguno de los Estados miembros, como por ejemplo Finlandia (Kuusikko 2001, 459).

Se trata, como veremos más adelante, de un derecho de perfiles abiertos, que hunde sus raíces en la concepción de la Unión como comunidad de derecho, al tiempo que aparece vinculado al estatuto de ciudadanía y mantiene una estrecha relación con otros derechos, sobre todo con el derecho de acceso a la información, tam-

bién reconocido con carácter autónomo en el art. 42 de la Carta, y cuya denegación o insuficiente protección ha constituido durante mucho tiempo uno de los principales supuestos de mala administración en el ámbito comunitario.

Por otro lado, el derecho a una buena administración no puede entenderse tampoco al margen de la figura del Defensor del Pueblo Europeo y del derecho, igualmente previsto en la Carta (art. 43), de dirigirse a él cuando los ciudadanos consideran que las instituciones, órganos u organismos de la Unión han incurrido en casos de mala administración.

## 2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Fue precisamente el Defensor del Pueblo Europeo quien, a comienzos del año 2000, propuso a la Convención encargada de elaborar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que este instrumento incorporase una disposición específica sobre el derecho a una buena administración. No obstante, y si bien no hay duda de que esto fue así, como en numerosas ocasiones ha recordado el propio J. Söderman (2005, 91), algún autor ha cuestionado el carácter decisivo de aquella intervención, argumentando que el derecho a una buena administración habría sido incluido en el texto de cualquier modo, con independencia de la propuesta formal planteada en este sentido por el Defensor del Pueblo (Peters 2005, 739-740).

Sea como fuere, lo cierto es que en el art. 41 de la versión original de la Carta encontramos por primera vez reconocido este derecho, con una exposición además bastante detallada, aunque no exhaustiva, de su contenido concreto; o, dicho de otro modo, de aquellos derechos más precisos que en la Unión Europea asociamos al concepto de buena administración. Unos ya aparecen recogidos actualmente en distintas disposiciones del TCE (motivación de los actos jurídicos, responsabilidad extracontractual de las instituciones o derecho de dirigirse a las mismas, y obtener contestación, en cualquiera de las lenguas oficiales); otros, como veremos después, deri-

van de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios en la que progresivamente ha ido tomando cuerpo el principio de buena administración como principio general del Derecho, tal y como se recuerda en las Explicaciones sobre la Carta correspondientes a este precepto (v., entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, *Burban*, Rec., 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle*, Rec., 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, *New Europe Consulting y otros*, Rec., 1999, p. II-2403).

Como ocurrió con el resto de disposiciones materiales de la Carta, a excepción del artículo relativo al derecho de acceso a los documentos, la segunda Convención se limitó a realizar las modificaciones técnicas indispensables para adaptar su redacción al contexto del Tratado Constitucional (CONV 726/03; CONV 811/03, p. 6), de tal modo que el tenor literal del art. II-101 coincidía en todo lo esencial con el del art. 41 de la Carta. Otro tanto ha ocurrido después con la revisión tendente a adaptar este texto al nuevo marco jurídico previsto por el Tratado de Lisboa, que tampoco ha afectado a la configuración del derecho a una buena administración.

Este proceso de adaptación técnica no puede considerarse, sin embargo, completamente satisfactorio, puesto que en su apartado cuarto el art. 41 de la Carta introduce una limitación, probablemente involuntaria y desde luego injustificada, a propósito del ámbito de aplicación del derecho de dirigirse en cualquiera de las lenguas oficiales a las instituciones de la Unión y obtener una respuesta en la misma lengua. Mientras que en su configuración actual (art. 21 TCE), e incluso en la mención que de él se hace en el art. 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se contempla la posibilidad de ejercer este derecho tanto en relación con las instituciones como con los órganos consultivos de la Unión, el art. 41.4 alude sólo e incomprensiblemente a la facultad de los ciudadanos de dirigirse a las instituciones. Ello no quiere decir, en todo caso y desde el punto de vista de la práctica, que las reclamaciones dirigidas a corregir la actuación a este respecto de otros órganos o agencias de la Unión Europea no sean objeto de tramitación por parte del Defensor del Pueblo Europeo (v., por ejemplo, la Decisión 3114/2005/MHZ a propósito de la Oficina Europea de Selección de Personal).

Por lo demás, y dejando al margen esta cuestión, el derecho a una buena administración es el único de los derechos de ciudadanía que aparece configurado en la Carta como auténtico derecho fundamental; es decir, cuyo disfrute no queda condicionado por la exigencia de la nacionalidad o de la residencia en alguno de los Estados miembros. *Toda persona* tiene, por tanto, derecho a que en sus relaciones con las instituciones, órganos y organismos de la Unión imperen los parámetros propios de la buena administración. Formulación que contrasta con la del resto de preceptos en la materia, cuyo ámbito de aplicación subjetivo se limita por definición a los ciudadanos de la Unión. Todo lo más, como sucede con los derechos de acceso a los documentos (art. 42) y de presentar reclamaciones ante el Defensor del Pueblo Europeo (art. 43), su titularidad se ha extendido a aquellas personas físicas o jurídicas que, sin poseer la nacionalidad de uno de los Estados miembros, residen o tienen su domicilio social en su territorio.

Sorprende precisamente, en relación con este último derecho, que, siendo la misión primordial del Defensor del Pueblo conocer de los casos de mala administración, la facultad de someterle tales asuntos no esté abierta a todas las personas que, conforme a un precepto inmediatamente anterior del mismo instrumento jurídico, tienen derecho a disfrutar de una buena administración. Parece razonable pensar que todos aquellos respecto de los que se predica el derecho a una buena administración deberían estar en igualdad de condiciones a la hora de hacerlo valer a través de los remedios que a tal fin contempla el ordenamiento jurídico de la Unión, y en particular a través de este cauce específico, la reclamación ante el Defensor del Pueblo, que representa la vía más adecuada y eficaz para corregir los supuestos de mala administración.

En fin, la incorporación a la Carta, además de al malogrado Tratado Constitucional, del derecho a una buena administración ha favorecido la adopción de instrumentos, hasta ahora de *soft law*, tendentes a clarificar su contenido, a partir de los principios del Derecho Administrativo europeo resultantes de la jurisprudencia comunitaria, así como de las legislaciones nacionales en la materia (Defensor del Pueblo 2006, 36). Es el caso, en primer término y fundamentalmente, del *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa* promovido por el Defensor del Pueblo con la doble intención de,

por un lado, explicar a los ciudadanos qué significa en la práctica este derecho y qué pueden esperar en concreto de la administración europea; y de dotar, por otro, a los funcionarios de las instituciones de una herramienta o guía práctica con vistas a fomentar los más elevados niveles de administración (Defensor del Pueblo 2005, 4-5).

Este Código de conducta fue inicialmente adoptado por el propio Defensor del Pueblo en julio de 1999, al término de una investigación de oficio sobre el particular puesta en marcha en 1998 (OI/1/98/OV). Posteriormente, y con ligeras modificaciones, fue aprobado por el Parlamento Europeo, mediante Resolución de 6 de septiembre de 2001. Pese a que el objetivo de ambos consistía en que su observancia y aplicación se fuese generalizando entre el conjunto de instituciones y órganos de la Unión, la aceptación del Código de conducta no ha sido en absoluto homogénea. Mientras que algunas instituciones y órganos lo han adoptado como propio o se han dotado de instrumentos similares, como por ejemplo la Comisión, que aprobó su propio Código de conducta, en gran medida aunque no del todo coincidente con el modelo propuesto por el Defensor del Pueblo, en octubre de 2000 incorporándolo como anexo a su Reglamento interno, otros no lo han hecho.

Esta última circunstancia explica la insistencia con la que tanto el Parlamento Europeo como el propio Defensor del Pueblo vienen reclamando de la Comisión una propuesta de reglamento en el que se definan, con carácter general y vinculante, las reglas y principios básicos de lo que cabría denominar *Derecho Administrativo europeo*. Aunque tal norma podría adoptarse sobre la base del art. 308 del TCE, el Defensor del Pueblo trató a toda costa de que la Convención sobre el Futuro de Europa previese un fundamento jurídico explícito al respecto en el Proyecto de Tratado Constitucional (CONV 221/02, p. 7). Y si bien no lo consiguió en los términos que planteaba, considera que el nuevo art. 298 del TFUE (art. III-398 en el Tratado Constitucional) ofrecería una base jurídica suficiente para ello (Defensor del Pueblo 2005, 9). Conforme a esta disposición, el Parlamento Europeo y el Consejo deberían establecer, mediante reglamentos adoptados por vía del procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para que en el cumplimiento de sus funciones las instituciones, órganos y organismos de la Unión puedan apoyarse en una «administración europea abierta, eficaz e independiente».

En todo caso, y sin desconocer que el derecho a una buena administración, como el resto de disposiciones de la Carta, vincula sólo a las instituciones, órganos y organismos de la Unión en el ejercicio de sus funciones, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51), el Defensor del Pueblo Europeo se muestra en general satisfecho con el impacto que las prescripciones del Código de conducta están teniendo, no sólo entre los Estados miembros, sino también fuera de la Unión (Diamandorus 2005, 224).

### 3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

El concepto de buena administración es vago o difuso por naturaleza; no tiene, en efecto, un contenido cerrado, sino cambiante o evolutivo, que cubre, además, aspectos con un claro perfil jurídico, junto a otros que no lo son tanto, como por ejemplo las exigencias relativas al mantenimiento de una actitud cortés y servicial por parte de los funcionarios frente a los ciudadanos. Lejos de constituir un problema, esta vaguedad representa, como señala K. Kuusikko (2001, 458), una clara ventaja que facilita la adaptación del derecho a los cambios que puedan producirse en la Administración.

Así lo ha entendido también el Defensor del Pueblo Europeo que, pese a haber promovido después la aprobación del Código de conducta antes mencionado, apostó desde un principio por una definición lo más amplia y omnicomprendensiva posible del concepto de mala administración, entendiéndolo por tal cualquier situación en la que un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse. Estos principios de la buena administración han de ser, a su vez, entendidos en un sentido amplio, «requiriendo a las instituciones y órganos comunitarios no sólo que respeten sus obligaciones jurídicas, sino también que tengan voluntad de servicio y aseguren que el público reciba un trato correcto y disfrute plenamente de sus derechos. Por tanto, la mala administración no implica automáticamente la ilegalidad» (Defensor del Pueblo 2007, 37). En efecto, como el juez comunitario ha tenido ocasión de confirmar en diversos pronuncia-

mientos, el hecho de que el Defensor del Pueblo identifique un caso de mala administración no implica de forma automática que exista un comportamiento ilegal que pueda ser sancionado por un tribunal (entre otros, TPI, sentencia de 4 de octubre de 2006, *Hans-Martin Tillack c. Comisión*, T-193/04 R; apartado núm. 60).

No puede extrañar, pues, que a la hora de regular por primera vez este derecho en el ordenamiento de la Unión Europea, en el art. 41 de la Carta se haya optado por una formulación abierta, cuyo objetivo consiste en presentar de un modo coherente y sistemático los componentes jurídicos fundamentales del derecho a una buena administración, pero asumiendo de antemano que este precepto no agota todas las facetas de un derecho tan poliédrico, y que, por tanto, en la propia Carta podremos encontrar otros derechos (acceso a los documentos, tutela judicial efectiva...) íntimamente vinculados a la esencia de la buena administración. La propia redacción del precepto así lo indica, sobre todo cuando en su apartado segundo advierte con claridad del carácter no exhaustivo del desglose de derechos concretos que realiza.

Todos ellos, tanto los del apartado segundo como el resto, son derechos en vigor y con una amplia trayectoria en el ordenamiento jurídico comunitario, bien a través de la jurisprudencia del Tribunal, bien porque aparecen recogidos en disposiciones dispersas del Tratado. En este sentido, la virtualidad fundamental del art. 41 consiste en aglutinarlos en torno al concepto de buena administración y, por supuesto, la de elevarlos por esta vía al rango de componentes de un derecho fundamental en el seno de la Unión Europea.

No obstante, y junto a esta primera función que consiste en actuar como una especie de paraguas bajo el cual se cobijan toda una serie de normas en torno a la idea común de buena administración, con esta configuración abierta del derecho en la Carta se pretende favorecer también su desarrollo, la posibilidad de que puedan ir surgiendo y consolidándose nuevas normas jurídicas específicas vinculadas a aquel concepto. Desde esta óptica, se ha sugerido que la noción de buena administración vendría a representar para el Derecho Administrativo algo parecido a lo que para el Derecho Constitucional, incluso para el internacional, supone el concepto de *buena gobernanza* (Fortsakis 2005, 211).

En sus Conclusiones en el asunto *Koldo Gorostiaga c. PE* (C-308/07P, de 11 de septiembre de 2008), la AG Verica Trstenjak hace suya, en gran medida, esta aproximación doctrinal al derecho a una buena administración (apartados 89-92). Se trata, probablemente, del primer asunto en el que la parte demandante invoca el art. 41 de la Carta buscando extraer de él consecuencias concretas en defensa de su posición jurídica, aunque los órganos jurisdiccionales de la Unión ya lo habían mencionado antes tangencialmente en algunos de sus pronunciamientos (por ejemplo, TPI sentencia de 30 de enero de 2002, *max-mobil Telekommunikation*, T-54/99, apartado 48; TPI, sentencia de 13 de enero de 2004, *JCB Service*, T-67/01, apartado 36; Tribunal de la Función pública de la Unión Europea, sentencia de 26 de octubre de 2006, *Pia Laudgren*, F-1/05, apartado 70).

Por lo que atañe, en fin, al alcance concreto del derecho a una buena administración en la Unión Europea, el art. 41 comienza enunciando sus perfiles básicos a través de la evocación de algunos de los principios esenciales sobre los que se sustenta, imparcialidad y equidad, a los que se añade una referencia a otro elemento fundamental en el correcto funcionamiento de cualquier administración, cual es la observancia de plazos razonables en la tramitación de los asuntos. Todos ellos aparecen también contemplados y desarrollados en el Código de conducta, junto a algunos otros como los principios de proporcionalidad e igualdad o no discriminación, que no recoge de forma directa el art. 41 probablemente por tratarse de principios de alcance mucho más amplios, sobre todo este último al que la Carta dedica un título específico.

Una vez formulado en términos genéricos, el art. 41 pasa a detallar el contenido específico del derecho a una buena administración desde una doble perspectiva. Desglosando, por un lado y mediante una enumeración no exhaustiva en su apartado segundo, algunos de los derechos concretos que forman parte del mismo. Y retomando, por otro, en sus apartados tercero y cuarto dos derechos ya reconocidos por los tratados, para vincularlos ahora a la idea de buena administración. En realidad, todos ellos son derechos que, por una u otra vía, gozan de protección en el estadio actual de evolución del ordenamiento jurídico comunitario y que, como se recuerda en las Explicaciones sobre la Carta, constituyen

manifestaciones o expresiones diversas de la existencia de una comunidad de derecho.

En la enumeración del apartado segundo se contemplan tres derechos concretos. Los dos primeros resultan de la prolija jurisprudencia del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia (TPI) sobre los derechos de defensa en el marco del procedimiento administrativo comunitario. Se trata, por una parte, del derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; y, por otra, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna.

Sin perjuicio de los pronunciamientos referidos a estos dos derechos en particular (entre otros, sentencias del TJCE de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Heylens*, Rec. 1987, p. 4097, apartado 15; de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, *Orkem*, Rec., 1989, p. 3283; de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, *TU München*, Rec., 1991, p. I-5469, y sentencias del TPI de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, *Lisrestal*, Rec., 1994, p. II-1177; de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle*, Rec., 1995, p. II-2589), lo cierto es que la vinculación entre derechos de defensa y buena administración viene de antiguo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pudiéndose apreciar ya incluso en el contencioso de la función pública comunitaria de los años sesenta del siglo pasado (Barbier de la Serre 2006, 234).

Y es que, como subraya más adelante M. López Escudero en su comentario al art. 48 de la Carta, al cual remitimos en este punto, la protección de los derechos de la defensa ha sido potenciada por el TJCE, fundamentalmente a través de su jurisprudencia relativa a la garantía de estos derechos en el marco de los procedimientos administrativos que se sustancian ante las instituciones de la Unión y, en particular ante la Comisión, en aquellos ámbitos en los que ésta actúa como Administración directa frente a los operadores económicos (defensa de la competencia, aplicación de medidas de defensa comercial...). Sobre todo en el primero de estos campos, el del Derecho de la Competencia, ha sido frecuente la caracterización del derecho de defensa como un derecho fundamental que despliega sus efectos en el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que principio general del Derecho.

El tercero de los derechos mencionados en este apartado segundo deriva de la obligación general, y actualmente contemplada en

el art. 253 del TCE, que incumbe a las instituciones de la Unión de motivar sus actos jurídicos vinculantes, ya tengan naturaleza legislativa o carácter meramente administrativo.

Como es obvio, y al margen de que una mención genérica a esta obligación se mantenga en el art. 296 del Tratado de Funcionamiento, el art. 41 de la Carta alude a la exigencia de motivar los actos (*decisiones*) a través de los cuales las instituciones, fundamentalmente la Comisión, se relacionan con los administrados. Éstos tienen, en efecto, derecho a conocer con claridad y precisión las razones que llevaron a la institución a adoptar el acto, así como la base jurídica sobre la que se fundaron para hacerlo. Ello les permitirá, sobre todo en el supuesto de actos desfavorables, defender mejor su posición, e incluso, llegado el caso, cuestionar la legalidad del mismo si consideran que la motivación ha brillado por su ausencia o ha sido insuficiente. Se trata, como el Tribunal ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia, de un vicio sustancial de forma que puede determinar la nulidad del acto afectado (entre otras muchas, TJCE, sentencia de 26 de noviembre de 1981, *Michel*, 195/80).

Por último, en sus apartados tercero y cuarto el art. 41 retoma, vinculándolos así a la idea de buena administración, dos derechos plenamente asentados y con un amplio recorrido, sobre todo el primero de ellos, en el ordenamiento comunitario.

Éste es el caso, ciertamente, del «derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones»; responsabilidad que, como ya viene ocurriendo desde los orígenes del proceso de integración, habrá de sustanciarse «de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». La redacción y el sentido del precepto son los mismos que los del actual párrafo segundo del art. 288 del TCE, que retoma en idénticos términos el art. 340 del Tratado de Funcionamiento. No cabe esperar, por tanto, cambios sustanciales en la línea jurisprudencial seguida hasta ahora por el Tribunal de Justicia en la aplicación de este precepto, de sesgo marcadamente restrictivo.

Como es bien sabido, y al margen del resto de condiciones típicas en el ámbito de la responsabilidad (existencia de un perjuicio, nexo de causalidad), la jurisdicción comunitaria sólo considera pro-

cedente el derecho a reparación cuando se demuestra que la institución ha incurrido en «una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho que proteja a los particulares». Y, si bien el Tribunal ha suavizado en cierto modo la valoración de este requisito cuando se trata de actos de naturaleza administrativa, apreciándolo precisamente a la luz del principio de buena administración (TPI, sentencia de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting*, T-231/97, antes citada), continuará siendo enormemente complicado comprometer de modo efectivo la responsabilidad extracontractual de la Unión.

En fin, el apartado cuarto del art. 41 reconoce a *toda persona* el derecho de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y la consiguiente obligación de éstas de contestar en esa misma lengua. Estamos, como es bien sabido, ante uno de los derechos asociados al estatuto de la ciudadanía de la Unión desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, que sin perder esta marca de origen, puesto que se mantiene como tal en el art. 20.2 del Tratado de Funcionamiento, pasa a vincularse ahora también de modo explícito al concepto de buena administración. Ello trae aparejado, como consecuencia de la vocación *universal* de este último derecho, que su ámbito de aplicación personal no quede limitado a los ciudadanos de la Unión y que, por tanto, cualquier administrado disfrute del derecho de dirigirse a las instituciones y obtener una respuesta.

No obstante, la comunicación y la respuesta han de producirse en alguna de las lenguas de los tratados, es decir, aquellas en las que se han redactado las distintas versiones auténticas de los mismos conforme al art. 55 del TUE. Ciertamente, el apartado segundo de este precepto contempla la posibilidad de que los tratados puedan traducirse también a cualquier otra lengua que goce del estatuto de lengua oficial en la totalidad o en parte del territorio de alguno de los Estados miembros y que, en ese caso, corresponderá al Estado miembro afectado facilitar una copia certificada de esas traducciones para su depósito en los archivos del Consejo. Ello no quiere decir, sin embargo, que del derecho a una buena administración derive la obligación de las instituciones de la Unión de dar respuesta a las comunicaciones de los ciudadanos en esas otras lenguas. En el caso de España, que como es bien sabido ha hecho uso de la facul-

tad que ofrece el nuevo art. 55.2 del TUE, el Gobierno ha celebrado un acuerdo administrativo con la Comisión Europea para facilitar la traducción de esas comunicaciones en otras lenguas oficiales del Estado (*DOC 73*, de 25 de marzo de 2006), de tal suerte que los ciudadanos puedan emplearlas a la hora de dirigirse, al menos, a esta institución, y reciban la respuesta en la misma lengua, sin que ello suponga coste alguno para la Comisión que continuará limitándose a tramitar comunicaciones en castellano.

En todo caso, este derecho no representa más que un mínimo inexcusable en el marco de una relación entre el ciudadano y la autoridad pública basada en el principio de buena administración. Como ya apuntó en su día J. Söderman (1998, 11), la obligación de responder en la misma lengua lleva implícita la de no dejar nunca sin respuesta el correo del ciudadano. Del mismo modo, en el Código de conducta encontramos precisiones acerca de cómo deben tratar los funcionarios estas comunicaciones, incluso en los supuestos en los que no se producen por escrito, sino por vía telefónica.

Aunque muchos de los componentes del derecho a una buena administración son susceptibles de control jurisdiccional y, de hecho, lo han sido a lo largo de las últimas décadas como hemos visto, tanta o más importancia reviste, a efectos de su aplicación efectiva, la labor que en este ámbito corresponde al Defensor del Pueblo Europeo. Una labor que presenta una primera vertiente de fiscalización formal de la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en la medida en que su principal cometido constitucional consiste precisamente en conocer de los casos de mala administración que le sometan los ciudadanos (arts. 43 de la Carta y 228 TFUE). Pero una labor que va mucho más allá, no sólo a través de las investigaciones de oficio, sino también por la vía de todo tipo de actividades de fomento de las mejores prácticas en materia de buena administración, que muchas veces se revelan tanto o más eficaces que los cauces formales de actuación. Porque de lo que se trata, en definitiva, es de ir consolidando en el seno de la *Administración europea* una voluntad o cultura de servicio, que garantice al ciudadano un trato correcto en todo tipo de situaciones y, en consecuencia, el pleno disfrute de sus derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARBIER DE LA SERRE, E. «Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends». *European Public Law* 2. Vol. 12 (2006): pp. 225 y ss.
- CHITI, M. P. «Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria». *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2 (2000): pp. 303-328.
- DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. *Prefacio e Introducción al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa* (2005). <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- *Informe Anual 2006*. Bruselas: Oficina de Publicaciones Oficiales de la CE, 2007. <http://www.ombudsman.europa.eu>.
- FORTSAKIS, T. «Principles Governing Good Administration». *European Public Law* 2. Vol. 11 (2005): pp. 207-217.
- KUUSIKKO, K. «Advice, Good Administration and Legitimate Expectations: Some Comparative Aspects». *European Public Law* 3. Vol. 7 (2001): pp. 455-472.
- LENAERTS, K. y J. VANHAMME. «Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process». *Common Market Law Review*, Vol. 34 (1997): pp. 531-569.
- MOREIRO GONZÁLEZ, C. «El recurso de indemnización por responsabilidad civil extracontractual de la Comunidad». En F. Mariño Menéndez, V. Moreno Catena y C. Moreira González, dirs. *Derecho procesal comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 273-286.
- MUÑOZ MACHADO, S. «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo». En G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Nogueras, dirs. *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 133-157.
- NIKIFOROS DIAMANDOURUS, P. «Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10<sup>th</sup> anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 217-240.
- PETERS, A. «The European Ombudsman and the European Constitution». *Common Market Law Review*. Vol. 42 (2005): pp. 697-743.
- SÖDERMAN, J. «The Early Years of the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10<sup>th</sup> anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 83-105.
- «Le citoyen, l'Administration et le droit communautaire». Rapport général, Congrès 1998 de la FIDE. <http://www.ombudsman.europa.eu>.
- WAKEFIELD, J. *The Right to Good Administration*. Alphen: Kluwer, 2007.

ARTÍCULO 42  
DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS

**Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 41 y 43.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 10 y 11.
- TFUE: arts. 15 y 20.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 1 del TUE y 255 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-50, II-102 y III-399.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 42.

## COMENTARIO

LUIS N. GONZÁLEZ ALONSO

*Profesor titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

Al igual que en su versión del año 2000, el art. 42 de la Carta reconoce a los ciudadanos de la Unión, así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, el derecho de acceder a los documentos que se encuentren en poder de las instituciones y órganos de la Unión Europea. Se trata, no obstante, del único de los derechos recogidos en la Carta que, como veremos más adelante, experimentó una auténtica modificación material en su contenido con motivo de la incorporación de este texto al Tratado Constitucional. Esta modificación se mantiene en la nueva versión de la Carta proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre de 2007, como también se mantienen en el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) los ajustes que la Constitución Europea realizaba en otras disposiciones relacionadas con el ejercicio de este derecho, fundamentalmente en sus arts. I-50 y III-399.

Por lo que se refiere a estos últimos, sin embargo, el Tratado de Lisboa introduce ciertos cambios que afectan, no tanto a sus previsiones materiales, como a su ubicación y, por tanto, a su significado en el nuevo marco constitucional de la Unión. En efecto, al margen del propio art. 42 de la Carta, el derecho de acceso a los documentos aparece ahora también regulado en el art. 15 del TFUE, disposición que se refiere con carácter general a la transparencia en los trabajos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, retomando prácticamente en los mismos términos el contenido de aquellos dos preceptos del Tratado Constitucional.

En torno a estas cuestiones, que no alteran en todo caso los elementos básicos de la configuración del derecho de acceso a los documentos, giran los comentarios que siguen a continuación. Conviene, no obstante, recordar antes de entrar en su análisis que la

preocupación por este derecho irrumpió con fuerza en la práctica de las instituciones comunitarias a raíz del tortuoso proceso de ratificación del Tratado de Maastricht, vinculado al debate más amplio sobre la transparencia y el acercamiento de la Unión Europea a sus ciudadanos. Originalmente regulado en virtud de un precario Código de conducta que la Comisión y el Consejo adoptaron en diciembre de 1993 (*DO L 340*, de 31 de diciembre de 1993, p. 41), el derecho de acceso a los documentos habría de pasar luego al art. 255 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal y como éste fue modificado en 1997 por el Tratado de Amsterdam. El desarrollo normativo de aquel precepto no se produjo, sin embargo, hasta algunos años después; en concreto, hasta el 30 de mayo de 2001, fecha en la que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (CE) 1049/2001, relativo al acceso del público a sus documentos, así como a los de la Comisión (*DO L 145*, de 31 de mayo de 2001).

El sistema previsto por este instrumento obedece a una lógica relativamente sencilla. Descansa sobre la premisa básica de que el público ha de tener *el mayor acceso posible* a los documentos que posean las instituciones (art. 1 a); y ello, con independencia de los motivos o intereses que se encuentren detrás de cada solicitud concreta de información. Aquéllas podrán ampararse, no obstante, en una serie de excepciones tasadas, y destinadas a proteger determinados intereses públicos y privados, para negar la divulgación de los documentos. En caso de producirse, cualquiera de estas decisiones de rechazo puede ser objeto, en primera instancia, de un *recurso interno* de naturaleza administrativa ante la propia institución afectada y, si ésta persiste en su actitud, bien de una reclamación ante el Defensor del Pueblo, bien de un recurso de nulidad ante la jurisdicción comunitaria (González Alonso 2002, 54).

## 2. TRANSPARENCIA Y DEMOCRACIA: EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS EN SU CONTEXTO

El derecho de acceso a los documentos constituye uno de los componentes esenciales de los principios de apertura y transparencia que han de imperar en el funcionamiento de las instituciones de

la Unión; sin duda, el que mejor se presta a un análisis de carácter estrictamente jurídico (Dyrberg 1997, 381). Así se reconoce ahora por primera vez y de forma explícita en el art. 15 del TFUE, que sistematiza, clarifica y amplía el alcance de buena parte de los aspectos que conforman aquellos principios y que en mayor o menor medida ya estaban presentes en los tratados, aunque de un modo disperso y más limitado. Los revaloriza, además, al situarlos en la primera Parte del Tratado, dedicada, con carácter general, a la presentación de los principios que rigen el funcionamiento de la Unión.

En efecto, en los sucesivos apartados de esta disposición se proclama el principio de apertura, al que de forma indirecta alude hoy el art. 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tal y como fue reformado por el Tratado de Amsterdam; se establece el carácter público de las sesiones del Parlamento Europeo y, sobre todo, del Consejo cuando éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo, aspecto sobre el que se ha ido progresando también en los últimos años como muestra el art. 207.3 del TCE y, en particular, los cambios introducidos en el Reglamento interno de la institución en septiembre de 2006 (Decisión 2006/683/CE, Euratom; *DO* L 285, de 16 de octubre de 2006, p. 47); y en fin, se reconoce y regula el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión en términos similares, aunque más generosos, a los que resultan del actual art. 255 del TCE.

Todo ello representa un punto de inflexión en la concepción de la transparencia en el seno del proceso de integración o, al menos, formaliza jurídicamente un cambio trascendental, demandado por muchos desde hace tiempo y que ya comenzaba a manifestarse en la práctica. La transparencia deja de concebirse, así, como una simple política o estrategia a través de la cual las instituciones tratan de reforzar su legitimidad frente a los ciudadanos, para convertirse en una condición indispensable, en elemento básico y fundamental del funcionamiento de la Unión.

Ahora bien, el Tratado de Lisboa no ha ido tan lejos como el Tratado Constitucional en cuanto a la configuración de la transparencia y del derecho de acceso a los documentos como aspectos esenciales del particular modo de vida democrática que se practica en el seno de la Unión. Ciertamente, se mantienen en las nuevas disposiciones sobre *principios democráticos* del TUE reformado las referen-

cias a la apertura y la transparencia en la adopción y ejecución de las decisiones (arts. 10.3 y 11.3). Pero no se desarrolla ahí su contenido, ni en particular la regulación del derecho de acceso a los documentos, como ocurría en el art. I-50 del Tratado Constitucional, directamente ubicado entre los preceptos relativos a la *vida democrática de la Unión*.

Aquí radicaba, sin duda alguna, el primero de los cambios que el Tratado Constitucional operaba en la regulación del derecho de acceso a los documentos. Se trataba esencialmente de un cambio en la concepción, en el modo de entender el significado de este derecho en el seno de la Unión Europea, puesto que, como ya hemos adelantado, tanto la redacción como la estructura del art. I-50 coincidían con las del actual art. 255 del TCE. Ahora bien, mientras a este último precepto se le reserva un lugar completamente accesorio o secundario en el TCE, entre las *Disposiciones comunes a varias instituciones* y junto a los artículos relativos a la motivación, entrada en vigor y publicidad de los actos jurídicos comunitarios, aquél aparecía inserto en un contexto muy diferente: el título de la primera parte del Tratado Constitucional en el que se identificaban los principios y rasgos distintivos de la vida democrática de la Unión.

De hecho, cuando en la fase final de la Convención surgieron dudas acerca de la conveniencia de regular repetitivamente ciertos derechos, entre ellos el derecho de acceso a los documentos, en la primera y segunda partes del Proyecto del Tratado, se impuso la opinión de aquellos sectores que defendían tal reiteración por considerar que afectaba a «componentes clave del particular modo de vida democrático de la Unión a nivel supranacional» (CONV 726/03, 3).

Lo cierto es que, con esta nueva ubicación del derecho de acceso a los documentos, el Tratado Constitucional no sólo corregía la deficiencia antes mencionada, sino que contribuía a clarificar también el auténtico significado de este derecho, sobre el que los Estados miembros, las instituciones comunitarias y la doctrina científica habían venido debatiendo con intensidad a lo largo de la década anterior.

No en vano, cuando la Comisión y el Consejo adoptaron en diciembre de 1993 el mencionado Código de conducta sobre el acceso del público a sus documentos, comprometiéndose además a desarrollar de inmediato su contenido mediante normas precisas de

aplicación (Decisión 93/731 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, *DO L* 340, de 31 de diciembre de 1993, p. 43; Decisión 94/90 de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, *DO L* 46, de 18 de febrero de 1994), lo hicieron con la *modesta* intención de mejorar la percepción que los ciudadanos tenían de su funcionamiento. Y para ello optaron por la solución jurídicamente menos onerosa: recurrir a la capacidad de organización interna de la que ambas instituciones disponen y que pueden ejercer de un modo relativamente sencillo.

En el origen de estas iniciativas se encontraba, sin embargo, un texto (la Declaración núm. 17, aneja al Acta final de la CIG que aprobó el Tratado de Maastricht), en el que se reconocía de modo explícito el vínculo que existe entre la transparencia, y, más concretamente, el derecho de los ciudadanos de acceder a la información en poder de las autoridades públicas, y el carácter democrático de cualquier sistema político. Es más, la importancia que algunos Estados miembros atribuyen a este principio, como ocurre, entre otros, en los casos de Suecia o los Países Bajos, les ha llevado incluso a elevarlo en sus respectivos textos constitucionales al rango de derecho fundamental. No puede extrañar, pues, que una vez adoptadas las Decisiones de la Comisión y del Consejo sobre el acceso del público a sus documentos surgiese de inmediato la controversia acerca de la naturaleza de este derecho y del lugar que ocupa en el marco del ordenamiento comunitario (González Alonso 2002, 35).

Pues bien, aunque han sido ya muy numerosas las ocasiones en las que tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia (TPI) han podido pronunciarse al respecto, comenzando por el célebre asunto *Países Bajos c. Consejo* (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, C-58/94), en el que el juez comunitario se decantó por una concepción inicial abiertamente restrictiva del derecho de acceso a los documentos, ambos órganos jurisdiccionales continúan manteniendo en la actualidad una actitud esquivada, de calculada ambigüedad, sobre esta cuestión, evitando en todo momento, incluso cuando alguno de los abogados generales se lo ha propuesto de modo directo (por ejemplo, el AG Lèger en sus conclusiones de 10 de julio de 2000 en el asunto *Heidi Hautala*, C-353/99 P), reconocer que este derecho haya alcanzado la consideración de derecho fundamental en el sistema jurídico de la Unión Europea (Kranenborg 2006, 272). Tampoco han aceptado situarlo definitivamente en la ór-

bita de los principios generales del Derecho Comunitario, como en última instancia demuestran, entre otros, los asuntos *Messina c. Comisión* (TPI, sentencia de 17 de septiembre de 2003, T-76/02) o *IFAW c. Comisión* (TPI, sentencia de 30 de noviembre de 2004, T-168/02) (Flanagan 2007, 597).

En este contexto, como es lógico, cobraba especial relevancia la nueva ubicación que el Tratado Constitucional otorgaba al derecho de acceso a la información como elemento básico de la vida democrática de la Unión, sin perjuicio de que también pudiera aparecer regulado en su Parte II (Carta de Derechos) asociado al estatuto de la ciudadanía. Y es que, más que de un derecho fundamental, rango que no se le reconoce en muchos de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, estamos en presencia de lo que algún autor ha denominado *aspecto o vertiente críticos* del principio democrático: un derecho sin el cual los ciudadanos no pueden limitar, controlar y someter a escrutinio el ejercicio del poder público (Harden 2001, 185).

En fin, pese a no dotarla del mismo grado de visibilidad, rebajando en cierto modo su rango constitucional, lo que no puede negarse es que el Tratado de Lisboa preserva esta concepción del derecho de acceso a los documentos. Prueba de ello es que, tanto en el apartado primero del art. 15 del TFUE como en el nuevo art. 10.3 del TUE, relativo al principio de democracia representativa, se reconoce que del compromiso de las instituciones con la apertura y la transparencia depende que los *ciudadanos* o la *sociedad civil* puedan participar de modo efectivo en la vida democrática de la Unión. La observancia de estos principios constituye también, como establece el primero de estos preceptos, un requisito inexcusable para fomentar el buen gobierno, aspecto sobre el que ya había insistido la Comisión en su Libro Blanco de 2001 al identificar la *apertura* como uno de los cinco principios básicos de la *buena gobernanza* europea [COM (2001) 428 *final*, de 25 de julio de 2001, p. 10].

Una última cuestión. Mientras que la Carta siempre ha contemplado el derecho de acceso a los documentos en el marco de su capítulo sobre *Ciudadanía*, el Tratado Constitucional lo obviaba en la enumeración de los derechos que conforman este estatus vinculado a la nacionalidad de los Estados miembros. De hecho, cuando en su art. I-10 enumeraba los derechos de ciudadanía, aludía de un modo

u otro a todos los contemplados en el capítulo correspondiente de la Carta, incluso a una de las facetas del novedoso derecho a una buena administración (derecho a dirigirse a las instituciones en cualquiera de las lenguas oficiales y de obtener una contestación en la misma lengua), excepto al derecho de acceso a los documentos. El Tratado de Lisboa corrige en parte esta deficiencia al no configurar como exhaustiva la enumeración que a este respecto aparece ahora recogida en el art. 20.2 del TFUE: los ciudadanos de la Unión «tienen, entre otras cosas», los derechos que en él aparecen explícitamente mencionados, pero también otros...

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS

En su versión de 2007, el art. 42 de la Carta reconoce a «todo ciudadano de la Unión y a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro» el derecho de acceder a los documentos «de las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Este enunciado contrasta con la redacción original que la Carta dio a este precepto y con la del actual art. 255 del TCE en un aspecto fundamental: el derecho de acceso ya no se contempla sólo respecto de los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Sin perjuicio de que después se precise en el apartado tercero del art. 15 del TFUE que en el caso del Tribunal de Justicia, del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones sólo los documentos adoptados en el ejercicio de sus funciones administrativas estarán sometidos al régimen de acceso público, la mencionada modificación representa una ampliación sustancial del ámbito de aplicación de este derecho.

Junto a ella, también será objeto de análisis en el presente epígrafe otro aspecto relacionado y que, si bien no se ve directamente afectado por la nueva configuración del derecho de acceso, suscitó cierto debate o controversia durante el proceso de elaboración del Tratado Constitucional.

### 3.1. *La extensión del derecho de acceso al conjunto del sistema institucional de la Unión*

Ésta es, sin duda, la gran novedad que aportan el art. 42 de la Carta y el art. 15.3 del TFUE respecto del Derecho en vigor. En efecto, conforme a lo previsto en el art. 255 del TCE y en el Reglamento 1049/2001 (*DO L* 145, de 31 de mayo de 2001) que desarrolla su contenido, los ciudadanos disfrutaban de un derecho de acceso a los documentos limitado a las tres instituciones que participan en el proceso legislativo comunitario: el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Con independencia de si esta restricción obedeció en su momento a una concepción errónea del derecho de acceso (Öberg 1998, 12) o a motivos más prosaicos, de origen estrictamente técnico-jurídico (Harden 2001, 181), lo cierto es que resulta difícil de conciliar con la simple constatación de que la ausencia de normas precisas sobre el trato que todas las instituciones y órganos de la Unión Europea deben dispensar a las solicitudes de acceso a sus documentos por parte de los ciudadanos constituye un claro supuesto de mala administración, tal y como concluyó el Defensor del Pueblo Europeo al término de su primera investigación de oficio en la materia.

Aunque, a raíz de esta iniciativa, la mayoría de instituciones y órganos comunitarios se dotó voluntariamente de este tipo de normas, el alcance de sus previsiones en cuanto a la amplitud del derecho de acceso no era equiparable al establecido por el Reglamento 1049/2001. De ahí que, en un primer momento y a través del propio Reglamento, se tratase de paliar estas deficiencias extendiendo su ámbito de aplicación, al menos, al conjunto de agencias u organismos similares creados por las tres instituciones directamente afectadas por su régimen jurídico.

Es cierto que esta previsión tan sólo aparece contemplada en la exposición de motivos del Reglamento. Pero, tras su adopción, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo confirmaron formalmente su compromiso en este sentido mediante una Declaración conjunta (*DO L* 173, de 27 de junio de 2001, p. 5), en la que la Comisión anunciaba además su intención de elaborar lo antes posible propuestas de modificación de los actos constitutivos de las agencias

y organismos existentes con el fin de incluir en los mismos disposiciones equiparables a las del Reglamento. Estas modificaciones habrían de ser finalmente aprobadas en junio y julio de 2003 (Reglamentos 1641/2003 a 1655/2003, *DO L* 245, de 29 de septiembre de 2003). Ahora bien, la Declaración no afectó al resto de instituciones y organismos comunitarios, a los que se limitaba a exhortar para que adoptasen normas internas en este ámbito, que tuviesen en cuenta los principios y límites establecidos por el Reglamento 1049/2001.

Como constata la Comisión en su segundo informe sobre la aplicación de este instrumento [*COM (2004) 45 final*, de 30 de enero de 2004], aquella exhortación surtió efecto generando un proceso espontáneo de convergencia en la regulación comunitaria del derecho de acceso, que no ha afectado, sin embargo, por igual a todas las instituciones y órganos de la Unión. Esta situación quedaría definitivamente superada, pues, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que obligaría a modificar el Reglamento 1049/2001 con el fin de establecer un régimen de acceso público plenamente homogéneo para el conjunto del sistema institucional de la Unión.

Mientras tanto y a la espera de esa reforma, la Comunidad se ha visto obligada ya a aceptar una extensión del derecho de acceso a los documentos de todas sus instituciones y organismos, aunque sólo por lo que atañe a un sector de actividad concreto: el de la información relativa al medio ambiente. En efecto, como consecuencia de la firma y ulterior aprobación por parte de la Comunidad del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, el concepto de *autoridad pública* no puede verse sometido a restricción alguna que limite el ejercicio de este tipo de derechos por parte de los individuos y las organizaciones que los representan. En consecuencia, el Reglamento 1049/2001 ha quedado modificado por el acto comunitario de aplicación del Convenio, de tal suerte que las previsiones de aquél han pasado a ser operativas respecto de todas las solicitudes de acceso a información medioambiental que obre en poder de cualquiera de las instituciones y organismos comunitarios (art. 3 del Reglamento 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación del Convenio de Aarhus; *DO L* 264, de 25 de septiembre de 2006, p. 13).

Por lo demás, conviene recordar también a este respecto que cuando el art. 42 de la Carta, al igual que el 15.3 del TFUE, aluden a los documentos *de* las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, esta referencia debe entenderse hecha, no sólo a los directamente elaborados por los mismos, sino a todos los documentos que obren en su poder, con independencia de cuál sea su origen. Pese a la preocupación de algunos de sus miembros a este respecto (CONV 607/03, 19), la Convención sobre el Futuro de Europa no consideró finalmente oportuno incorporar esta expresión (*obrar en poder de*) al texto de las disposiciones pertinentes de su Proyecto de Tratado. Ello se debió, sin duda, al hecho de que el Reglamento 1049/2001 deja ya meridianamente claro en su art. 2.3 que el régimen de acceso público se aplica «a todos los documentos que obren en poder de una institución: es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión».

Con esta previsión, aparentemente inocua, se corrigió uno de los aspectos más controvertidos y criticados del sistema inicial de acceso público a los documentos, resultante del Código de conducta de 1993. Tanto este instrumento como cada una de las decisiones que lo desarrollaban contenían una cláusula, denominada *regla del autor* y redactada en los siguientes términos: «Cuando el autor del documento que posea la Institución sea una persona física o jurídica, un Estado miembro, otra Institución u órgano comunitario, o cualquier otro organismo nacional o internacional, la solicitud deberá dirigirse directamente al mismo». Quiere ello decir que únicamente estaban sujetos al régimen de acceso público aquellos documentos elaborados por el órgano o institución ante el que se realizaba la petición, pero no los que éstos hubieran podido recibir del exterior, cualquiera que fuese su origen.

Se trataba, desde luego, de una limitación muy grave del régimen de acceso público, que resultaba inadmisibles en la medida en que un ciudadano, interesado en conocer el conjunto de documentos que integran un dossier concreto, se veía obligado a reconstruirlo él mismo realizando una multiplicidad de solicitudes individuales a cada una de las instituciones u órganos afectados.

Aunque indirectamente, el propio Tratado de Amsterdam ya parecía reconocer la improcedencia de esta restricción y despejaba el camino para su supresión. Así se desprendía, al menos, de la Decla-

ración número 35 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996, y en la que se convenía que los principios y condiciones contemplados en el art. 255 del TCE deberían permitir «a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo» (DO L 263, de 25 de septiembre de 1997). Es obvio que una puntualización de este tipo sólo tiene sentido en el contexto de un sistema de acceso público desprovisto de la *regla del autor*.

Ahora bien, la eliminación de esta cláusula debía abordarse con cautela (Dyrberg 1999, 169). Y así lo hizo el Reglamento 1049/2001: extendiendo, por un lado y sin matizaciones, su ámbito de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; pero garantizando, por otro, que la opinión de los *terceros* autores de esos documentos pueda ser tenida en cuenta antes de autorizar su divulgación. El grado en el que esta opinión vincula a la institución afectada varía en función de la naturaleza y, sobre todo, de la procedencia del documento. El Reglamento distingue, en este sentido, entre dos categorías de *documentos de terceros*.

Una primera que goza de un nivel de protección absoluta, como han tenido ocasión de confirmar los tribunales comunitarios en su jurisprudencia de los últimos años, en la medida en que la divulgación de los documentos que la integran sólo es posible con el consentimiento de su autor. En esta situación se encuentran los documentos considerados sensibles en el sentido del art. 9 del Reglamento (TJCE, sentencia de 1 de febrero de 2007, *Sisión c. Consejo*, C-266/05 P), así como los procedentes de los Estados miembros respecto de los cuales las autoridades nacionales hayan solicitado que no se divulguen sin su consentimiento previo (art. 4.5; TPI, asuntos *Messina e IFAW*, ya mencionados, y *Scippacercola c. Comisión*, T-187/03).

Esta obligación de consulta se relaja notablemente, sin embargo, respecto del resto de *documentos de terceros*. Conforme a lo previsto en el art. 4.4 del Reglamento, la institución a la que se dirija una solicitud de acceso a un documento del que no sea autora, distintos de los mencionados en el párrafo anterior, estará obligada a consultar al tercero afectado para verificar si alguna de las excepciones impide su divulgación, a no ser que se deduzca con claridad que tal divulgación debe ser permitida o denegada. Cabe pues la posibilidad

de que la institución en cuyo poder se encuentra el documento solicitado proceda a su divulgación sin consultar previamente al tercero autor del mismo; e incluso que, habiéndole consultado, decida no seguir el dictamen emitido por este último (González Alonso 2002, 65).

En la práctica, este tipo de situaciones se ha planteado sobre todo en relación con documentos procedentes de los Estados miembros que se encuentran en poder de la Comisión. Y, si bien las autoridades nacionales no han adoptado hasta ahora una actitud excesivamente restrictiva a este respecto, los supuestos de denegación de acceso por parte de la Comisión a petición de un Estado miembro suelen ser conflictivos y han generado ya un buen número de recursos ante el TPI. De hecho, como recuerda A. Flanagan (2007, 609) criticando abiertamente el enfoque restrictivo de la jurisprudencia comunitaria sobre este punto, casi la mitad de los asuntos suscitados hasta la fecha por la aplicación del Reglamento 1049/2001 tienen que ver con esta circunstancia.

### 3.2. *Los beneficiarios del derecho de acceso a los documentos*

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación personal, el art. 42 de la Carta reconoce el derecho de acceso a los documentos exactamente en los mismos términos que el vigente art. 255 del TCE o que el propio Reglamento 1049/2001; dicho de otro modo, sus titulares continuarán siendo los ciudadanos de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. No obstante, y pese a no tratarse, desde luego, de una cuestión fundamental, la incorporación de aquel precepto, primero a la Carta de Derechos y, más tarde, a la segunda parte del Tratado Constitucional, unida a la inevitable reforma del Reglamento que la entrada en vigor de este último iba a traer aparejada, han reavivado un cierto debate en torno a la eventual ampliación del círculo de beneficiarios del derecho de acceso a los documentos.

Esta ampliación consistiría, como es lógico, en reconocer el disfrute de este derecho a cualquier persona, con independencia de su vinculación, de una u otra naturaleza, con la Unión Europea o con

sus Estados miembros. Tal y como, sin ir más lejos, hace la propia Carta de Derechos Fundamentales en su art. 41 respecto del derecho a una buena administración. La disparidad de criterio a este respecto entre ambos preceptos (arts. 41 y 42) delata ya una cierta incoherencia, en la medida en que la ausencia de normas sobre acceso público a los documentos o su aplicación incorrecta por parte de las instituciones y órganos comunitarios representan probablemente el principal supuesto de mala administración identificado por el Defensor del Pueblo Europeo en sus primeros diez años de vida.

En esta misma línea, la adaptación de la legislación comunitaria a los compromisos asumidos en virtud del Convenio de Aarhus también ha puesto de manifiesto la insuficiencia de aquel enfoque en cuanto a la determinación de los titulares del derecho de acceso a los documentos. De hecho, y por lo que se refiere al ámbito de aplicación de este Convenio, es decir, la información medioambiental, el Reglamento 1049/2001 se ha visto indirectamente modificado en este punto, pasando a aplicarse ya «sin discriminación por razón de la nacionalidad, ciudadanía o domicilio, y, en el caso de las personas jurídicas, sin discriminación por razón del lugar en que éstas tengan su sede oficial o un centro efectivo de actividades» (art. 3 del Reglamento 1367/2006, antes mencionado).

En fin, la propia Comisión llama la atención, en su Informe relativo a la aplicación de los principios del Reglamento 1049/2001, sobre la imposibilidad práctica de determinar el origen de un número creciente de solicitudes de acceso, dado que, cada vez con más frecuencia, llegan a las instituciones u órganos requeridos a través del correo electrónico [*COM (2004) 45 final*, p. 11].

Sorprende pues, a la luz de estas constataciones, que la actualización de la Carta, y con ella de su art. 42, no haya sido aprovechada para retocar la configuración del derecho de acceso a los documentos también en lo que atañe a su ámbito de aplicación personal. Máxime cuando en la práctica las instituciones han venido acogiendo, sin objeciones, las solicitudes realizadas por nacionales de terceros países no residentes en la Unión desde que comenzó a aplicarse el Código de conducta de 1993.

Fue precisamente esta actitud, favorable a la tramitación de peticiones de documentos procedentes del exterior, la que llevó en su

día al Parlamento Europeo a proponer la inclusión de una referencia específica al respecto en el Reglamento 1049/2001. La propuesta fructificó en el apartado segundo del su art. 2, conforme al cual «las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro», con arreglo a los principios, condiciones y límites establecidos con carácter general por el Reglamento.

A esta previsión se acogieron de inmediato las tres instituciones directamente vinculadas por el mismo, regulando en términos más o menos similares en sus respectivas normas internas sobre acceso público el trato que dispensarán a este tipo de solicitudes. Es preciso subrayar, no obstante, que ello no equivale a reconocer un auténtico derecho en este sentido a los nacionales de terceros países no residentes o establecidos en la Unión. Se trata, más bien, de una facultad de la que disponen las instituciones; aunque, eso sí, si deciden ejercerla, como ha ocurrido en la práctica, quedan obligadas a tramitar las peticiones procedentes del exterior ateniéndose escrupulosamente a los principios, condiciones y límites fijados por el Reglamento. Por su parte, el resto de instituciones y órganos comunitarios no se ha preocupado hasta la fecha de esta cuestión [*COM (2004) 45 final*, p. 16].

#### 4. DERECHO DE ACCESO: ¿A LOS DOCUMENTOS O A LA INFORMACIÓN?

Aunque en su versión de 2007 el art. 42 de la Carta sigue reconociendo formalmente un derecho de acceso *a los documentos*, al igual que hacía el viejo Código de conducta de 1993 o el propio art. 255 del TCE, bien podría haberse aprovechado la redefinición de su contenido para modernizar también su configuración en este punto, transformándolo en un auténtico derecho de acceso *a la información*. Éste es, de hecho, el sentido que tiene ya en la práctica, gracias, por un lado, a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y, por otro, al desarrollo normativo operado por el Reglamento 1049/2001.

Estos argumentos no resultaron, sin embargo, determinantes a los ojos de la Convención ni de la CIG de 2004; o, al menos, no has-

ta el punto de justificar un cambio en la denominación del derecho analizado. Lo que sí propiciaron ambas instancias fue la corrección de un aspecto concreto del enunciado del art. 42 de la Carta para adaptarlo a esas nuevas circunstancias. Una modificación con la que indirectamente se confirma la pertinencia de la concepción de este derecho como derecho de acceso a la información.

En efecto, la referencia a los *documentos* de las instituciones, órganos u organismos de la Unión va acompañada de una especificación mediante la que se despeja cualquier tipo de duda acerca de la irrelevancia de la forma o el soporte en los que aquéllos se presenten. En el art. II-42 del Proyecto de Tratado elaborado por la Convención se utilizaba la expresión, «cualquiera que sea la forma en que estén elaborados»; con mejor técnica jurídica, la CIG de 2004 la reemplazó por la fórmula «cualquiera que sea su soporte», que coincide en mayor medida con la empleada por el art. 3 del Reglamento 1049/2001 y que se mantiene en el texto de la Carta de diciembre de 2007.

La definición del término *documento* en aquel instrumento normativo supuso ya un paso decisivo en la modernización del derecho de acceso y fue generalmente saludada como un claro avance en la configuración de este derecho como auténtico derecho de acceso a la información (González Alonso 2002, 61). No en vano, mientras que el Código de conducta de 1993 vinculaba abiertamente el concepto de documento al de *texto escrito*, el art. 3 del Reglamento lo define como «todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución» requerida. De este modo, y con independencia de que el art. 255 del TCE y el propio Reglamento que lo desarrolla continúan articulando el ejercicio de este derecho en torno a la noción de documento, materialmente estamos en presencia de un derecho general de acceso a la información, puesto que lo determinante no es la forma bajo la que ésta se presente, sino su contenido.

Así lo había confirmado ya, antes incluso de la aprobación del Reglamento, la jurisdicción comunitaria cuando hubo de pronunciarse sobre el principio del *acceso parcial* a los documentos. Esta cuestión se planteó, en efecto, bajo el régimen del Código de con-

ducta de 1993 a instancias de la parlamentaria europea Heidi Hautala, quien a comienzos de 1998 interpuso ante el TPI un recurso dirigido contra la decisión en virtud de la cual el Consejo se había negado a facilitarle un informe de su Grupo de Trabajo sobre armamento convencional. Entre otras muchas alegaciones, la demandante y los Estados miembros que apoyaban sus pretensiones, en concreto Finlandia y Suecia, trataron de hacer ver al juez comunitario que, pese al silencio de las normas entonces aplicables sobre este punto, resultaba absolutamente desproporcionado denegar el acceso a un documento en su integridad, cuando sólo la divulgación de ciertos pasajes del mismo corría el riesgo de atentar contra alguna de las manifestaciones del interés público protegida por el régimen de excepciones.

Al avalar esta argumentación, tanto el TPI (sentencia de 19 de julio de 1999, T-14/98) como posteriormente el propio Tribunal de Justicia, en sentencia dictada a raíz del recurso de casación interpuesto contra aquel primer pronunciamiento (TJCE, sentencia de 6 de diciembre de 2001, C-353/99 P), se decantaron por una concepción desacomplejada del derecho regulado en el art. 255 del TCE; disposición que, por tanto, reconoce a los ciudadanos un derecho general de acceso a la información, y no sólo a los documentos que se encuentren en poder de las instituciones. Conforme a este principio del acceso parcial, codificado después por el Reglamento 1049/2001 en su art. 4.6, los documentos no pueden considerarse como un todo indivisible a efectos de su divulgación; si tan sólo una parte de su contenido está cubierta por alguna de las excepciones, debe facilitarse el acceso al resto. Porque lo que en definitiva importa es la información y no tanto el soporte en el que ésta aparece recogida.

Ello no quiere decir en todo caso, y como el TPI tuvo ocasión de matizar de modo inmediato (sentencia de 12 de julio de 2001, *Olli Mattila*; T-204/99, apartado 69), que la obligación que en este sentido incumbe a las instituciones comunitarias tenga un alcance ilimitado, sino que debe compaginarse con el principio de buena administración. Así, la exigencia de conceder un acceso parcial no debe llevar aparejado un trabajo administrativo inadecuado y las instituciones están, desde luego, facultadas para denegar el acceso cuando el examen de los documentos controvertidos muestre que éste carecería de

sentido ya que las partes de dichos documentos, si se divulgaran, no tendrían utilidad alguna para quien solicitó acceder a ellos.

Sea como fuere, y sin perjuicio de que el art. 42 de la Carta continúe configurando formalmente este derecho como un derecho de acceso a los documentos, de lo dicho se desprende con claridad que lo que el ordenamiento de la Unión Europea viene reconociendo ya en la práctica desde hace tiempo a sus ciudadanos es un auténtico derecho de acceso a la información.

##### 5. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS

Como cualquier otro de los derechos reconocidos por la Carta que también constituyen disposiciones de los tratados, el derecho de acceso a los documentos habrá de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos (art. 52.2 de la Carta). En el caso que nos ocupa estas condiciones y límites no aparecen, sin embargo, directamente regulados en el Derecho originario, salvo por lo que se refiere a la situación excepcional en la que el art. 15.3 del TFUE coloca al Tribunal de Justicia, al Banco Central Europeo y al Banco Europeo de Inversiones, ya que sólo estarán sujetos al régimen de acceso público cuando ejerzan funciones administrativas. De este modo, se clarifica su posición a este respecto, ya que, hasta la fecha, o bien no se habían dotado todavía de normas precisas en la materia, caso del Tribunal de Justicia, o bien lo habían hecho en términos más restrictivos que el resto (González Alonso 2002, 32). Pero, en todo lo demás, habrán de ser el Parlamento Europeo y el Consejo quienes precisen, conforme al procedimiento legislativo ordinario, los principios generales y, sobre todo, los límites que por motivos de interés público o privado habrán de modular el ejercicio del derecho de acceso a los documentos.

Apenas se separa en esto el art. 15.3 del TFUE de las previsiones del art. 255 del TCE. Este precepto fijó, como es bien sabido, un plazo de dos años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam para que el Parlamento Europeo y el Consejo determinasen, mediante el procedimiento de codecisión, aquellos principios y límites. Tras un duro enfrentamiento entre estas dos instituciones, apoya-

das, respectivamente, por los Estados miembros más progresistas y recalcitrantes en la materia, el 30 de mayo de 2001 pudo por fin aprobarse, con cierto retraso sobre el plazo previsto y bajo presidencia sueca, el ya mencionado Reglamento (CE) 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Unos meses más tarde, las tres instituciones se dotaban de normas internas específicas para facilitar el ejercicio efectivo de este derecho de acuerdo con las previsiones generales del Reglamento (Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo de 28 de noviembre de 2001, *DO C 374*, de 29 de diciembre de 2001; Decisión del Consejo de 29 de noviembre de 2001, *DO L 313*, de 30 de noviembre de 2001; Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001, *DO L 345*, de 29 de diciembre de 2001).

Aunque el Tratado de Funcionamiento no establece ahora plazo alguno para el desarrollo legislativo del apartado 3 de su art. 15, la revisión del Reglamento 1049/2001 se ha convertido en una necesidad sentida tanto por la doctrina (Kranenborg 2006; Flanagan 2007) y por el Parlamento Europeo [Resolución de 4 de abril de 2006, P6-A(2006)052], como por la propia Comisión, sin perjuicio de que ésta se haya mostrado bastante más autocomplaciente en cuanto a la urgencia de la reforma. No obstante, y tras ciertos titubeos iniciales [*COM (2004) 45 final*, de 30 de enero de 2004], la Comisión se comprometió a abrir un procedimiento de consultas con vistas a elaborar una propuesta en ese sentido en el marco de su «Iniciativa Europea en favor de la Transparencia», lanzada en noviembre de 2005 y sistematizada en el Libro Verde de 3 de mayo de 2006 [*COM (2006) 194 final*]. A ella le ha seguido un segundo Libro Verde, de 18 de abril de 2007 [*COM (2007) 185*], específicamente centrado en la revisión del régimen de acceso del público a los documentos de las instituciones. Y por fin, poco más de un año después, una propuesta formal de nuevo reglamento [*COM (2008) 229 final*, de 30 de abril de 2008].

Son muchos los elementos de esta normativa que podrían verse afectados por la reforma, sobre todo tras la entrada en funcionamiento a finales de junio de 2007 del régimen paralelo en materia de información medioambiental que resulta de la aplicación del Convenio de Aarhus y que, como hemos visto, ha provocado ya ciertas modificaciones en el propio Reglamento 1049/2001. Al margen

de ellas, conviene llamar la atención, por ejemplo, sobre el hecho de que la regulación de las excepciones que limitan el ejercicio del derecho de acceso a los documentos no coincide exactamente en ambos instrumentos, con las complicaciones que ello podría acarrear en la práctica de las instituciones.

Es precisamente en este ámbito, el del régimen de excepciones, donde la aplicación del Reglamento ha suscitado mayores problemas, que en no pocos casos se han traducido en recursos ante la jurisdicción comunitaria. Y es que, si bien la disposición que se ocupa de esta materia (art. 4) representó en su día un avance incuestionable respecto de las previsiones del Código de conducta de 1993, la práctica de estos últimos años ha revelado serias dificultades en la gestión de alguna de las excepciones.

Así ha ocurrido fundamentalmente con el juego de las excepciones relativas a la protección del interés público en materia de procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico, así como a la preservación de los objetivos de las actividades de inspección, investigación y auditoría, ambas encuadradas en el apartado segundo del art. 4 del Reglamento y cuya interpretación resulta muy controvertida (entre otros muchos asuntos, sentencia del TPI de 23 de noviembre de 2004, *Turco c. Consejo*, T-84/03, posteriormente anulada por el TJCE mediante sentencia de 1 de julio de 2008, C-39/05 P y C-52/05 P, a instancias del demandante inicial y del Reino de Suecia; y sentencia del TPI de 12 de septiembre de 2007, *Association de la presse internationale ASBL c. Comisión*, T-36/04). Su aplicación se complica sobre todo porque, a diferencia de los intereses enumerados en el apartado primero de esta disposición (seguridad pública, defensa y asuntos militares, relaciones internacionales, política financiera, monetaria o económica, e intimidad e integridad de la persona), la protección que aquellas actividades merecen no justifica por sí misma y de forma automática la denegación del acceso a los documentos de una institución comunitaria. No basta, por tanto, para ello con constatar que la divulgación de determinadas informaciones supone un perjuicio para aquel interés (*test del daño*), sino que además la institución afectada habrá de ponderar en cada caso si la divulgación de los documentos solicitados no reviste *un interés público superior*, que pueda prevalecer sobre el contemplado en el propio Reglamento (*test de la ponderación de intereses*).

Este ejercicio de ponderación de intereses, que bajo condiciones muy similares debería operar también en relación con los documentos que todavía no tienen un carácter definitivo (art. 4.3 del Reglamento), resulta casi impracticable en los términos en los que parecen concebirlo las instituciones, que de este modo lo han convertido en *letra muerta* (Kranenborg 2006, 262). Debería ser pues precisado, al margen de que la revisión permitiese también codificar diversos aspectos del acervo jurisprudencial que se ha ido consolidando a lo largo de estos últimos años como consecuencia de la aplicación del régimen de excepciones. La propia definición de documento, y en particular la de *documentos legislativos* (art. 12), el tratamiento que debe dispensarse a los documentos sensibles (art. 9), la relación entre acceso público y protección de datos personales, etc., constituyen algunas otras cuestiones no del todo bien resueltas por el Reglamento 1049/2001 y sobre las que, a juicio de la Comisión y de buena parte de la doctrina, debería incidir esta reforma.

## BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN EUROPEA. Informe sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. *COM (2004) 45 final*. Bruselas, 30 de enero de 2004.
- Libro Verde. Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión. *COM (2007) 185 final*. Bruselas, 18 de abril de 2007.
- CURTIN, D. «Citizens' Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?». *Common Market Law Review*. Vol. 37 (2000): pp. 7-41.
- DYRBERG, P. «El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias». *Revista de derecho comunitario europeo* 2 (1997): pp. 377-411.
- «Current Issues in the Debate on Public Access to Documents». *European Law Review*. Vol. 24 (1999): pp. 157-170.
- FLANAGAN, A. «EU Freedom of Information: Determining where the Interest Lies». *European Public Law* 4. Vol. 13 (2007): pp. 595-632.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2002.
- HARDEN, I. «Citizenship and Information». *European Public Law* 2. Vol. 7 (2001): pp. 163-193.
- HELISKOSKI, J. y P. LEINO. «Darkness at the Break of Noon: the Case Law on Regulation núm. 1049/2001 on Access to Documents». *Common Market Law Review*. Vol. 43 (2006): pp. 735-781.
- KRANENBORG, H. R. «Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?». *European Public Law* 2. Vol. 12 (2006): pp. 251-274.
- MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005.

- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. «La transparencia en la Unión Europea». *Cuadernos de Derecho Público* 26 (2005): pp. 169-193.
- ÖBERG, U. «Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?». *European Integration online Papers* 8 (EioP). Vol. 2 (1998). <http://eiop.or.at/eiop/texte/1998-008.htm>.
- ÖSTERDAHL, I. «Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union». *European Law Review*. Vol. 23 (1998): pp. 336-356.
- PÉREZ CARRILLO, E. F. «Accesibilidad a los documentos en materia de seguridad en la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 28 (2007): pp. 819-854.
- RAGNEMALM, H. «Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires». *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*). Milán: Giuffrè, 1998, pp. 809-830.

ARTÍCULO 43  
EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

**Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 41.
- TFUE: arts. 20.2 d), 24 y 228.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, segundo párrafo, y 195 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-10, apartado d); I-49, II-101-II-103 y III-335.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 43.

## COMENTARIO

LUIS N. GONZÁLEZ ALONSO

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho reconocido por esta disposición de la Carta es el mismo que actualmente garantizan los arts. 21 y 195 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Se trata, por tanto, de un derecho asociado desde un principio al estatuto de la ciudadanía de la Unión y que ha sido objeto de un intenso ejercicio por parte de sus titulares a lo largo de la última década. No en vano en 2005, diez años después de que entrase en funciones el primer Defensor del Pueblo Europeo, el número de reclamaciones tramitadas por su oficina alcanzaba ya la cifra de 20.000 (Defensor del Pueblo 2005).

En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, como ya hiciera antes el Tratado Constitucional retomando, a su vez, lo previsto en la versión original de la propia Carta, se limita a confirmar un derecho ya en vigor, depurando, eso sí, su formulación para adaptarla al *lenguaje de los derechos* (Peters 2005, 702). Esta adaptación resulta perceptible también en el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sirve de pórtico a la regulación de la ciudadanía de la Unión y en el que se enumeran ahora los derechos concretos que conforman este estatuto jurídico. Pierde de este modo razón de ser, si es que alguna vez la tuvo, la polémica suscitada por la redacción del art. 21 del TCE, en la medida en que al referirse en su párrafo segundo a las reclamaciones ante el Defensor del Pueblo no habla de auténtico derecho, sino simplemente de la posibilidad de dirigirse a este órgano, mientras que en su párrafo primero sí reconoce expresamente a todos los ciudadanos de la Unión «el derecho de petición ante el Parlamento Europeo». Esta diferencia de redacción provocó en su momento ciertas dudas acerca de la exacta naturaleza de la prerrogativa que el Tratado pone al alcance de los ciudadanos para defender sus intereses frente las instituciones y ór-

ganos de la Unión en casos de mala administración (Söderman 1997, 352).

Tal vez lo único sorprendente de esta nueva formulación es que aparezca encabezada bajo el título de «El Defensor del Pueblo Europeo», idéntico, por cierto, al que el Tratado Constitucional empleaba, además de en la disposición equivalente al actual art. 43 de la Carta, en su art. I-49, cuando de lo que se trata es de reconocer un derecho a los ciudadanos. Esta denominación contrasta, en efecto, con la del resto de preceptos de la Carta de Derechos, que sin necesidad de incorporar siempre el término *derecho* resulta mucho más esclarecedora para los titulares de los mismos. Por otro lado, y si bien la tramitación de las reclamaciones que recibe de los ciudadanos constituye el grueso de su labor, no es ésta la única función que el Tratado atribuye al *Ombudsman* europeo. Sin ir más lejos, el propio art. 195 del TCE, como ahora el art. 228 del TFUE, le encomienda expresamente la realización de investigaciones de oficio sobre supuestos de mala administración. En fin, el encabezamiento del art. 43 de la Carta probablemente obedezca a ese afán por redactar un texto «intencionadamente sencillo y casi lacónico» que caracterizó a la primera Convención (Mangas Martín 2005, 196).

En otro orden de cosas, y aunque esta reiteración desaparezca con el Tratado de Lisboa, conviene recordar que el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo aparecía también contemplado en la primera parte del Tratado Constitucional. Y no sólo en su art. I-10, disposición de cabecera en la regulación del Estatuto de la Ciudadanía de la Unión y que pasa ahora a ser el art. 20 del TFUE, sino igualmente en el ya mencionado art. I-49, encuadrado en el Título relativo a la vida democrática de la Unión y mediante el que se establecía la figura del Defensor del Pueblo Europeo. Bien es cierto que en este último precepto, y a diferencia de lo que ocurría con el derecho de acceso a los documentos en el art. I-50, la reiteración era menos evidente en la medida en que de lo que se trataba era de contemplar la creación del órgano, cuya función primordial habría de consistir precisamente en recibir e investigar las quejas presentadas por los ciudadanos. Consciente en todo caso de estas repeticiones, la Convención consideró oportuno mantenerlas por afectar a cuestiones neurálgicas en el modelo de funcionamiento de la Unión (CONV 726/03, 3). Pues bien, la reiteración desaparece

con el Tratado de Lisboa que, por un lado, suprime la referencia al Defensor del Pueblo en el Título del Tratado de la Unión Europea (TUE) sobre *los principios democráticos*, manteniendo la regulación de esta figura y del derecho de dirigirse a la misma en términos similares a los tradicionalmente empleados por los arts. 21 y 195 del TCE, con la única salvedad de la mención adicional que a ellos se hace en el nuevo art. 20 del Tratado sobre el Funcionamiento.

Analizaremos a continuación las ligeras adaptaciones de que fue objeto el derecho de reclamación en el marco de la Convención sobre el Futuro de Europa con el fin de operar en el nuevo contexto jurídico resultante, en principio del Tratado Constitucional y más tarde del Tratado de Lisboa, así como algunas de las principales propuestas presentadas sin éxito en aquel foro, y que de haber prosperado habrían afectado directa o indirectamente al ejercicio del derecho en cuestión. Todo ello nos permitirá perfilar mejor las implicaciones y el alcance de la incorporación de este derecho al art. 43 de la Carta de 2007.

## 2. LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO

El derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo se ha consolidado en la práctica institucional de la última década como «una vía alternativa a la del recurso ante el juez comunitario para defender sus intereses» por parte de los ciudadanos de la Unión; una vía alternativa, «extrajudicial, que responde a criterios específicos y no persigue necesariamente los mismos objetivos que la vía judicial» (TPI, sentencia de 10 de abril de 2002, *Lamberts*, T-209/00; confirmada por el TJCE mediante sentencia de 23 de marzo de 2004, C-234/02 P).

Lejos de alterar lo más mínimo este modelo, tanto la Carta de 2007 como el propio Tratado de Lisboa lo confirman reforzando su carácter de derecho asociado al estatuto de la ciudadanía de la Unión. De hecho, y al margen del cambio de enunciado a tal fin, la única diferencia que se aprecia entre la redacción de los arts. 21 y 195 del TCE y la del art. 43 de la Carta obedece a una mera adaptación técnica. Donde aquellos preceptos hablaban de reclamaciones relativas a casos de mala administración «en la acción de las ins-

tituciones y órganos comunitarios», la nueva disposición amplía el espectro de posibles encausados por las mismas al referirse a la «actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión», con exclusión en ambos textos por igual del Tribunal de Justicia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Esta modificación, heredada del art. II-103 del Tratado Constitucional, resultó en su momento, por un lado, de la generalización en aquel texto de la expresión «instituciones, órganos y organismos», con la que la Conferencia Intergubernamental (CIG) reemplazó a la empleada por la Convención («instituciones, organismos y agencias»), para referirse al conjunto de los organismos creados por los tratados o por actos de Derecho derivado (CONV 726/03, p. 3). Y, por otro, de la simple desaparición de la estructura en pilares que hasta ahora ha venido caracterizando a la Unión Europea y que, en consecuencia, impide seguir aludiendo a instituciones u órganos *comunitarios*.

Esta última adaptación presenta, sin embargo, un mayor calado en la medida en que, tras la reforma operada en su día por el Tratado de Amsterdam, el Defensor del Pueblo Europeo es competente para tramitar reclamaciones relativas a supuestos de mala administración en el ámbito del tercer pilar (art. 41 TUE), pero no en el de la Política Exterior y de Seguridad Común. Sin perjuicio de que en la práctica el Consejo no se haya negado a colaborar con el Defensor del Pueblo en algún caso suscitado por la aplicación de esta política, como la reclamación presentada por un experto al servicio de la Misión de Policía de la Unión Europea en Bosnia (Decisión 471/2004/OV) o, más recientemente, una reclamación dirigida contra la Agencia Europea de Defensa que también ha sido objeto de tramitación (Defensor del Pueblo 2006, 37), la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hace desaparecer definitivamente aquella limitación.

Por lo demás, los arts. 43 de la Carta y 228 del TFUE configuran en los mismos términos que las disposiciones concordantes del TCE tanto la legitimación para someter reclamaciones al Defensor del Pueblo Europeo, como el objeto sobre el que éstas deben versar.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, son titulares del derecho de reclamación no sólo los ciudadanos de la Unión, sino también cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domi-

cilio social en un Estado miembro. En efecto, éste es uno de los derechos de ciudadanía, junto al de petición ante el Parlamento Europeo y el de acceso a los documentos, cuyo disfrute no se ha limitado nunca a los nacionales de los Estados miembros, a diferencia de lo que hasta ahora ha venido ocurriendo con el resto (participación política, libertad de circulación y residencia o asistencia diplomática y consular). La Carta de los Derechos Fundamentales, tanto en su versión original como en la proclamada en diciembre de 2007, introduce no obstante una novedad a este respecto, al reconocer con carácter universal, pero dentro del Título relativo a la Ciudadanía de la Unión, el derecho a una buena administración.

Sin perjuicio del análisis realizado a propósito del alcance de este derecho en el comentario de la disposición pertinente (art. 41), es preciso subrayar aquí la incoherencia que tal circunstancia provoca en relación con el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo, en la medida en que este último tiene precisamente por objeto corregir los casos de mala administración. Mientras que *toda persona* tiene derecho a que «las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable», no todos los potenciales perjudicados por una conducta incorrecta a este respecto tienen abierto el cauce más accesible para reclamar y conseguir que se ponga fin a la vulneración de su derecho a una buena administración. No serán muchos, desde luego, los nacionales de terceros países que, sin residir o tener un domicilio social en uno de los Estados miembros, puedan encontrarse en condiciones de reivindicar el disfrute de este derecho, pero no cabe duda de que tal situación podría producirse en la práctica generando la consiguiente falta de protección para los afectados de un derecho que la Carta proclama como fundamental (Fraile Ortiz 2003, 286).

Tampoco se aprecia, por otro lado, ningún cambio en lo relativo al objeto de las reclamaciones: los supuestos de *mala administración* en que incurran las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Es éste un concepto que no aparece definido ni en el Tratado ni en el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo (DOL 113, de 4 de mayo de 1994, p. 15). Como vimos al comentar el art. 41, ha sido el propio Defensor del Pueblo quien ha ido aquilatándolo progresivamente en la práctica, proponiendo primero una definición

lo más amplia posible del mismo («se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse», Informe Anual 1997); promoviendo después la inclusión del derecho a una buena administración en la primera versión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y elaborando por último un *Código de buena conducta administrativa*, que habría de ser aprobado por el Parlamento Europeo en septiembre de 2001 y en el que se detalla el contenido práctico de aquel derecho; es decir, cuáles son los principios y pautas de comportamiento que la Administración Europea habrá de respetar en su relación con los ciudadanos so pena de incurrir en supuestos de «mala administración».

Como única novedad relativa, tal vez quepa esperar tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa una mayor atención por parte del Defensor del Pueblo al desarrollo de la vertiente del concepto de mala administración que tiene que ver con la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, si la proclamación de la Carta en diciembre de 2000 le llevó a asumir el compromiso de garantizar que el contenido de la misma fuese respetado por las instituciones como una cuestión de *buena administración*, lo que ha estado en el origen de algunas de sus principales investigaciones de oficio durante los últimos años (Söderman 2005, 85), no sería de extrañar que, una vez incorporada formalmente la Carta al Derecho Constitucional de la Unión, aquella preocupación se convirtiese en objetivo estratégico de su actuación (Nikiforos Diamandourous 2005, 228).

Pero, por lo demás, el alcance del derecho de reclamación no se ve alterado como consecuencia de su inclusión en la Carta de 2007. Conforme a su art. 52.2, este derecho, al igual que el resto de los reconocidos por la Carta y que también se mencionan en otras disposiciones del Tratado, continuarán ejerciéndose «en las condiciones y dentro de los límites determinados» por ellas. Condiciones y límites que pasarán a regular el art. 228 del TFUE, aunque en los mismos términos que el art. 195 del TCE, con su correspondiente desarrollo en el ya mencionado Estatuto del Defensor del Pueblo, así como en las *Normas de ejecución* adoptadas por éste en octubre de 1997.

Quiere ello decir que el *Ombudsman* europeo continuará disponiendo de un amplio margen de apreciación para llevar a cabo las investigaciones que considere justificadas a partir de las quejas reci-

bidas directamente de los ciudadanos o a través de un diputado al Parlamento Europeo, supuesto este último extremadamente raro en la práctica, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. En este caso, habrá de declararse inadmisibile la reclamación o darse por terminado su estudio archivándose los resultados de las investigaciones llevadas a cabo hasta ese momento (art. 2.7 del Estatuto).

Del mismo modo, la tramitación de cada expediente continuará caracterizándose por ese enfoque flexible que lleva siempre en primera instancia a buscar una solución informal o amigable que satisfaga plenamente al ciudadano que ha sufrido un caso de mala administración. Cuando esto no sea posible, el Defensor del Pueblo se dirigirá a la institución, órgano u organismo afectado formulando, si lo considera necesario, proyectos de recomendaciones a los que éstos habrán de dar respuesta motivada en un plazo máximo de tres meses. Si estas dos gestiones resultasen infructuosas, el art. 3.7 de su Estatuto le faculta para implicar directamente al Parlamento Europeo en la resolución del caso mediante la remisión a este último de un informe especial que puede contener nuevas recomendaciones. Ésta es, no obstante, una facultad a la que sólo se recurre a propósito de cuestiones de especial relevancia.

En fin, al margen de este arsenal de instrumentos expresamente previstos en su Estatuto, el Defensor del Pueblo ha desarrollado en la práctica una modalidad adicional de fiscalización consistente en el archivo de los casos tras la pertinente investigación con observaciones críticas (art. 7 de las Normas de ejecución). Este procedimiento se emplea cuando ya no es posible corregir el comportamiento administrativo concreto que dio origen a la reclamación, pero conviene establecer de cara al futuro las pautas a las que habrán de atenerse las instituciones en supuestos similares (Söderman 1997, 357-358).

### 3. LAS PROPUESTAS RECHAZADAS POR LA CONVENCION SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

La preocupación del Defensor del Pueblo por perfeccionar los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos en la Unión Europea le llevó a defender ante la Convención una serie de

propuestas que, sin modificar el significado y alcance del derecho de reclamación, podrían haber redundado, en caso de prosperar, en un notable fortalecimiento del mismo (CONV 221/02).

Partiendo de la base de que no existen auténticos derechos sin recursos efectivos para garantizar su protección (Söderman 2003), la primera y fundamental de esas propuestas consistía en la incorporación al futuro texto constitucional de un capítulo específico sobre *vías de recurso*, mediante el que se le presentasen al ciudadano de forma clara y sistemática los distintos cauces a través de los cuales puede hacer valer los derechos que le asisten en virtud del ordenamiento de la Unión Europea, incluidos los derechos fundamentales. Entre esas vías de recurso debería figurar, además del derecho básico a entablar un proceso ante la jurisdicción competente, el derecho de someter reclamaciones en casos de mala administración, no sólo ante el Defensor del Pueblo Europeo, sino también ante sus homólogos nacionales. La propuesta se completaba con una disposición específica sobre la *Red de defensores del pueblo y órganos dedicados al examen de peticiones en los Estados miembros*, que ya funciona en la práctica desde hace años agrupando a 90 órganos de estas características de 29 países, así como con el reconocimiento al *Ombudsman* europeo de la facultad de someter al Tribunal de Justicia de la Unión aquellos asuntos relativos a la protección de derechos fundamentales derivados de sus investigaciones que planteasen cuestiones importantes de principio y que no pudiesen resolverse de otro modo.

De estos planteamientos, todos ellos rechazados por la Convención, tal vez el más polémico fuese la incorporación al Tratado de referencias a las vías de recurso nacionales en supuestos de mala administración y a los órganos encargados de tramitarlas. La insistencia del Defensor del Pueblo Europeo a este respecto viene motivada, sin duda, por las limitaciones que afectan a su cargo y que, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal de Justicia en relación con la protección de derechos fundamentales, le impiden entrar a conocer de aquellos casos de mala administración en que incurren las autoridades nacionales cuando aplican normas comunitarias; sólo es competente, en efecto, para atender las reclamaciones de los ciudadanos que han sufrido este tipo de conducta en el marco de una relación directa con las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Pero, tanto o más comprensible que esa preocupación del

*Ombudsman* europeo resulta la de los Estados miembros por no ver condicionada su autonomía a la hora de articular en sus respectivos ordenamientos internos las vías de recurso no judiciales que consideren más adecuadas (Peters 2005, 724).

En este sentido, el Tratado de Lisboa, retomando también en este punto la opción por la que en su día se decantó el Tratado Constitucional (art. I-29), se limita finalmente a codificar en el art. 19 del TUE la obligación que incumbe a los Estados miembros en relación con el establecimiento de «las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

Conviene recordar, no obstante, la importancia de la cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y sus homólogos nacionales, e incluso regionales, en la medida en que buena parte de las reclamaciones que recibe el primero resultan inadmisibles por referirse a asuntos respecto de los que son competentes estos últimos. De ahí que, con independencia de su frustrada regulación en el texto del Tratado, la mencionada Red de defensores del pueblo constituya en la práctica un instrumento de colaboración sumamente pertinente y necesario.

Por lo que se refiere, en fin, a la facultad de acudir al Tribunal de Justicia para reforzar la protección de los derechos fundamentales, la propuesta del Defensor del Pueblo corrió la misma suerte que en 1991, cuando también se planteó y fue descartada en el marco de la CIG previa al Tratado de Maastricht. Aunque los defensores del pueblo de algunos Estados miembros, como ocurre en el caso de España, disfrutaban de prerrogativas similares, continúa siendo mayoritaria la percepción de que su reconocimiento al *Ombudsman* europeo desvirtuaría la configuración de este órgano por la que se optó en el TUE. Ni el hecho de que la Carta pase a convertirse en Derecho originario de la Unión, ni el que una figura de menor envergadura institucional que el Defensor del Pueblo, como es el Supervisor Europeo de Protección de Datos, sí esté facultado para someter al Tribunal ciertos asuntos en virtud del art. 47 del Reglamento 45/2001 (DOL 8, de 12 de enero de 2001, p. 1), resultaron argumentos de peso suficiente para allanar el camino de esta propuesta en el seno de la Convención. Pese a ello, el Defensor del Pueblo Europeo no ha abandonado su reivindicación en tal

sentido y continúa abrigando la esperanza de que pueda ser atendida con motivo de una futura reforma de su Estatuto. De momento, en virtud de la reforma operada en junio de 2008 (Decisión del PE de 18 de junio de 2008 por la que se modifica la Decisión 94/262/CECA, CE, EURATOM, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, DO L 189 de 17 de julio de 2008), sus poderes de investigación frente a las instituciones y órganos de la Unión se han visto notablemente reforzados.

## BIBLIOGRAFÍA

- CADEDDU, S. «The Proceedings of the European Ombudsman». *Law and Contemporary Problems* 1 (Duke University School of Law). Vol. 68 (2004): pp. 207 y ss.
- CARMONA Y CHOSSAT, J. F. *El Defensor del Pueblo Europeo*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. INAP, 2000.
- CONDINANZI, M. «Article I-49». En L. Bourgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 1. Bruselas: Bruylant, 2007, pp. 640-652.
- DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. *Informe Anual 2005*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2006. <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- *Informe Anual 2006*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2006. <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- *Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10<sup>th</sup> anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005.
- FRAILE ORTIZ, M. *El significado de la ciudadanía europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- GARZÓN CLARIANA, G. «Holding the Administration Accountable in Respect of its Discretionary Powers: the Roles and Approaches of the Court, the Parliament and the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution*. pp. 191-209.
- HARDEN, I. «When Europeans Complain. The Work of the European Ombudsman». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Vol. 3 (2000): pp. 199-237.
- «À l'écoute des griefs des citoyens de l'Union européenne: la mission du Médiateur européen». *Revue du Droit de l'Union Européenne* 3 (2001): pp. 573-616.
- MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.
- MARIAS, E., ed. *The European Ombudsman*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 1994.
- MOREIRO GONZÁLEZ, C. «El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea». *Gaceta jurídica de la CE*. D-19, 1993, pp. 167-259.
- NIKIFOROS DIAMANDOURIS, P. «Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10<sup>th</sup> anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 217-240.

- PALOMARES AMAT, M. «El Defensor del Pueblo Europeo». *Noticias de la Unión Europea* 173 (1999): pp. 53-61.
- PETERS, A. «The European Ombudsman and the European Constitution». *Common Market Law Review*. Vol. 42 (2005): pp. 697-743.
- PLIAKOS, A. «Le Médiateur de l'Union européenne». *Cahiers de Droit Européen* 5/6 (1994): pp. 563-606.
- SÖDERMAN, J. «A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman en Route». *European Public Law* 3 (1997): pp. 351-361.
- «Le citoyen, l'Administration et le droit communautaire». Rapport général. Congrès 1998 de la FIDE. <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- «The Convention, the Charter and the Remedies». Intervención en el marco del *European Policy Centre Dialogue: The Convention and the Charter of Fundamental Rights*. Bruselas, 25 de febrero de 2003. <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- «The Early Years of the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10<sup>th</sup> anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 83-105.

ARTÍCULO 44  
DERECHO DE PETICIÓN

**Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 11, 41.4 y 52.
- TUE (TLisboa): art. 55.
- TFUE: arts. 20, 24 y 227.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, primer párrafo, y 194 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-104.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 44.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 16 relativa al apartado 2 del art. 55 del TUE (lenguas).

## COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto, junto con los arts. 20, 24 y 227 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), confirma un derecho reconocido a ciudadanos de la Unión y personas físicas y jurídicas de terceros Estados hace ya casi cuarenta años.

Se reproduce el derecho en vigor sin introducir cambios sustanciales, como tampoco los introducía en esta materia el Tratado Constitucional, aunque lo regulaba en sus tres partes. Por un lado, se contemplaba en el precepto de cabecera en materia de ciudadanía, reconociéndose expresamente el derecho en la letra d) del apartado 2 del art. I-10 (derecho «de formular peticiones al Parlamento Europeo», hoy art. 20 TFUE); sólo hacía referencia expresa al titular necesario, la ciudadanía de la Unión. Por otro, se enuncia este derecho en la Parte II (la Carta) de forma menos lacónica abarcando a todos sus posibles titulares (art. II-104; hoy art. 44 de la Carta); y en la Parte III situaba la base jurídica precisando algunas características de este derecho (art. II-334, antiguo art. 194 TCE, ahora art. 227 TFUE).

Como era un derecho ya existente, apareció mencionado en el art. 5 del primer Anteproyecto manejado por la Convención (CONV 369/02). El Grupo II que reflexionó sobre la Carta de Niza lo mantuvo, como en conjunto la Carta, tal y como fue aprobado en el año 2000; también el Pleno de la Convención. El Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos completó su redacción con la base jurídica en la Parte III (retomando el art. 194 TCE) precisando que el derecho de petición debe referirse a «un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión» que afecte directamente al solicitante (coincidente con el art. 194 TCE y con el art. 227 TFUE). La Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004 en su primera revisión hizo una ligera mejora en la redacción al eliminar la disyuntiva

va equívoca de «Todo ciudadano de la Unión o toda persona física», sustituyéndola por la conjunción copulativa y. No se trata de alternativas, sino de reconocer el derecho a unos y otros.

En definitiva, no fue una innovación del Tratado Constitucional ni del Tratado de Lisboa; el contenido sustantivo de estos tres preceptos del proyecto constitucional fracasado se corresponde plenamente con los arts. 21 y 194 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (son los arts. 20 y 227 TFUE adoptado en Lisboa). Ninguna novedad. Ni la Convención que preparó el proyecto de Tratado Constitucional ni las dos CIG (de 2004 y 2007) han introducido cambios sustanciales en este antiguo derecho cuyo origen es de acervo parlamentario.

El reconocimiento del derecho de petición es muy anterior, incluso, a la creación de la ciudadanía de la Unión por el Tratado de Maastricht. En efecto, 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 desde los años sesenta del pasado siglo y venía siendo ejercido profusamente por ciudadanos de los Estados miembros, que hacían llegar sus quejas o solicitudes al Parlamento Europeo y se había ido extendiendo a todos los residentes en la Unión Europea.

Desde hace casi medio siglo las peticiones que envía al Parlamento cualquier persona residente en el territorio de los Estados miembros se registran, siendo este registro accesible al público. Si se admitía a trámite, la petición se hacía llegar a la Comisión Parlamentaria competente, que la estudiaba, hacía las comprobaciones necesarias y elaboraba un informe, que podía dar lugar a una resolución del Parlamento Europeo. El derecho de petición podía ejercitarse de forma individual o mediante escrito colectivo recogiendo la firma de muchas personas.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht elevó el fundamento jurídico del derecho de petición, insertándolo en la institución de la ciudadanía de la Unión y extendiéndolo expresamente a nacionales de terceros países residentes en la Unión fuera del marco estricto de los ciudadanos de ésta. En efecto, además del precepto ubicado en el marco de la ciudadanía de la Unión (arts. 21 TCE y 20 TFUE), otro precepto situado en el capítulo dedicado al Parlamento Europeo, el art. 194 del TCE (art. 227 TFUE), ha preci-

sado 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 física con residencia en los mismos, independientemente de la nacionalidad, ha sido vista como algo muy progresivo.

## 2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO

Hay que destacar de este derecho que se ejerce *respecto de la Unión Europea* y no ante o frente a Estados distintos del de origen, como sucede con el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales.

El derecho de petición ante el Parlamento Europeo se inscribe en el derecho general o más amplio, reconocido a partir del Tratado de Amsterdam de 1998, de dirigirse a las autoridades comunitarias. Este derecho de acceso a las instituciones y organismos de la Unión traduce la necesidad de aproximar las instituciones a los ciudadanos y hacerlas accesibles a sus inquietudes e iniciativas. Esto permite, a su vez, a las instituciones conocer de forma directa las expectativas y las corrientes de opinión de la ciudadanía.

Por ello, el derecho de petición, aun siendo anterior, se enmarca en el más amplio de la transparencia y proximidad de la actividad comunitaria a los ciudadanos y en la necesidad de dar facilidades para acceder a la información sobre las decisiones adoptadas por las instituciones. Además, hay que reconocer que, cuando un ciudadano se dirige al Parlamento Europeo o a las restantes instituciones, no sólo lleva a su conocimiento un hecho, sino que muestra su confianza en las mismas.

A diferencia de los preceptos sobre el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales, este derecho amplía *expresamente* la titularidad a las personas jurídicas, ya sean comunitarias o de terceros países, y a las personas físicas nacionales de terceros Estados. Por tanto, toda persona que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro puede hacer peticiones al Parlamento Europeo sin que dependa del reconocimiento discrecional de su derecho por la legislación de uno u otro Estado miembro.

El art. 227 del TFUE (como el art. 194 TCE) precisa que la petición puede ser individual o colectiva y deberá versar sobre cuestiones comunitarias que afecten directamente al peticionario.

Estos límites objetivos ya eran seguidos por el Parlamento Europeo cuando este derecho tenía su base jurídica sólo en el Reglamento interno del 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.

El fracasado Tratado Constitucional regulaba expresamente en el art. III-129 la cuestión de las lenguas en las que se tiene que presentar la petición y la contestación, circunscribiendo la presentación de peticiones a las lenguas reconocidas en el art. IV-448 («lengua... española»). Los tratados vigentes no hacen referencia a la lengua de comunicación con las instituciones. Hasta ahora esa cuestión se ha regulado por el citado Reglamento interno del Parlamento Europeo, el cual permite a los ciudadanos presentar sus peticiones en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea y, además, podrán hacerlo en otras lenguas —oficial o no en una parte del territorio de la Unión— siempre que vayan acompañadas de una traducción a una lengua oficial de la Unión. También pueden ser presentadas por correo electrónico. Por tanto, no hay variación entre el régimen lingüístico del derecho de petición regulado por el Reglamento interno de Parlamento Europeo y el del art. 55 del TUE, tal como se ha modificado por el Tratado de Lisboa en el que se establecen las lenguas oficiales (*lengua española*).

España ha celebrado un Acuerdo administrativo con la Comisión (DO C 73, de 25 de marzo de 2006), pero no con el Parlamento Europeo, para que las personas que presenten una comunicación escrita en lenguas oficiales según la Constitución Española la dirijan al organismo que fijará el Gobierno, quien la traducirá al *español/castellano* —como figura en el Acuerdo— y se le reenviará a la Comisión; ésta le contestará en *español/castellano* pero la remitirá al organismo español que se encargue de las traducciones, y éste la traducirá a la lengua utilizada por el ciudadano o persona que remitió la comunicación. Es de prever que se extienda este Acuerdo a otras instituciones como el Parlamento Europeo.

En el pasado, el Parlamento Europeo rechazó con contundencia las enmiendas de eurodiputados españoles en las que se pedía que

las peticiones pudieran hacerse en lenguas reconocidas como oficiales en alguna parte de la Unión (caso del catalán, euskera y gallego). Para el Parlamento, ello entrañaría una discriminación entre los idiomas oficialmente reconocidos y los no reconocidos, además de ser el derecho de petición un derecho individual de las *personas residentes* en la Unión Europea. El Parlamento permite a *toda* persona que se exprese en su lengua, aunque no sea oficial en ninguna parte de la Unión, si bien a su petición en su propia lengua debe adjuntar una traducción o resumen (art. 191 de su Reglamento interno). El Parlamento trabaja y le responde sobre la base de esa traducción o resumen y le contesta en la lengua oficial a la que haya traducido su petición. De esta forma, se facilita a los inmigrantes de terceros países que se expresen ante el Parlamento Europeo en su propia lengua (árabe, hindi, turco, etc.). En definitiva, todas las lenguas minoritarias, sean o no oficiales, tienen los mismos derechos.

El conjunto de aspectos del derecho de petición se regula en el Reglamento interno del Parlamento Europeo con más detalle, y se precisa que se deben hacer constar todos los datos personales, domicilio, etc., de cada uno de los firmantes y en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea; las peticiones que se declaren impertinentes se archivarán notificándose a los firmantes la decisión y los motivos de la misma. Si la petición se estima pertinente, será examinada por la Comisión Parlamentaria de Peticiones, pudiéndose celebrar audiencias o hacer visitas en el lugar de los hechos, recabar documentos, información o acceso a los servicios de la Comisión. La opinión se remite a la institución competente y se informará al Pleno sobre las medidas adoptadas por la Comisión o el Consejo, en relación con las peticiones admitidas.

## BIBLIOGRAFÍA

- CHUECA SANCHO, A. «El derecho de petición de los ciudadanos de la Unión Europea al Parlamento Europeo». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 18 (1994): pp. 199 y ss.
- IBÁÑEZ MARTÍN, I. «La expansión del derecho de petición en el Tratado de Ámsterdam». *Noticias de la UE* 171 (1999): pp. 45 y ss.
- RIDEAU, J. *La transparence dans l'UE. Mythe ou principe juridique?* París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.
- SHUIBHNE, N. N. *EC Law and Minority Language Policy. Culture, Citizenship and Fundamental Rights*. La Haya: Kluwer Law International, 2004.

ARTÍCULO 45  
LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

- 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.**
- 2. Podrá concederse libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafos segundo y tercero del Preámbulo; arts. 15, 16, 21 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafo duodécimo del Preámbulo.
- TFUE: arts. 20-21, 26, 45-46, 48, 77-79 y 114.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes en la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 18, 39, 43, 49, 61-62 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-105.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 45.

## COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca*

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto reproduce y confirma un derecho consustancial al sistema económico de la integración desde su fundación en 1951 con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y posteriormente con los Tratados de Roma relativos a la Comunidad Económica Europea y al constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en la libre circulación para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia, prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión o abrir un negocio o establecimiento.

Residir en un Estado miembro para llevar a cabo esas actividades económicas, al margen de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados los años setenta al margen del poder discrecional de los Estados miembros. A ello se debe añadir el hecho de que las eventuales excepciones a ese derecho relativas al orden público, seguridad y salud públicas del art. 39.3 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (art. 45 TFUE) han sido y son interpretadas muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia. A partir de su proclamación en los arts. 39 (trabajadores), 43 (establecimiento) y 49 (servicios) del TCE (arts. 45, 49 y 56 TFUE), este derecho se ha ido extendiendo por su lógica implícita a la familia del beneficiario económico como un derecho fundamental de ambos. 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 venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a toda la sociedad.

Con la reforma del Acta Única en 1987 y su compromiso de realización plena del mercado común, verdaderamente interior y único,

se abordó 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, destacando la Directiva 90/364 que regulaba *con carácter general* el derecho de residencia para todos los nacionales que no disfrutasen de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho Comunitario y demostrasen tener unos recursos suficientes y un seguro de enfermedad; las otras directivas, la 90/365 y la 93/95, regulaban el derecho de residencia de los jubilados y pensionistas y de los estudiantes. Estas directivas estuvieron en vigor hasta el 30 de abril de 2006, fecha en la que fueron sustituidas por una única (Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, *DO L* 158, de 30 de abril de 2004).

El salto cualitativo se dio en el Tratado de Maastricht al configurar la institución de la ciudadanía de la Unión y su estatuto de derechos específicos, entre los que figura el derecho de libre circulación y residencia de *todo ciudadano de la Unión*, independientemente de la actividad económica. Con el art. 18.1 del TCE, tal como fue modificado en Maastricht (art. 21 TFUE), quedó clarificado este derecho con una base jurídica aún más sólida y de carácter autónomo.

La vigente normativa de desarrollo del derecho ha superado el enfoque sectorial y económico del derecho de libre circulación y residencia limitado hasta 1993 para los agentes económicos. La normativa anterior a 2004 tampoco facilitaba la protección de este derecho al estar dispersa y fragmentada en una multiplicidad de directivas (trabajadores y sus familias —1612/68 y 68/360—, establecimiento y prestación de servicios —73/148—, orden público —64/221—, pensionistas —90/365—, estudiantes —93/96—, rentistas —90/364—), alejadas del enfoque político de la institución de la ciudadanía de la Unión Europea.

Una nueva Directiva refunde el conjunto del Derecho derivado en vigor y lo codifica y desarrolla: la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*DO L* 229, de 29 de junio de 2004). El plazo de transposición expiró el 30 de abril de 2006. Esta Directiva fue transpuesta en España por Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en Es-

pañá de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* de 28 de febrero de 2007).

Gran parte de sus disposiciones son aplicables en la actualidad, en la medida en que refunde disposiciones en vigor o incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El derecho de libre desplazamiento y residencia no se relaciona ya con circunstancias laborales o económicas, sino que desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE), el 1 de noviembre de 1993, es un derecho universal de todo ciudadano.

La libre circulación y residencia, libertad fundamental vinculada a un hecho económico y prevista en los tratados fundacionales, se transformó en una libertad política fundada en un derecho de la ciudadanía de la Unión y vinculada a ese estatuto a partir de 1992. El derecho que reconoce el Tratado de Lisboa se corresponde plenamente con el derecho tal como fue renovado a partir del TUE de Maastricht de 1992: como un derecho no sólo de los agentes económicos (trabajadores, prestación de servicios, establecimiento), sino de todos los nacionales de los Estados miembros.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA COMPETENCIA COMUNITARIA

En al Anteproyecto de fracasado Tratado Constitucional figuraba en un solo precepto el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros como derecho de ciudadanía (entonces art. I-5, CONV 369/02). Entre las propuestas de los convencionales a ese artículo marco y relativas a ese derecho, merece la pena recordar, por ser la única, la relativa a la *apostilla* propuesta por un convencional de que la libre circulación debe hacerse en el respeto de la legislación nacional (CONV 574/1/03 rev. 1, p. 67), lo que no es criticable siempre que esa legislación sea acorde con la normativa comunitaria que desarrolla este derecho, exigencia que no estaba en la mente del proponente.

Unos meses después, en el Pleno de marzo de 2003, varios convencionales propusieron realzar las cuatro libertades como el fun-

damento de la Unión por su importancia, dedicándole uno de los preceptos iniciales, y el Praesidium se hizo eco de esa propuesta tan en la línea de la ortodoxia clásica. En el art. I-4 pretendían los proponentes reconocer la libre circulación más como un derecho fundamental con efecto directo —en palabras de los convencionales— que como una competencia (CONV 674/03, 10).

Quedaba configurado el derecho de libre circulación como un fundamento del sistema (antiguo art. I-4), como derecho fundamental de la ciudadanía (en su marco general, art. I-10, y en marco más específico, art. II-105, el actual art. 45 de la Carta); ese cometido lo cumple también tanto el art. 18.1 del TCE como el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pero sus dos siguientes apartados dotan a la Comunidad de competencia para regular las condiciones de ejercicio y sus límites. Faltaba, pues, reconducir la competencia normativa de la Comunidad para facilitar el ejercicio del derecho por cualquier ciudadano de la Unión, distinta de las bases jurídicas relativas a concretas categorías económicas —trabajadores, establecimiento y servicios—. Faltaba reubicar en la nueva estructura jurídico-institucional la atribución de la competencia normativa que prevé el art. 18.2 y 3 del TCE (art. 21 TFUE).

Una primera lectura del art. 18.3 del TCE parece excluir la competencia para regular en materia de pasaportes, documentos de identidad y asimilados, así como medidas referentes a la seguridad social o la protección social. Sin embargo, no es así en la actualidad; a pesar de su mala redacción, lo que excluye es la utilización del apartado 2, es decir, el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada para regular en tales materias. Con la nueva redacción (art. 21 TFUE) se aclara la posibilidad de usar una base jurídica, en caso de no haber una específica, en relación con tales documentos o medidas sobre seguridad social y protección social mediante un procedimiento legislativo especial (acto del Consejo y mera consulta al Parlamento Europeo).

### 3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO

En los arts. 21 del TFUE y 45 de la Carta se confirma el derecho vigente desde 1993 (art. 18 TCE): que *todos* los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Comporta no sólo el derecho a entrar y salir del territorio de los Estados miembros, residir permanentemente y desempeñar un trabajo por cuenta propia o ajena o ejercer una profesión, sino a disfrutar del conjunto de derechos previstos en el Tratado y normas de desarrollo, como los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (tal como han sido modificados), y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad (arts. 21.2 de la Carta y 20 TFUE; art. 12 TCE).

Es un derecho fundamental inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se establece como una obligación de resultado. Es, además, una norma de aplicación directa cuyo disfrute en sí mismo no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros. Todas las condiciones de ejercicio y eventuales límites deben estar previstos en el Tratado de Funcionamiento y en las normas de desarrollo.

Es un derecho individual y fundamental de todos los ciudadanos de la Unión Europea que no dependen de una determinada actividad económica (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96) ni de la pertenencia al grupo familiar del agente económico comunitario. Este derecho público subjetivo, cuya tutela jurisdiccional es exigible ante el juez, permite disfrutar a todos los ciudadanos de la Unión de la posibilidad de desplazarse por todo el territorio de los Estados miembros y decidir el lugar de trabajo y de residencia en las condiciones y límites previstos por el Derecho de la Unión. Desde la citada sentencia *Martínez Sala* o la sentencia *Grzelczyk* (TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-184/99), el Tribunal comunitario se ha servido de la institución de la ciudadanía para cohesionar los derechos económicos y sociales de todos los ciudadanos que ejercen el derecho de libre circulación y residencia en cualquier otro Estado miembro. La actividad económica ya no es trascendental y cualquier nacional de

un Estado miembro puede invocar los derechos del Tratado sin estar condicionado a una concreta actividad económica para beneficiarse el mismo ciudadano y su familia.

El estatuto común a los nacionales de los Estados miembros es el de ciudadanía de la Unión Europea, lo que les permite acceder a los mismos derechos que otros ciudadanos que se encuentren en la misma situación, cualquiera que sea su actividad laboral. La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión —afirma el Tribunal de forma lapidaria— es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast, R. c. Secretary for the Home Department*, C-413/99).

Se constata en la jurisprudencia del Tribunal comunitario que si hay una base jurídica concreta, ligada a una actividad económica (libre circulación), en la que fundar el derecho de residencia, el Tribunal no menciona el derecho *político* de la ciudadanía, y que esta base más general es la que permite igualar al conjunto de nacionales de los Estados miembros.

En efecto, es un derecho que se ejerce con algunas condiciones y límites establecidos en el propio derecho originario de la Unión, como advierte el art. 20. Aunque el art. 45 que comentamos no lo dice, hay que tener en cuenta que, cual comodín, el art. 52 de la Carta establece que todos y cada uno de los derechos reconocidos por la Carta se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas. Por ejemplo, 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 también por las disposiciones del TCE (a partir de su entrada en vigor, por el TFUE), así como por el Derecho derivado de aplicación a cada grupo (asalariados, abogados, médicos, seguros, arquitectos, etc.).

A las instituciones de la Unión sólo se las habilita para adoptar normas en la medida en que puedan *facilitar* su ejercicio y sólo en la medida en que sea necesario. Las disposiciones que adopten sobre limitaciones y condiciones se ajustarán de manera razonable a aplicar el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión en dicha materia. En materia de derechos fundamentales, en todo sistema de Estado de Derecho, las constituciones reconocen y garantizan los derechos y la misma norma constitucional establece los límites y

condiciones; lo que no se le puede permitir a la autoridad legislativa es disponer del alcance mismo del derecho o de una capacidad normativa que desnaturalice los derechos fundamentales.

El Derecho originario siempre ha regulado las condiciones y límites del ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de trabajadores, servicios y derecho de establecimiento, y para el futuro también se regula en los arts. 45 y ss. del TFUE (arts. 39 y ss. TCE). Además, se le ha reconocido competencia normativa de desarrollo, y fruto de esa habilitación son importantes normas como el Reglamento 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 sobre libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad (*DO L 257*, de 19 de octubre de 1968 —texto consolidado con las reformas posteriores de 27 de agosto de 1992, consleg. 1968R1612—) y el 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 L 142*, de 30 de junio de 1970).

O, por ejemplo, por lo que se refiere a los límites o restricciones del derecho, hay que anotar la importante Directiva 6/64 de 25 de abril de 1964, ya derogada desde el 30 de abril de 2006 (Directiva 2004/38), que fue objeto de interpretación destacada por, entre otras, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, o la de 19 de enero de 1999, *Donatella Calfa*, C-348/96 o en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, *Ministre de l'Interieur c. A. Oteiza*, C-100/01, en las que se precisan las situaciones en las que se puede limitar la residencia o denegar la entrada en el territorio nacional. Con carácter más general, el Tribunal estima que las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado «únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (sentencia de 1 de febrero de 2001, *Dennis Mac Queen y otros c. Grandvision Belgium*, C-108/96).

Como se ha señalado en el epígrafe 1, actualmente la norma básica y general que desarrolla las condiciones y límites del derecho a

circular y residir en cualquier Estado miembro (sustituyendo a la vieja Directiva 6/64 y a las Directivas de 1990), es la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004 (DOL 158, de 30 de abril de 2004) cuyo plazo de transposición fue el 30 de abril de 2006, estando pues en plena vigencia.

El derecho de residencia de todo ciudadano no se ejerce independientemente de la situación económica y la cobertura sanitaria y social. Se exige que el titular y su familia dispongan de recursos suficientes y seguro de enfermedad con el fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para el Estado miembro de acogida. De este modo, quedarían dos categorías de ciudadanos de la Unión 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 (Directiva 2004/38).

Por otra parte, los arts. 2 del TUE y 20 del TFUE confirman un principio clave en materia de libre circulación y residencia: en todos los ámbitos en que se aplican los tratados no cabe discriminación por razón de nacionalidad. Cabe recordar que gozar de los derechos de ciudadanía significa que un nacional de un Estado miembro no puede ser objeto de discriminaciones en el ejercicio de sus derechos ni por parte de las autoridades públicas ni de otros particulares en cualquier Estado miembro.

Mediante este principio de igualdad de trato invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) y ante cualquier particular (aplicable pues en las relaciones verticales y horizontales, TJCE, sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98) 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. 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; en la vida diaria ha penetrado la noción de ciudadano *comunitario* para designar a quienes no siendo nacionales del Estado de residencia tampoco son extranjeros. Así pues, la esfera de derechos y obligaciones del ciudadano de la Unión fuera del Estado del que es nacional coincide en gran medida con la esfera nacional como consecuencia de la aplicación

del derecho de no discriminación al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia.

Por ello, el objetivo de la ciudadanía de la Unión es doble: de 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.

#### 4. LA EXTENSIÓN DE DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA A LA FAMILIA DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN. EL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

También al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya antes de reconocerse la institución de la ciudadanía de la Unión, de los beneficios del Tratado a la *familia* del agente económico nacional y su equiparación a todos los efectos. La razón de la extensión de la protección al desplazamiento y residencia de su familia ha sido el respeto a su dignidad y libertad, y, de forma más concreta, el respeto a su vida familiar y la unidad de la familia. Pero los derechos de su familia derivaban y dependían del trabajador o profesional comunitario desplazado.

Desde 1992 resulta obvio recordar que, si los miembros de la familia del ciudadano comunitario son también ciudadanos comunitarios, su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros les corresponde por derecho propio; si tuvieran alguna dependencia económica, su vinculación con el ciudadano-agente económico (beneficiario del derecho de residencia con carácter principal) supliría el requisito de no ser una carga económica para el país de acogida.

Sin embargo, el derecho al respeto de la vida familiar no depende de la nacionalidad de los miembros de la familia del ciudadano comunitario. Es un bien superior que merece protección en sí mismo y no puede depender de los efectos de una actividad económica. Este derecho de reagrupación familiar tiene ciertos límites, pero el Estado debe justificar la negativa en situaciones previstas por la ley, motivadas por finalidades legítimas (necesidad social imperiosa) y

proporcionadas a esa finalidad. La familia extranjera de un ciudadano de la Unión tiene derecho a entrar y salir del territorio de un Estado miembro, y a que se le faciliten gratuitamente los visados necesarios de entrada y salida y derecho a trabajar. Gozarán de igualdad de trato en todos los ámbitos de aplicación del Tratado (Directiva 2004/38).

##### 5. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA A LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

El apartado 2 del art. 45 prevé la posible extensión de ese derecho de libre circulación y residencia a nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro. Un trabajador extranjero que resida legalmente en un Estado miembro no tiene reconocido este derecho; su derecho se circunscribe formalmente al territorio de acogida. Pero las consecuencias del espacio sin fronteras interiores, derivadas del sistema Schengen (arts. 61 y 62 TCE, arts. 67 y 77 y ss. TFUE), facilitan su libre desplazamiento. Pero la residencia y trabajo en otro Estado miembro sería ilegal si no logran el permiso correspondiente en el nuevo Estado de acogida.

La previsión de este art. 45 facilitaría el traslado de la residencia de un Estado a otro dentro de la Unión. Pero este precepto no da competencia normativa a la Unión; las bases jurídicas que permitirán regular la extensión del derecho y sus condiciones están en el marco de la política de inmigración —competencia compartida—, de un lado, en el art. 77, referido a las condiciones de libre circulación y estancias por cortos períodos de tiempo; de otro, en el art. 79 se atribuye competencia para establecer las condiciones de la libre circulación y residencia de la larga duración de los nacionales de terceros países. A su vez, el art. 153.1 g) del TFUE reconoce a la Unión una limitada competencia de apoyo o complemento normativo en relación con las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países.

En el caso de residentes de larga duración la competencia se ejerció mediante la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L* 16, de 2004, p. 44). En

ella se regulan las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, así como los derechos correspondientes, y, por otra parte, las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto. Su plazo de transposición se agotó el 23 de enero de 2006 sin que haya sido transpuesta en España, habiendo constatado el Tribunal de Justicia esta infracción (TJCE, sentencia de 15 de noviembre de 2007, *Comisión c. Reino de España*, C-59/07) al no haber adoptado España las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva.

Interés especial tiene la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros (*DO L* 251 de 3 de octubre de 2003). También tienen interés la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y el Reglamento CE número 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con un visado de larga duración (*DO L* 149, de 2 de junio de 2001). Otras directivas regulan situaciones específicas (estudiantes, Directiva 114/2004 e investigadores, Directiva 71/2004).

Finalmente, el art. 153.1 g) del TFUE reconoce a la Unión una limitada competencia de apoyo o complemento normativo en relación con las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, A. «La evolución del Derecho a la libre circulación de personas y trabajo. La incompleta culminación de Amsterdam». *Noticias de la UE* 204 (2002): pp. 45 y ss.
- CANDELA SORIANO, M. «Les exigences linguistiques: une entrave légitime à la libre circulation?». *Cahiers de Droit Européen* (2002): pp. 9-44.
- CARRERA, S. «What does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?». *European Law Journal* 6 (2005): pp. 699-721.

- CRESPO NAVARRO, E. «La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 18 (2004): pp. 531-552.
- FERRER I GÓMEZ, A. *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la UE*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, 2001.
- LIROLA DELGADO, I. «El código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007).
- MANGAS MARTÍN, A. «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE: una aproximación a las dificultades de la movilidad». *GJ de la UE y de la competencia* 204 (1999): pp. 9-20.
- «La familia extranjera del ciudadano de la Unión: una inmigración privilegiada». *Estudios sobre derecho de extranjería*. Madrid: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 325-359.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2002.
- MATTERA, A. «“Civis europaeus sum”. Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8A du traité CE». *Revue du Marché Unique Européen* 3 (1998): pp. 5 y ss.
- PAPAGIANNI, G. «Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism Towards a Community Policy». *Yearbook of European Law*. Vol. 21 (2002): pp. 107-162.
- POIARES MADURO, M. «Harmony and Dissonance in Free Movement». *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Vol. 4 (2001): pp. 315-341.
- REICH, N. «The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union». *European Law Journal* 6. Vol. 11 (2005): pp. 675-698.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. del M. «¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de junio de 2006». *Parlamento Europeo c. Consejo, C-540/2003*, *Revista General de Derecho Europeo* 12 (2007).
- WEISS, F. y F. WOOLDRIDGE. *Free movement of persons within the European Community*. Nueva York: Aspen Publishers, 2007.

ARTÍCULO 46  
PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

**Todo ciudadano de la Unión podrá 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 este Estado.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 52.2.
- TUE (TLisboa): art. 35.
- TFUE: arts. 20, 23 y 221.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 20 del TUE y 20 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-106.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 46.

## COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este artículo reproduce fielmente el primer párrafo del art. 20 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y es idéntico al art. 46 de la Carta tal como se aprobó en Niza (2000). El segundo párrafo del art. 20 del TCE constituye el art. 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el que se confiere la competencia normativa para regular el ejercicio del derecho.

Este derecho fue reconocido por vez primera en el Tratado de Maastricht de 1992. La propuesta de este derecho específico fue hecha por el Gobierno de España en el marco de su proyecto de una ciudadanía europea.

El texto aprobado en Maastricht (art. 20 TCE) reconoce el 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».

## 2. LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO

La mención expresa a la protección diplomática y consular como derecho específico de la ciudadanía de la Unión figuraba en el primer Anteproyecto de Tratado presentado por el Praesidium de la Convención en el antiguo art. 5 (definitivo art. I-10.2 c). Los miembros de la Convención no presentaron enmiendas relacionadas con este particular derecho ni experimentó variación alguna durante el debate en la fase preparatoria de la Convención. Como la Parte II de la Constitución no fue objeto de debate en esa Convención sobre el Futuro de Europa, ya que la Carta de los De-

rechos Fundamentales, en su conjunto, fue insertada en el Tratado Constitucional.

Ya muy avanzados los trabajos de la Convención, el Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos, encargado de adaptar las normas materiales e institucionales de los tratados para conformar la Parte III (las políticas materiales y el funcionamiento, hoy TFUE), presentó un proyecto relativo a la instrumentación del ejercicio del derecho: la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio del derecho, habilitando al Consejo para adoptar una ley europea con previa consulta no vinculante al Parlamento Europeo. En el mismo documento, pero en el art. III-202, se concretaba la obligación de medio de llevar a cabo negociaciones internacionales con terceros Estados conducentes a esa protección y encargaba a las misiones diplomáticas y consulares la ejecución de la obligación de protección (CONV 802/03, 12 de junio de 2003). Dicha presentación no suscitó ninguna reacción de los convencionales (CONV 812/03 COR1), si bien el Praesidium decidió eliminar de la redacción definitiva la alusión a la concreta obligación de llevar a cabo negociaciones internacionales, sin que se pueda conocer explicación alguna (CONV 848/03, 9 de junio de 2003).

En la fase decisoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG), la primera revisión del proyecto de la Convención fue encargada al Grupo de Expertos Jurídicos de la Secretaría de la CIG de 2004, sin que presentara observación alguna a los diversos preceptos en las tres partes, relacionados con la protección diplomática y consular. Sin embargo, poco después de los primeros debates entre las delegaciones, se acordó reinsertar —en lo que es el definitivo párrafo segundo del art. 23 TFUE— la previsión del Derecho vigente relativa al compromiso de los Estados de entablar las negociaciones internacionales necesarias para garantizar la protección del derecho (CIG 50/03, 25 de noviembre), que había figurado en la adaptación que hizo el Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos de las instituciones, y que fue retirada sin explicación alguna por el Praesidium de la Convención. También la CIG de 2004 decidió hacer algunas modificaciones técnicas en la redacción final del art. III-306 (art. 35 TUE Lisboa) sustituyendo el término *ejecución* del derecho previsto por *aplicación*, que es propiamente lo que se encarga a las misiones diplomáticas y consulares. Las medidas de ejecución son

competencia para la que se habilita al Consejo en el art. 23. Obsérvese que ambas bases jurídicas no mencionan el art. 46 de la Carta sino el art. 20 del TFUE, que es realmente el precepto base o cabecera en materia de derechos vinculados a la ciudadanía.

Finalmente, al igual que sucede con otros derechos específicos de la ciudadanía, su regulación se hace en tres fases o niveles: por un lado, la primera previsión del reconocimiento del derecho de protección diplomática y consular se hace en el art. 20 del TFUE; la segunda referencia es el art. 46 de la Carta de Niza; y por otro, el art. 23 que prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias, incluidas las negociaciones internacionales pertinentes, para garantizar el ejercicio del derecho, y habilita al Consejo de la Unión Europea, que encarga a las misiones diplomáticas y consulares la aplicación efectiva del derecho de protección diplomática y consular.

### 3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO

Por medio de este derecho, se trata de plasmar la solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros con la ciudadanía de la Unión, en el caso de que el nacional de un Estado miembro precise asistencia y protección y *no haya embajada o consulado de su Estado de origen en el lugar en que se encuentre*. Si esto sucediera, entonces las embajadas o consulados de los otros Estados miembros se la prestarán como si se tratara de un nacional de ese Estado. Es un derecho que se reclama y se ejerce no ante la Unión sino ante los *otros* Estados miembros. No muestra vínculo directo de la ciudadanía con la Unión, sino la obligación de los Estados miembros con los nacionales de los otros Estados. Del hecho de la pertenencia de su Estado a la Unión se deriva su derecho a la protección consular y la obligación para el Estado miembro requerido.

El origen y antecedentes hay que situarlos en la experiencia habida durante los primeros meses de la guerra provocada por la invasión iraquí de Kuwait (2 de agosto de 1990) cuando al amparo de la inviolabilidad diplomática se protegió a nacionales de diversos Estados miembros. Pero en el art. 20 del TCE, como en el art. 23 del TFUE, segundo párrafo, se distingue que el reconocimiento de la

asistencia y protección que prestarán las embajadas y consulados de forma habitual será distinto del refugio en situaciones excepcionales —fundado en la inviolabilidad que no repara en la nacionalidad del beneficiario— y precisará de acuerdos específicos con terceros países. A tal fin, el art. 20 del TUE (art. 35 TUE Lisboa), relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), obliga a la coordinación de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros.

Conviene clarificar que la protección diplomática y consular a la que se refieren la Carta y los tratados, como señaló C. Jiménez Pieras (1993, 31-41), no es la protección diplomática *stricto sensu*, es decir, formal y estricta en el sentido de una reclamación ante otro Estado por el trato internacionalmente ilícito de que puedan haber sido objeto sus nacionales; se trata de una protección en un sentido general y amplio en la que se combinan y confunden actividades de gestión y actividades de naturaleza diplomática y consular.

Esta clarificación se vio confirmada por el desarrollo del derecho mediante una Decisión de 1995 (Decisión 95/353 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 19 de diciembre de 1995, *DO L* 314, de 28 de diciembre de 1995): su disfrute se circunscribe a la *asistencia consular* en el sentido tradicional: asistencia en casos de fallecimiento, de accidente o enfermedad graves, en caso de arresto o detención, asistencia a víctimas de actos de violencia y el socorro y la repatriación de nacionales de la Unión en dificultad. Aunque el art. 20 no dejaba dudas al respecto, se confirma que el beneficio de la asistencia consular ante cualquier representación diplomática o consular se producirá si no existe representación permanente accesible o no hay un cónsul honorario accesible y competente. Los solicitantes deberán acreditar la nacionalidad de un Estado miembro y comprometerse a reembolsar al Gobierno del Estado miembro de su nacionalidad la totalidad del anticipo o de la ayuda económica o gastos efectuados por el Estado que le preste la asistencia, si bien éste será compensado por el Estado miembro del que es nacional la persona asistida. Como complemento a la Decisión de 1995, en la Decisión 96/409/PESC de 25 de junio de 1996 (*DO L* 168, de 6 de julio de 1996) se crea el Documento Provisional de Viaje que se expedirá a los ciudadanos de la Unión en dificultades en un tercer país, por

haber perdido o haberles sido robada su documentación, y que será válido para el regreso a su Estado de origen o de residencia.

El art. 23 del TFUE incluye una previsión que supone un cierto valor añadido respecto del Derecho vigente dado que éste no prevé una base jurídica, es decir, no da competencia a ninguna institución para dar desarrollo normativo a este derecho. Por ello, en 1995 se adoptó una Decisión de los Representantes de los Estados, una decisión sui generis, cuya naturaleza jurídica internacional es un acuerdo en forma simplificada. En efecto, este precepto da competencia normativa al Consejo para adoptar directivas, a propuesta de la Comisión, que establezca las medidas necesarias para facilitar la protección; esta directiva del Consejo sólo requerirá la previa consulta del Parlamento Europeo (tal como preveía también el Tratado Constitucional). Fue una lástima que, con ocasión de un Tratado como el constitucional que pretendía democratizar más la toma de decisiones, no propusieran los convencionales una mayor participación en la elaboración de la norma de desarrollo en el futuro y un mayor control del Parlamento en la correcta aplicación y promoción del derecho, ampliamente desconocido por la ciudadanía. En el Tratado de Lisboa se ha mantenido sin cambio alguno.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 11 (2006): pp. 11 y ss.
- CARRERA HERNÁNDEZ, J. «Protección diplomática y responsabilidad extracontractual de la CE en el ámbito pesquero». *Noticias UE* 161 (1998): pp. 27 y ss.
- CRESPO NAVARRO, E. *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. «La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea». *Revista de Instituciones Europeas* 1 (1993): pp. 9 y ss.
- «La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam». *Acción exterior de la Unión Europea y comunidad internacional*. Madrid, 1998, pp. 219 y ss.
- «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea». En F. Mariño Menéndez, dir. *Derecho internacional y tratado constitucional europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 449 y ss.
- VILARINO PINTOS, E. «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea». *Revista de Instituciones Europeas* 2 (1995): pp. 417 y ss.