

DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO JURIDICO
DEL ESTADO

XVI JORNADAS DE ESTUDIO

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA
EN EL ORDENAMIENTO
COMUNITARIO EUROPEO

(I)

VOLUMEN I



MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES
1995

NIPO: 060-94-031-X

ISBN: 84-7787-395-X (Tomo I)

ISBN: 84-7787-397-6 (Obra completa)

Depósito legal: M. 32.689 - 1995

Impresión: ARTEGRAF, S.A.

Sebastián Gómez, 5 - 28026 Madrid.

XVI JORNADAS DE ESTUDIO

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO (I)

VOLUMEN I

PRIMERA CONFERENCIA
LANDELINO LAVILLA ALSINA

COMUNICACIONES

Antonio Javier Adrián Arnáiz	Desamparados Llombart Bosch
Rafael Alcázar Crevillén	Nicolás Martí Sánchez
Jordi Barrat i Esteve	Pablo Mayor Menéndez
Francisco Bueno Arús	Rafael de Mendizabal Allende
Carlos Carrasco Canals	Milagros Otero Parga
Angela Figueruelo Burrieza	Nicolás Pérez Sola
Francisco García Gómez de Mercado	Miguel Revenga Sánchez
María Paz García Rubio	Juan Manuel López Ulla
Juan José González Rivas	Manuel Rivero González
Santiago González-Varas Ibáñez	Enrique Ruíz Vadillo
Manuel Iglesias Cabero	José Antonio Sánchez Galiana
Carlos María López Espadafor	Sergio Santillán Cabeza
José Luis López González	Juan Antonio Sardina Páramo

SEGUNDA CONFERENCIA
RAMON M.^a LLEVADOT I ROIG

COMUNICACIONES

Luis Amat Escandell	Alberto Pérez Calvo
María Asunción Asín Cabrera	José María Reyes Monterreal
Jasone Astola Madariaga	Angel Rodríguez-Vergara Díaz
Merce Barcelo Serramela	Alberto Ruiz-Gallardón
Juan Carlos Fernández de Aguirre	Blanca Sillero Crovetto
Ana Isabel González González	José Tudela Aranda
Luis Javier Gutiérrez Jerez	Jaume Vernet i Llobet
Fernando Irurzun Montoro	Juan Zabía de la Mata
José Ignacio López González	

TERCERA CONFERENCIA
MANUEL ARAGON REYES

COMUNICACIONES

Alfredo Allué Buiza	Fernando Díez Moreno
José Antonio Alonso de Antonio	Francisco Puy
Manuel Bonachela Mesas	Carlos Ruiz Miguel
Susana Ruiz Tarrías	Angel Sánchez Blanco

SUMARIO GENERAL DE LA OBRA

La presente obra, en sus dos volúmenes, recoge los textos de las Conferencias y Comunicaciones presentadas a las XVI Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española y el ordenamiento comunitario europeo, celebradas en Madrid los días 13 a 16 de Diciembre de 1993.

Finalmente, el nuevo art. 13.2 obligará muy probablemente a renegociar los cuatro tratados suscritos con los Países Bajos, Dinamarca, Noruega y Suecia, para incorporar el derecho de sufragio pasivo de sus nacionales residentes en España, y es fácil suponer que se celebren tratados similares con otros Estados europeos si el proceso de Maastricht comenzara a retrasarse más allá de las previsiones iniciales.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO A LOS NO NACIONALES **A propósito de la Declaración del Tribunal Constitucional** **de 1 de Julio de 1992**

MANUEL BONACHELA MESAS
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUSANA RUIZ TARRÍAS
Becaria de Investigación. Area de Derecho Constitucional
Universidad de Almería

INDICE

- I. INTRODUCCION
- II. DIMENSIONES MAS RELEVANTES DE LA REGULACION DE LOS "DERECHOS FUNDAMENTALES" EN LA COMUNIDAD EUROPEA
 - a) La existencia de una proclamación expresa
 - b) Los "principios generales" como instrumentos de protección en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- III. EL RECONOCIMIENTO DE LA "CIUDADANIA DE LA UNION" EN EL PROCESO DE LA UNION POLITICA EUROPEA
 - a) El *status* jurídico-político de "ciudadano de la Unión"
 - b) El derecho de sufragio pasivo de los "ciudadanos de la Unión" en las elecciones municipales
- IV. LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL ARTICULO 8B DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA: EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

A finales del siglo pasado, A. Posada afirmaba que en la "génesis de la concepción moderna (francesa) del Derecho Político" se encuentran tanto la Constitución inglesa —en su origen—, como Montesquieu —su "propagador"—, la Constitución de los Estados Unidos —"la primera manifestación del Derecho constitucional escrito"— y la Constitución francesa de 1971 —"hecha bajo la acción de la norteamericana" (1).

Tomando en consideración las más recientes aportaciones de la época, analizaba el significado del "congregacionismo" en el nacimiento de las Constituciones escritas, al mismo tiempo que consideraba la Constitución francesa de 1971 como "el centro de donde irradia luego todo el Derecho constitucional moderno", y a Francia como el país que "acaba de imponer la moda de una Constitución escrita y quien asienta reflexivamente la diferenciación del Derecho constitucional".

En este sentido, subrayaba que si el principio, o la idea, de una Constitución escrita, en sentido "moderno", proviene de la metrópoli, de Inglaterra, "las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo", que constituyeron, por tanto, "derecho vivido y aplicado", fueron las "Constituciones que se dieron las colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa". La Asamblea Nacional Francesa tan sólo realizó, desde su punto de vista, "una imitación" de aquéllas, al codificar su obra "imponiéndola como ley al Rey en nombre de la nación soberana" (2).

De este modo, subrayaba el relevante papel que tuvo en este proceso la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que precede a la Constitución de 1971, tanto por su influencia en el texto de ésta como, sobre todo, porque, como se afirmaría años más tarde, define la esencia misma de la "técnica constitucional".

(1) POSADA, A.: "Los orígenes de las Constituciones escritas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 41, Tomo LXXXIII, 1983, págs. 440-441.

(2) POSADA, A.: "Los orígenes de las Constituciones escritas", *op. cit.*, pág. 441.

En efecto, aquella Declaración sería considerada por A. Posada "indiscutiblemente el momento crítico de la acción expansiva", aquel "momento supremo en que la idea innovadora que entraña se concreta en fórmulas jurídicas, definidas, las cuales, bajo el influjo de un conjunto de causas diversas, se difunden y propagan, reforzando el sistema político de la Europa continental y de rechazo, de una parte de América, la América Latina" (3).

Hasta el extremo de que, afirmaba, "la esencia jurídica del régimen constitucional" se encuentra contenida en las Declaraciones de Derechos. Un "régimen constitucional" que no sólo tiene "una significación interna", sino también una "forma", estimando, en este último sentido, que las Declaraciones de Derechos tienen "un alcance, una significación y un valor análogos" a los "documentos legislativos" en que se ha "producido" el "régimen constitucional": las Constituciones, "elaboradas expresamente como derecho del Estado" (4).

Aquella Declaración, afirmaría G. Jellinek, no es una "imitación servil" de las Declaraciones americanas, aunque coincide "por completo" con ellas "en la fijación de los límites precisos del poder del Estado" (5). No procede de las doctrinas sobre el "contrato social", sino de la petición realizada por Lafayette en la Asamblea Nacional, el 11 de julio de 1789. No se elabora bajo el influjo de la Declaración de Independencia norteamericana (6), sino de la Declaración de Virginia y, en general, de las Declaraciones elaboradas por las colonias americanas (7) que, por lo demás, presentan "abismales" diferencias respecto a las más "célebres leyes inglesas", porque tienen su origen en las ideas democráticas que se encontraban en la "base de la constitución de la Iglesia reformada", desde finales del siglo XVI en Inglaterra (9), aunque será durante el siglo XVIII, al hacerse explícito el "grave conflicto de intereses económicos" entre las colonias y la metrópoli, cuando adquieran un "nuevo sentido" las "antiguas concepciones puritanas e independentistas" (10).

(3) POSADA, A.: "Estudio Preliminar", en JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, pág. 17.

(4) POSADA, A.: Estudio Preliminar, *op. cit.*, págs. 37-38.

(5) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, págs. 134-135.

(6) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, págs. 102-104.

(7) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, págs. 108-111.

(8) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, pág. 138.

(9) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, pág. 151.

(10) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, pág. 177.

En definitiva, se trataba, en opinión de G. Jellinek, de "uno de los acontecimientos más importantes de la revolución francesa", en tanto que era cualitativamente diferente a cualquiera de las declaraciones anteriormente conocidas y porque, entre otros extremos, "bajo su influjo se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el Derecho positivo de los Estados del Continente europeo" (11).

Más aún, años más tarde, B. Mirkine-Guetzévitch afirmaría que es la "técnica constitucional" de la Declaración de 1789 la que le hace ser la "fuente fundamental del Derecho constitucional moderno" (12).

En este contexto, efectuar algún tipo de aproximación al análisis jurídico-constitucional de alguno de los derechos y/o libertades reconocidos en algún tipo de "Declaración" de un ordenamiento jurídico de carácter no estatal exigiría, desde un punto de vista constitucional, analizar, en principio la "técnica" seguida para su reconocimiento y protección, así como la naturaleza jurídica del instrumento utilizado para ello, aunque sólo sea con objeto de contrastarse con la "técnica constitucional" que ha definido el proceso de consolidación del Derecho constitucional como disciplina científica y académica, jurídica.

Todo ello, sin olvidar la trascendencia que, a estos efectos, podría tener analizar las consecuencias del debate originado por la posibilidad de diferenciar entre un "constitucionalismo antiguo" y otro "moderno" y, desde luego, las implicaciones que conlleva la propia definición de Estado sobre la delimitación, contenidos y efectividad, desde luego jurídica —por tanto, sobre su propia existencia—, de tal "técnica" (14).

Sin embargo, con el presente trabajo tan sólo se pretende desarrollar una aproximación inicial, desde el punto de vista jurídico-constitucional, a algunos de los problemas derivados del reconocimiento —en un sentido u otro, con una u otra forma—, de un derecho de ciudadanía en el proceso de unión política europea, así como sobre algunas de las repercusiones que ese reconocimiento pueda implicar en el ordenamiento constitucional de Estados como el

(11) JELLINEK, G.: *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *op. cit.*, pág. 89.

(12) Cfr. MIRKINE-GUETZEVITCH, B.: *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Madrid, Editorial Reus, 1934.

(13) Cfr. McILWAIN, Ch. H.: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(14) Como es conocido, M. Weber definía al Estado como "una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquéllos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema" (*Economía y Sociedad*, segundo volumen, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pág. 1060).

nuestro, en los que el principio de representación política constituye un elemento esencial para determinar su carácter democrático.

De este modo, las páginas que siguen tan sólo pretenden ser una primera aproximación que intenta mantener los elementos más característicos de la "técnica" antes descrita, indagando sobre el grado de reconocimiento del mencionado derecho de ciudadanía, la categoría formal del texto en el que se contiene y la medida en que tal documento puede considerarse como una "Declaración" al estilo clásico —por tanto, de las consecuencias jurídico-constitucionales que conlleva su mera (in)existencia— para, finalmente, analizar el marco jurídico utilizado para dotarlo de efectividad en nuestro ordenamiento interno y algunos de los problemas más explícitos que podría plantear el discurso jurídico seguido para esa incorporación a nuestro ordenamiento constitucional.

II. DIMENSIONES MAS RELEVANTES DE LA REGULACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA COMUNIDAD EUROPEA

a) La inexistencia de una proclamación expresa

Probablemente la primera nota característica a deducir del examen de los "derechos fundamentales", como posible categoría conceptual y jurídica, en la Comunidad Europea, deriva de la inexistencia de un "catálogo" o "Declaración de derechos" en el ámbito comunitario.

En este sentido, señala L. M.^a Díez Picazo que los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas se "limitan a proclamar las llamadas cuatro libertades básicas", es decir, la libertad de circulación de trabajadores, la libre circulación de capitales, así como la libre circulación de bienes y servicios (15).

Sin embargo, junto a estas cuatro libertades básicas —de carácter marcadamente económico, acorde con los orígenes de la Comunidad Europea—, se encuentran asimismo garantizados derechos concretos que guardan una estrecha conexión con aquéllas, entre las que se habían de mencionar las siguientes:

1) El artículo 7 del Tratado CEE prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad.

2) El artículo 40.3 del Tratado CEE excluye toda discriminación entre productores y consumidores dentro del marco de una política agrícola común.

(15) DIEZ PICAZO, L. M.^a: "¿Una Constitución sin declaración de Derechos? Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, mayo-agosto, 1991, pág. 137.

3) El artículo 119 del Tratado CEE obliga a los Estados miembros a aplicar el principio de la igualdad de remuneraciones entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (16).

4) Incluso, afirma A. Dausés, si bien "los Tratados no protegen expresamente la propiedad privada", es posible encontrar referencias al derecho de propiedad, como por ejemplo la norma que prevé que "las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros pueden ser justificadas con el fin de proteger la propiedad industrial y comercial" (artículo 36 del Tratado CEE), o bien el artículo 222 del Tratado CEE, según el cual éste "no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros" (17).

Sin embargo, no es posible encontrar en los Tratados constitutivos referencia alguna a los "derechos fundamentales" como categoría jurídica y, menos aún, un elenco de los que son considerados como tales en el marco comunitario. Esta ausencia —cuya trascendencia para la configuración de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario resulta esencial—, posee una "explicación histórica" que viene determinada por el hecho de que, como ha manifestado A. Chueca Sancho, la preocupación básica que alentaba a los redactores de los Tratados de París y de Roma se centraba en el "ámbito económico", de ahí que, incluso la vertiente social contenida en los Tratados constitutivos aparezca claramente tributaria del aspecto económico, pues su finalidad esencial —aunque no exclusiva— era la "integración económica" (18).

En este contexto, una primera aproximación a la consideración de los "derechos fundamentales" en la Comunidad Europea pone de manifiesto que la construcción jurídica de los mismos ha sido realizada esencialmente por el

(16) En este sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1.976, Caso "Defrenne", el Tribunal, "partiendo de la diferencia de grado de evolución de las legislaciones sociales en los diferentes Estados miembros", considera que el artículo 119 del Tratado CEE tiene como función evitar que, "en el seno de la competición intracomunitaria, las empresas establecidas en los Estados que han realizado de manera efectiva el principio de igualdad de remuneración no sufran una desventaja desde el punto de vista de la competencia en relación a las empresas situadas en Estados que no han eliminado todavía la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina". Al mismo tiempo, pone de manifiesto que dicho precepto forma parte de los objetivos sociales de la Comunidad, "ya que esta última no se limita a una unión económica", sino que, al mismo tiempo, y a través de una acción común, debe asegurar "el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal y como afirma el preámbulo del Tratado" (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 23, 1983, pág. 340).

(17) DAUSES, A.: "La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario", trad. por E. Vallejo y J.J. Martínez Murillo, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-14, 1991, pág. 362.

(18) CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 7.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de donde proviene, como característica básica de tales derechos, el carácter casuístico de su configuración jurídica, además de la trascendencia que implica el hecho de que no exista—con carácter más o menos extenso, más o menos preciso—, una “positivación” de los mismos en una norma con rango jurídico similar y/o superior al resto de las normas jurídicas del ordenamiento comunitario, dadas las consecuencias que tal hecho implica respecto a su posible “reestatalización” y a la “renacionalización” del ordenamiento comunitario en este ámbito.

Ante esta situación —a la que el Acta Unica Europea de 17 de febrero de 1986 sólo añade en su Preámbulo que los países de la Comunidad están decididos “a promover conjuntamente la democracia basándose en los derechos fundamentales sancionados en las Constituciones y en las leyes de los Estados miembros, en la Convención para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social”—, parece razonable que se plantee la “ineludible” necesidad de adoptar no sólo un “catálogo” comunitario de “derechos fundamentales”, sino también —especialmente cuando los Tratados constitutivos no atribuyen expresamente la competencia para llevar a cabo la protección de los derechos individuales a la Comunidad Europea—, la necesidad de un sistema comunitario de protección jurídica de los mismos que haga posible la aplicación primaria y uniforme del ordenamiento comunitario.

Sin embargo, la posible adopción de una “lista” o “carta” de derechos conlleva importantes repercusiones, no sólo políticas sino también de carácter técnico-jurídico (19), sin mencionar que la misma ausencia de una “declaración de derechos comunitaria”, en términos de L. M.^a Díez Picazo, impide la función de “integración” y de “legitimación” que los derechos fundamentales desarrollan respecto al ordenamiento, entendidas tales funciones no ya sólo “en su sentido más superficial de creación de una conciencia común europea”, sino también como “opción política y jurídica”.

En este sentido, el problema de mayor envergadura no provendría de la concreción de tales “derechos fundamentales”, puesto que sería posible encontrar un catálogo mínimo sobre la base de los principios que sustentan a los ordenamientos liberal-democráticos (20), sino, en opinión de L. M.^a Díez Pi-

(19) Tanto respecto a los derechos a incluir como también, según señala K. LENAERTS, en relación al modelo de protección de los mismos que se puede adoptar en el marco comunitario (Cfr. “Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue”, *European Law Review*, octubre, 1991, págs. 367 y ss.).

(20) Aunque, a juicio de L. M.^a DIEZ PICAZO, ello no suponga más que una común “concepción política” de los derechos fundamentales en los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea (“¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea”, *op. cit.*, pág. 151).

cazo, de la “determinación de su contenido”, es decir, “el alcance de esos derechos” que, afirma, difícilmente puede ser identificado de manera uniforme en todos los Estados miembros, aunque sólo sea por las propias diferencias de “definición textual” de los mismos, la “distinta práctica judicial”, así como por la “profunda diversidad de estructura constitucional entre los Estados” (21).

De este modo, la propuesta considerada más viable —dentro de la actitud de “cautela” que caracteriza la toma en consideración de este problema por las instituciones comunitarias y a la espera de la elaboración de un catálogo propiamente comunitario— viene a ser la posibilidad de adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

En efecto, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, además de “proclamar” ciertos derechos y libertades fundamentales, tiene por finalidad el “aseguramiento” o “garantía” de los mismos, de modo que su asunción por la Comunidad Europea proporcionaría un elenco positivizado de derechos sobre los que operar —y cuya posición en el ordenamiento comunitario sería sin duda superior al Derecho derivado—, pero esa adhesión conllevaría una serie de problemas derivados tanto de la distinta realidad a la que responden el Convenio y la Comunidad Europea como de las diferentes “técnicas jurídicas” seguidas por ambos, ya que, según ha constatado G. Recchia, el Convenio se manifiesta en una terminología “más cercana a la cultura del Common Law que a la del Civil Law” (22).

Además, la adopción del catálogo de derechos contenidos en el Convenio podría estimarse claramente parcial porque, como afirma J.A. Carrillo Salcedo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos únicamente se recogen “derechos de aplicación inmediata y suficientemente precisos”, criterios a los que, en su opinión, difícilmente pueden adecuarse los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto que “facultades o poderes de exigir prestaciones por parte de la comunidad y de los poderes públicos”, cuya realización es, por tanto, “relativa y progresiva”, de ahí que su especial naturaleza exija, en su opinión, “instrumentos específicos de protección y promoción” (23).

(21) DIEZ PICAZO, L. M.^a: “¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea”, *op. cit.*, pág. 149.

(22) RECCHIA, G.: “Derechos fundamentales e integración europea: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, enero-marzo, 1992, pág. 54.

(23) CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, 1991, págs. 433-434.

Todo ello, al margen de la especial problemática que plantea la diferenciación entre derechos civiles y políticos —en tanto que derechos individuales—, y derechos económicos, sociales

Por tanto, si en el sentido “clásico” las Declaraciones de Derechos coinciden con la denominada “parte dogmática” de las Constituciones, es decir, según señala A. Posada, definen “con amplitud diversa, una esfera de libertad, de independencia en la vida íntima de la personalidad humana, frente a la acción del Poder público”, a partir de la idea de “los Derechos subjetivos, propios, naturales, del individuo en el Estado, y que se estiman incluso anteriores a éste” (24), difícilmente el conjunto de derechos reconocido por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas puede asimilarse a una Declaración de Derechos en el sentido antes descrito, máxime cuando en dichos Tratados es posible encontrar positivizados determinados ámbitos de los derechos de libertad, de igualdad y de propiedad de los ciudadanos de los países miembros, pero su consagración no se fundamenta sobre la noción de “hombre” en tanto que individuo sino, específicamente, en su condición de “trabajador”, “productor”, “consumidor”, “propietario industrial y comercial”, “nacional de un Estado miembro”, etc.

De otra parte, el carácter limitado de los derechos reconocidos en el marco de las Comunidades Europeas ha dado lugar a que la construcción jurídica de los “derechos fundamentales” en el ámbito europeo se fundamente sobre la categoría de los “principios”, una “técnica” radicalmente distinta a la utilizada en el ámbito jurídico-constitucional, lo cual conducirá a unas consecuencias jurídicas singularmente relevantes.

En primer lugar, la identificación de los “derechos fundamentales” por referencia a una categoría de “principios”, no permite distinguir, en el ámbito europeo, entre “principios constitucionales” y el resto de los “principios jurídicos”, como ocurre en ordenamientos jurídicos como el nuestro, permitiendo la elaboración de conceptos cuya trascendencia jurídica resulta radicalmente diferente.

Baste con mencionar, en este sentido, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento interno, que para un autor como M. Aragón, los “principios constitucionalizados” adquieren la naturaleza propia de la norma que los contiene,

y culturales —como derechos colectivos—, cuestión que, a juicio del autor, no conduce más que a una “relativización de los derechos civiles y políticos” que es del todo contraria al “carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (*op. cit.*, pág. 434).

Sin embargo, para L. PHILIP, el carácter indivisible de la noción de “derechos del hombre” “no es incompatible con la existencia de una cierta jerarquización de estos derechos” que, en el plano internacional, se manifiesta a través de la afirmación de “ciertos derechos fundamentales” a los cuales no se puede de ningún modo atentar, tales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud, la irretroactividad de las normas penales, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, etc.” (“Droit constitutionnel et droits de l’homme”. *Rapports français au II Congrès Mondial de l’Association Internationale de Droit Constitutionnel*. París: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1987, págs. 253-254).

(24) POSADA, A.: *Tratado de Derecho político*, Tomo segundo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935, pág. 27.

es decir, el carácter de “Derecho fundamental del ordenamiento”, constituyendo, por tanto, “principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico” (25) en relación al resto de los principios jurídicos, de tal modo que, afirma, su especial relevancia determina su procedimiento de “conformación doctrinal y jurisprudencial”, pues, en su opinión, de su consideración como auténticas normas jurídicas se deriva su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 1 del Código Civil (26).

Por su parte, los principios generales del Derecho, si bien conforme al artículo 1, párrafo primero del Código Civil, son “fuente del ordenamiento jurídico”, su condición esencial se concretaría en el párrafo cuarto del mismo artículo, desde una doble perspectiva, como fuente de primer grado, es decir, de aplicación inmediata —aunque subsidiaria—, sólo a falta de una norma jurídica positiva, y como fuente de segundo grado o fuente interpretativa, “en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

De este modo, en el proceso de su aplicación, podría ocurrir que los “principios generales del derecho comunitario” tuvieran una eficacia inversa a la de los “principios generales no constitucionalizados” en nuestro ordenamiento interno, es decir, adquirieran la naturaleza de fuentes primarias del ordenamiento jurídico comunitario que, de este modo —y en relación a los derechos fundamentales—, tendría un carácter esencialmente “principalista”, lo que, de otro lado, los haría difícilmente distinguibles de la categoría genérica de los “valores jurídicos”, prefigurando, asimismo, la propia naturaleza de la función que en su protección habría de asumir el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

b) Los “principios generales” como instrumentos de protección en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Como resulta conocido, los Tratados de París y de Roma no mencionan expresamente como fuentes del derecho comunitario a los “principios generales del Derecho”. Su alusión se limita a prever la existencia de unos “principios generales comunes” a los ordenamientos de los Estados miembros, a fin de articular su aplicación, pero cuyo ámbito se encuentra restringido a la responsabilidad extracontractual de las Comunidades creadas a través de tales Tratados.

(25) ARAGON REYES, M.: *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 75.

(26) ARAGON REYES, M.: *Constitución y Democracia*, *op. cit.*, pág. 82.

A falta de una positivación expresa, el Tribunal de Justicia decidió llevar a cabo la construcción del sistema de protección de los derechos fundamentales apoyándose en su consideración como “principios generales”.

La base sobre la que el Tribunal de Justicia fundamentó dicha construcción jurídica era doble: de un lado, sobre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros –si bien el Tribunal considera como grado suficiente de “comunidad” el reconocimiento del derecho en uno solo de los Estados miembros (27)–, y, de otro, sobre los principales instrumentos jurídicos provenientes del Derecho internacional, en relación a los derechos humanos.

Sin embargo, la consideración de los “derechos fundamentales” como “principios generales” no resulta congruente con la distinta naturaleza de ambas categorías conceptuales y su diferente trascendencia jurídica, de ahí que el Tribunal de Justicia haya precisado, en relación al artículo 119 del Tratado CEE, “que no se puede en principio aducir un argumento contra el efecto directo del empleo por este artículo del término “principio”, ya que en el lenguaje del Tratado esta expresión se utiliza precisamente para subrayar el carácter fundamental de ciertas disposiciones, tal y como se desprende, por ejemplo, del título dado a la primera parte del Tratado consagrado a los “Principios”, y del artículo 113...”, de tal modo que, afirma, “el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad”, por lo que no resulta posible, continúa, “atenuar esta noción hasta el punto de reducirla al nivel de una vaga indicación” sin que ello supusiera afectar “de manera indirecta” a los propios fundamentos de la Comunidad (28).

Por ello, A. Chueca Sancho estima que la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia se inicia con la Sentencia de 11 de no-

(27) En este sentido, G. RECCHIA afirma que “la falta de un seguro y efectivo parámetro de constitucionalidad constituye (...) un límite real para el Tribunal de Justicia, que –consciente de la situación– trata de limitar las hipótesis a las que extender el examen de las excepciones relativas a derechos fundamentales”, lo que, de otro lado, sin embargo, evidencia “la consolidación del Tribunal de Justicia respecto de los órganos comunitarios”, ya que la legitimidad de los actos de éstos será enjuiciada por el Tribunal a través del “respeto de los derechos fundamentales” (“Derechos fundamentales e integración europea: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano”, *op. cit.*, págs. 48-49).

(28) Sentencia de 8 de abril de 1976, Caso “Defrenne”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 23, 1983, págs. 341-342.

(29) En este supuesto, la cuestión planteada tenía como objeto la posible contradicción de los “principios generales del derecho comunitario” por la decisión 67/71 CEE, de 12 de febrero de 1969, donde se ligaba la cesión de mantequilla a precio reducido a los beneficiarios de ciertos regímenes de asistencia social. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó que dicha normativa debe interpretarse en el sentido de que no impone ninguna identificación nominativa de los beneficiarios y, por tanto, no contiene ningún elemento susceptible de contradecir los “derechos fundamentales” de la persona comprendidos en los “principios generales”

viembre de 1969, Caso “Stauder” (29), que viene a significar, afirma, una “decisión de ruptura” con la línea jurisprudencial anteriormente mantenida por el alto Tribunal europeo (30).

En definitiva, la necesidad de crear un sistema europeo de protección “eficaz” de los derechos fundamentales proviene tanto del carácter fragmentario de su regulación como de las insuficiencias en su protección, a consecuencia de la propia configuración de éstos por el Tribunal de Justicia como “principios generales”, lo que lleva, en primer término, como afirma L. M^a Díez Picazo, a que “los derechos fundamentales prácticamente no funcionan como genuinos derechos subjetivos” (31).

Además, como señala G. Isaac, la referencia a los “principios generales del Derecho” –entendidos como principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales e internacionales–, “presenta sobre todo dificultades de identificación”, dado su carácter extremadamente general que, de otro lado, “resulta(n) habitualmente incompatible(s) con la estructura y las exigencias del sistema comunitario”, de ahí que no puedan ser aplicables en las relaciones “intracomunitarias” (32).

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha optado por la definición de unos principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, tratando de extraer “a partir del espíritu de los derechos nacionales (...), los principios que revelan un patrimonio común”, reservándose la facultad “no sólo de elegir entre las diferentes soluciones que ofrecen los derechos nacionales (...), sino también de desechar los principios comunes que fueran incompatibles con las exigencias comunitarias” y, en todo caso, adaptar los principios que traspasa, conforme con la regla de autonomía del derecho comunitario” (33).

del derecho comunitario, cuyo respeto es asegurado por el Tribunal. (Stauder 29-69), Rec. 1969, págs. 419 y ss.

(30) CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, *op. cit.*, pág. 93.

(31) Entendidos según la idea generalmente admitida, en tanto que facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico a los individuos para proteger determinados intereses que le son propios.

Incluso, afirma, en su consideración de “valores objetivos” –es decir, entendidos como expresión de ciertos valores jurídicos básicos que el ordenamiento debe tutelar–, dicha conformación resulta insuficiente, no ya sólo en relación a su utilización como criterio de la validez de las normas de Derecho derivado, sino en lo que hace referencia al “plano interpretativo y de los objetivos de la acción pública”, donde difícilmente pueden lograrse determinados objetivos sobre la base de la “indeterminación” que representa la falta de una “carta de derechos” (“¿Una Constitución sin declaración de derechos? Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea”, *op. cit.*, págs. 147-148).

(32) ISAAC, G.: *Derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1988, págs. 168-169.

(33) ISAAC, G.: *Derecho comunitario general*, *op. cit.*, págs. 168-169.

Desde estas premisas, y en estrecha alusión a los derechos fundamentales, la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso Nold establece tres precisiones importantes (34):

1) El Tribunal “al inspirarse en tradiciones constitucionales comunes a los derechos de los Estados miembros (...) no podía admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de esos Estados”, fórmula que suele verse concretada con el principio de aplicación por parte del Tribunal del *standard maximum* de protección nacional de los derechos fundamentales.

2) Sin embargo, “los instrumentos internacionales concernientes a la protección de los Derechos del Hombre a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones a las que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario”, a través, en estos supuestos, de la aplicación del principio del *standard minimum* europeo.

3) Los bienes y objetivos protegidos en el ámbito nacional a través de los derechos fundamentales pueden ser limitados por los “objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad”, sin que ello signifique afectar a la sustancia de tales derechos.

En este sentido, el artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea —según el cual, “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”—, viene a significar, a juicio de A. Mangas Martín, “otra codificación del acervo comunitario” y, más concretamente, del “acervo jurisprudencial”, según se comprometía el Tribunal de Justicia en la Sentencia sobre el caso Nold, consagrando “solemnemente los ‘patrones’ normativos que el Tribunal venía exigiendo desde 1974 a los actos de las Instituciones, so pena de nulidad” (35).

(34) Sentencia de 14 de mayo de 1974 (Nold, 4-73), Rec. 1974, págs. 491-492.

En este supuesto, el Tribunal estima infundada la reclamación planteada por la supuesta violación de ciertos derechos fundamentales como consecuencia de las restricciones que eliminaban el aprovisionamiento directo, impuestas por la reglamentación dirigida a las sociedades mineras del Ruhr que conformaban la sociedad “Ruhrkohle AG”, por entender que tales restricciones respondían a específicas necesidades económicas derivadas de la recesión en la producción carbonífera.

(35) MANGAS MARTÍN, A.: “El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura”. *Gaceta Jurídica de la CE*, Monográfico sobre “El Tratado de la Unión Europea (1.ª Parte)”, D-17, septiembre 1992, pág. 39. Sin embargo, no deja de ser “sorprendente”, afirma, el hecho de que,

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA “CIUDADANÍA DE LA UNIÓN” EN EL PROCESO DE LA UNIÓN POLÍTICA EUROPEA

a) El status jurídico-político de “ciudadano de la unión”

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, incluye en el Título II —que contiene las disposiciones que modifican el Tratado CEE con el fin de constituir la Comunidad Europea—, una Segunda Parte en la que se introduce la denominada “ciudadanía de la Unión”. A través de los artículos 8 a 8E, que componen esta Segunda Parte, se establecen una serie de derechos atribuidos a los nacionales de los Estados miembros por su vinculación a la Unión Europea.

Esta modificación del Tratado CEE supone, a juicio de D.J. Liñán Nogueras, “pese a su carácter parcial y en buena medida condicionado”, una transformación “en la concepción del estatuto de la persona en el ordenamiento comunitario”, no ya sólo por lo que representa de novedoso el concepto de “ciudadanía de la Unión” —frente al de ciudadanía europea utilizado en los años ochenta—, cuanto por la “alteración esencial del alcance político con que ahora ha sido concebida”, de donde se derivan “consecuencias políticas y efectos jurídicos de excepcional importancia” (36).

según lo establecido por el artículo L del Tratado de la Unión Europea —que excluye la competencia del Tribunal de Justicia respecto de los artículos A a F del Tratado—, la declaración del artículo F.2 se excluya del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, pues si bien el respeto de las Comunidades Europeas a los derechos fundamentales “tiene un carácter jurídico obligatorio” que es garantizado por el Tribunal de Justicia, la actuación de la Unión “en el ámbito de otros pilares intergubernamentales”, como pueden ser las acciones en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), justicia y policía, “no se podrán contrastar” en relación al respeto de los derechos fundamentales, convirtiéndose el artículo F.2 del Tratado, en estos casos, en un simple “compromiso político-constitucional de la Unión” (*op. cit.*, pág. 40).

(36) LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”. *Gaceta Jurídica de la CE*. Monográfico sobre “El Tratado de la Unión Europea (1.ª Parte)”, D-17, septiembre 1992, pág. 65.

Lo que viene a constatar, afirma, que “la problemática jurídica planteada por el estatuto de ciudadanía de la Unión no es sino el producto del cambio de concepto político con relación al que sustentó las realizaciones de la ‘ciudadanía europea’” (*op. cit.*, pág. 67). De este modo, señala A. CHUECA SANCHO, “suscitar la cuestión de la ciudadanía comunitaria implica per se suscitar la cuestión del desarrollo político de la Comunidad, pues ambas están indisolublemente unidas” (*Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, *op. cit.*, pág. 386).

Más en concreto, para A. MANGAS MARTÍN, en el proceso de aproximación de la toma de decisiones a los ciudadanos “emerge con claridad el halo federal” que impregna al Tratado de la Unión Europea, de modo que “los pueblos salen a la escena de la Unión al confiarse a ésta la misión de organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”, como establece el artículo A del Tratado (“El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura”, *op. cit.*, págs. 37-38).

Asimismo, la estrecha vinculación y significado de la ciudadanía europea, en relación a la construcción de una Unión política Europea, es puesta de manifiesto, igualmente, por la Propuesta Oficial de España al señalar que “el paso hacia una Unión Política (...), transforma radi-

Hasta ahora, señala V. Lippolis, la conclusión de los autores que han hablado de ciudadanía europea o comunitaria era que se trataba de un “estatus particular” y, por el momento, no equiparado “al concepto dogmático de ciudadanía elaborado por la moderna iuspublicística” (37). Porque la ciudadanía, “en sentido técnico”, afirma, determina una relación de “subordinación del individuo al Estado” y, concretamente, “una potestad directa y general de éste sobre el conjunto de sus ciudadanos”, mientras que, en el marco de la Comunidad Europea, no se encuentra reconocido ningún poder “general y directo que pueda denominarse ‘de gobierno’ sobre los ciudadanos de los Estados miembros” (38).

Concretamente, el estatuto de la ciudadanía, tal y como es definido en el artículo 8 del Tratado de la Unión Europea —entendido como conjunto de derechos y deberes previstos en el Tratado—, abarca los siguientes derechos:

1) Artículo 8A: El derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

2) Artículo 8B: El derecho de todo nacional de un Estado miembro —ciudadano de la Unión—, a ser elector y elegible en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo.

3) Artículo 8C: El derecho a ser protegido diplomática y consularmente por otro Estado miembro distinto del que se es nacional, en el territorio de un tercer Estado en el que su país de origen no está representado, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado

4) Artículo 8D: El derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el de dirigirse al Defensor del Pueblo europeo.

calmente la situación anterior y exige la creación de un espacio común integrado, en el que el ciudadano europeo ocupe una situación central y fundamental”, de modo que “en el camino hacia la Unión Europea se impone, pues, la configuración de una ciudadanía de la Unión Política Europea” (“Hacia una ciudadanía europea. Propuesta Oficial de España, 1990”, *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 1, 1991, pág. 333).

(37) LIPPOLIS, V.: “La cittadinanza europea”, *Quaderni Costituzionali*, anno XIII, núm. 1, abril 1993, pág. 126.

(38) LIPPOLIS, V.: “La cittadinanza europea”, *op. cit.*, págs. 126-127.

No obstante, ello no excluye, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 5 de febrero de 1963, Caso “Van Gend & Loos”, que el Tratado CEE, cuyo objetivo es “establecer un mercado común”, afecte “directamente” a los ciudadanos nacionales de la comunidad, siendo “algo más que un simple acuerdo” que crea obligaciones entre los Estados contratantes como se constata en la afirmación contenida en el Preámbulo, así como tampoco la “creación de órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos”, de ahí que, estima el Tribunal, “el Derecho comunitario (...)” al tiempo que crea deberes u obligaciones para los particulares, está asimismo destinado a engendrar derechos que entren a formar parte de su patrimonio jurídico” (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 19, 1982, págs. 985-986).

De este modo, a través de la introducción en el ámbito de los Tratados constitutivos del reconocimiento de los derechos derivados de la “ciudadanía de la Unión”, afirma D.J. Liñán Noguerras, se modifica “el asidero jurídico tradicional de las acciones en el marco de la ciudadanía europea”, que no era otro que el artículo 7 del Tratado CEE y que contaba con la limitación derivada del hecho de que dicho precepto no tiene “carácter autónomo” y, por consiguiente, no podía constituir “fundamento jurídico suficiente para la adopción de actos cuyo objeto no tenga una disposición en el Tratado que justifi(cara) su atracción al ámbito material del mismo” (39).

Desde esta óptica, el Tratado de la Unión Europea ha venido a proporcionar, a través de la consagración de la “ciudadanía de la Unión” —partiendo de la premisa de que nos encontramos ante un “concepto dinámico” y “evolutivo”, que tomará contenido en relación a los avances “que experimente la Unión hacia su objetivo final” (40)—, un fundamento en la concreción de una nueva “esfera de derechos y deberes” de los individuos, que viene a sumarse a las dos esferas ya existentes: la nacional, es decir, “la que dimana de la ciudadanía de los Estados miembros, a la que no va a sustituir en ningún caso”, y la comunitaria, “derivada de los Tratados para los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad” (41).

Sin duda, a través de la iniciativa española el sentido político de la “ciudadanía” se transforma, respecto a su consideración en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea de 1984, de modo que, como afirma D. J. Liñán Noguerras, no se trata ya “de acercar la construcción comunitaria al ciudadano”, sino de “convertirlo en elemento esencial de la misma”, lo que supone, a su juicio, “extraer el concepto de ciudadanía del ámbito vinculado a las realizaciones socio-económicas comunitarias y adentrarse en (...) un espacio de legitimación político-jurídica diferente que se predica del nacional de los Estados miembros como ciudadano de la Unión y no como destinatario de las normas de derecho comunitario” (42).

(39) LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *op. cit.*, pág. 70.

(40) Tal y como señala la Propuesta Oficial de España de 1990 bajo el epígrafe “Hacia una ciudadanía europea”, *op. cit.*, pág. 334.

(41) Propuesta Oficial de España “Hacia una ciudadanía europea”, *op. cit.*, pág. 334.

(42) LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *op. cit.*, págs. 72-73.

Como muestra del alcance político y jurídico de la decisión, el estatuto de la ciudadanía ha sido incluido en el Título II del Tratado de la Unión Europea, bajo el epígrafe general de “Disposiciones por las que se modifica el Tratado CEE con el fin de constituir la Comunidad Europea”, lo que, además, viene a incluir a los derechos y deberes derivados del *status* de ciudadano europeo —según lo dispuesto por el artículo L del Tratado—, dentro de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

De ahí que, como mantienen F.J. Fonseca Morillo y J.A. Martín Burgos, el Tratado de la Unión Europea no suponga “solamente una profundización funcional o neofuncional de la Comunidad”, sino la “clausura definitiva del debate sobre la vocación esencialmente económica” de ésta, tal y como se deduce, de otro lado, de la propia supresión del término “Económica” como elemento definidor de la Comunidad Europea, según se establece en el artículo G.del Tratado CEE.

El marco comunitario habría dejado, pues, de ser un OPNI (43) —y, por tanto, un sujeto “impreciso”—, para constituirse en una Unión “con una identidad política con sus contornos y sus límites” (44), una “cosa nueva”, la Unión, que, sin embargo, como afirman los autores precitados, “no es un fenómeno ‘superestatal’ cuya finalidad última sea crear un Estado supranacional a la imagen y semejanza de los Estados nación”, sino que constituye “un fenómeno diferente política y jurídicamente”, que, a su juicio, “exige encontrar nuevos paradigmas para la teoría del derecho y para la ciencia política” (45), de ahí que no pueda considerarse que el Tratado de la Unión Europea sea la “segunda parte” del Acta Unica Europea.

De este modo, afirman, a través del reconocimiento de determinados derechos derivados del estatus de ciudadano de la Unión se reduce, en cierto modo, el denominado “déficit democrático” de la Comunidad, ya que aquél actúa —dentro de su carácter dinámico— “como elemento expansivo de la existencia de una entidad política superior que viene a subsumir”, al menos parcialmente, a los Estados miembros (46).

Sin embargo, según lo dispuesto en la “Declaración relativa a la nacionalidad”, que viene anexa al Tratado de la Unión Europea, según la cual “cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate”, la determinación de la ciudadanía queda excluida de la competencia de los órganos comunitarios, lo que supone, a juicio de V. Lippolis, un rasgo determinante “del futuro de la institución” (47).

(43) Objeto Político No Identificado, tal y como se denomina en la jerga europea.

(44) FONSECA MORILLO, F.J. y MARTÍN BURGOS, J.: “La Unión Europea: Génesis de Maastricht”, *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 2, 1992, pag. 522.

(45) FONSECA MORILLO F.J. y MARTÍN BURGOS, J.A.: “La Unión Europea: Génesis de Maastricht”, *op. cit.*, págs. 523-524.

(46) FONSECA MORILLO, F.J. y MARTÍN BURGOS, J.A.: “La Unión Europea: Génesis de Maastricht”, *op. cit.*, pág. 560.

(47) LIPPOLIS, V.: “La cittadinanza europea”, *op. cit.*, pág. 134.

Porque la determinación del criterio de la nacionalidad a través del Derecho propio de los Estados miembros posee importantes consecuencias jurídicas, especialmente si se tiene en cuenta que el derecho de voto “se basa tradicionalmente en dos condiciones que los Estados miembros exigen de forma alternativa o acumulada: la nacionalidad del país en el que se desarrollan las elecciones, y la residencia en dicho país o incluso en una entidad territorial más pequeña, que puede llevar hasta el municipio”, en tanto que exigencias derivadas de la conformación histórica del sufragio universal como una “conquista del pueblo, que originariamente se definía como conjunto de los ciudadanos, es decir, de los nacionales de un país” (48), de modo que, aunque se distingue en la actualidad entre nacionalidad y residencia, aquélla es el concepto vigente en los países de derecho continental, a diferencia de los países del *common law*, que conceden mayor relevancia al criterio de la residencia.

Desde esta perspectiva, las consecuencias que el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en las elecciones municipales produce en cada ordenamiento jurídico de los Estados miembros dependerá, esencialmente, de éste —y, por tanto, de las condiciones jurídicas asociadas a su titularidad y ejercicio—, de modo que tales consecuencias no tendrán en todos los casos la misma trascendencia jurídica —y mayor o menor será así la dificultad de adaptación de los ordenamientos jurídicos—, puesto que habitualmente ésta es una cuestión que se considera que afecta directamente al concepto de soberanía sobre el que se fundamenta el propio Estado.

b) El derecho de sufragio pasivo de los “ciudadanos de la Unión” en las elecciones municipales

En este contexto, en el presente trabajo el estudio de los derechos inherentes al reconocimiento de la ciudadanía de la Unión pretende concretarse, exclusivamente, en las consecuencias derivadas del reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los no nacionales, por cuanto que ha sido en relación a este derecho donde se han planteado las principales cuestiones de carácter jurídico-constitucional que han dado lugar, en última instancia, a la reforma de la Constitución española de 1978, permitiendo la ratificación por el Estado español del Tratado de la Unión Europea a través de la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre.

(48) Cfr. “El derecho de voto en las elecciones municipales de los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad. Informe presentado por la Comisión al Parlamento Europeo y remitido al Consejo para su información en octubre de 1986”, *Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 7/86, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1987.

En efecto, el artículo 8B del Tratado de la Unión Europea contempla la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros ejerzan el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que se celebren en los Estados en que residan aunque no sean nacionales.

De todos los derechos reconocidos por el Tratado, asociados a la ciudadanía de la Unión, el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales ha despertado el más amplio interés en el debate jurídico-político, del que es fruto, en último término, asimismo, la Declaración del Tribunal Constitucional español de 1 de julio de 1992.

En este sentido, el principal problema que presenta el artículo 8B proviene del propio reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales sobre la base de la ciudadanía de la Unión porque, como afirma E. Arnaldo Alcubilla, “la nacionalidad —vínculo de naturaleza jurídico-política que conecta a un individuo con un Estado— se considera requisito positivo necesario para ostentar la condición de elector”, partiéndose del principio —que hunde sus raíces en la Revolución francesa—, según el cual “sólo los nacionales pueden ser llamados a las urnas para expresar la voluntad soberana” (49).

A este respecto, resulta conocida la trascendencia política y jurídica que tiene, desde los orígenes del Estado liberal, la amplia polémica sobre la misma naturaleza del derecho de sufragio, expresada gráficamente en su posible consideración como derecho y/o como función.

Baste con mencionar, muy brevemente, que el entendimiento del derecho de sufragio como función se encuentra ligado a la atribución de la soberanía no a los ciudadanos, sino a la “nación”, tal y como se constitucionalizó por la Asamblea constituyente francesa. Desde esta perspectiva, los procesos electorales constituyen meras técnicas a través de las cuales se procede a la designación de los representantes, pero en cuya participación se hace posible que el poder electoral sea atribuido a los ciudadanos en tanto que “órganos encargados de designar a los representantes de la nación”, de ahí que se pueda considerar que “el sufragio no tiene por qué ser universal” (50).

Sin embargo, también de esta concepción se deriva, a juicio de N. Pérez Serrano, el concepto de sufragio como deber, desde una doble perspectiva: en tanto que “deber moral” —que impone al ciudadano que lo ejercita la obliga-

ción de “atender a la conveniencia general” y “elegir o votar lo que estime más beneficioso para el País, aunque con ello sacrifique simpatías individuales o incluso intereses propios”—, que incluso puede convertirse en un “deber jurídico” estricto, “cuando la Ley exige al elector que no se abstenga de concurrir a las urnas y sanciona en su caso a los que no votaron” (51).

Por su parte, la consideración del derecho de sufragio como “derecho” —que implica por sí misma la reivindicación del sufragio universal—, descarta, afirma N. Pérez Serrano, su consideración como derecho del hombre, “a la manera como suele considerarse, por ejemplo, el derecho a la propiedad y el derecho a la vida, a la libertad, etc.”, afirmándose su condición como “derecho político” (52).

Por lo demás, resultan suficientemente conocidas las objeciones que formulara R. Carré de Malberg a la concepción roussoniana de la soberanía que se encuentra en la base de la consideración del derecho de sufragio como un “derecho preestatal” que, por ello, “no precisa de ningún reconocimiento jurídico” para su existencia (53), lo que, en su opinión, impedía que pudiera ser admitida por la ciencia del Derecho Público, concluyendo en la consideración del derecho de sufragio como “una función” (54).

Por ello, autores como A. Posada afirmaron, en su momento, que “hay que reconocer que el sufragio es a la vez función y derecho”. Es función por cuanto “a la sociedad misma corresponde entre otras funciones, la legislativa, y sólo por representación de ella y como órganos suyos, a las cámaras que elige”, pero es también derecho, “en cuanto todo ciudadano que sea capaz lo tiene para exigir que su voto se cuente en el ejercicio de esa función política”, teniendo en cuenta que, de cualquier modo, “siempre habrán de exigirse determinadas condiciones de aptitud en el cuerpo electoral, porque toda función supone el cumplimiento racional del fin que se persigue, y todo derecho requiere también la capacidad necesaria en la persona que ha de ejercerlo” (55).

(51) PEREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, pág. 341.

(52) PEREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho político*, op. cit., pág. 340.

(53) ALVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 344.

(54), De un lado, afirmaba, “la idea de una soberanía individual del ciudadano es inconciliable con la realidad positiva, que impide que la voluntad de la minoría sea primada sobre la voluntad de la mayoría”, y, de otro, “comete un error fundamental en relación a la naturaleza real y a los orígenes de la soberanía” que no es, afirma, “un poder innato en los individuos ni en el grupo” (CARRE DE MALBERG, C.: *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, tomo segundo, París, Sirey, 1922, págs. 426-438).

(55) POSADA, A.: *Curso de Derecho político*, octava edición, Madrid, Imprenta y estereotipia de Ricardo Fé, 1.909, pág. 179.

(49) ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, enero-abril 1992, pág. 67.

(50) Cfr. DUVERGER, M.: *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1988, pág. 75.

El problema, por tanto, afecta sustancialmente al modo en que se organiza una comunidad política democrática y repercute indefectiblemente sobre la trascendencia que tiene en la Constitución española de 1978 la diferenciación entre españoles y extranjeros a efectos del reconocimiento a unos u otros de los derechos reconocidos en el Título Primero de la misma. En este sentido, I. Borrajo Iniesta señala una triple división de los derechos consagrados en nuestro texto constitucional (56):

1) Derechos o libertades que la Constitución consagra “en su apariencia literal”, uniendo en su disfrute a los españoles y a los extranjeros, a través de fórmulas tales como “todos” (artículos 15; 24.2; 17.1, 18.1; 31; 43.2; 44.1 y 45.1 de la Constitución), “nadie” (artículos 16.2; 17.1; 25.1 y 33 de la Constitución), “todas las personas” (artículos 16.1; 17 y 24.1), o, bien, mediante la referencia a sectores de la población, como por ejemplo “los trabajadores” (artículos 28.2; 37.1 y 40.2), los “profesionales” (artículos 52 y 36), la “juventud” (artículo 48), o los “consumidores” (artículo 51).

2) Derechos o libertades cuya titularidad es reconocida “de modo expreso” a los ciudadanos españoles, como son los artículos 18.4; 23.1 y 2; 30.4; 41; 49 y 50, en relación a los “ciudadanos”, y los artículos 14; 19; 29; 30 y 35, respecto a los “españoles”.

3) Derechos o libertades constitucionalizados “en términos impersonales”, como el derecho a la intimidad y colaterales (art. 18), las libertades de expresión, creación, cátedra e información (art. 20), el derecho de reunión y manifestación (art. 21), el derecho de asociación (art. 22), la libertad de enseñanza (art. 27.1), etc.

Para el autor mencionado, sería posible, ante todo, subrayar el contenido de los derechos que nuestra Constitución atribuye a “los españoles” y a los “ciudadanos”, en tanto que, en su opinión, constituyen “derechos medulares de la ciudadanía”, como son los derechos de participación política, junto con otros tales como el derecho de acceso a cargos y funciones públicas y el “derecho-deber” de defender a España (57).

Sin embargo, en su opinión, “la consideración de los extranjeros a la luz de la Constitución muestra una de las fisuras de ampliación más interesantes de los derechos constitucionales contemporáneos, que de su condición originaria de derechos cívicos se transforman, de manera progresiva y sin una dirección clara, en derechos humanos” (58).

(56) BORRAJO INIESTA, I.: “El status constitucional de los extranjeros”, *Libro Homenaje a E. García de Enterría*, tomo II, Madrid, Civitas, 1.991, págs. 699-700.

(57) BORRAJO INIESTA, I.: “El status constitucional de los extranjeros”, *op. cit.*, pág. 700.

(58) BORRAJO INIESTA, I.: “El status constitucional de los extranjeros”, *op. cit.*, pág. 698.

En esta lógica, se ha subrayado que la característica fundamental de los derechos humanos en la actualidad se encontraría marcada, como afirma A. E. Pérez Luño, por el fenómeno de la “internacionalización” (59) —como consecuencia de la interdependencia que caracteriza las relaciones entre los países contemporáneos—, lo que habría conducido a la “flexibilización” de la exigencia de la “nacionalidad”, a fin de permitir el ejercicio de los derechos políticos a los extranjeros, tratando de unificar el conjunto de los derechos bajo la cualidad de “derechos humanos”, así como a un notable desarrollo del derecho de extranjería, en un proceso de evolución que, según constata M. Serrano Alberca, va desde “el no reconocimiento de derechos a los extranjeros hasta su equiparación con los nacionales, pasando por el principio de reciprocidad”. Todo ello permitiría, en la actualidad, hablar de la existencia de un “límite mínimo de derechos impuestos a las legislaciones internas por las normas de Derecho internacional general”, así como de un “límite máximo que suele ponerse en los derechos reconocidos en las legislaciones internas a los nacionales” (60).

Este sería el espíritu que alienta al artículo 10.2 de la Constitución, al señalar que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (61), así como

(59) Sobre el proceso de evolución histórica que ha sufrido el status constitucional de los extranjeros en nuestra legislación hasta la regulación actual, *vid.* BORRAJO INIESTA, I.: “El status constitucional de los extranjeros”, *op. cit.*, págs. 703-715.

Respecto a la dinámica de internacionalización de los derechos humanos, *vid.* PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.

(60) SERRANO ALBERCA, I.: *Comentarios a la Constitución (artículo 13)*, dirigido por F. Garrido Falla, Madrid, Civitas, 1985, págs. 215-216.

En este sentido, en el Voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/1987, de 7 de julio, se pone de manifiesto la existencia de límites en la regulación legal del disfrute de los derechos y libertades fundamentales que la Constitución de 1978 reconoce, provenientes (a partir de lo dispuesto en los artículos 13.1 y 10.2 de la Constitución) de los Tratados Internacionales, “bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien sea porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen”. Así lo confirman, además, los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 11 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos de 1955, que autorizan al legislador nacional para someter el uso de las libertades públicas “a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás”, así como las derivadas de la “prevención del delito” (Voto particular formulado por D. F. Rubio Llorente, D. F. Tomás y Valiente y D. F. García Mon, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 54-55, pág. 599).

(61) Como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 13 de abril de 1977; la

al artículo 13 —ya desde su versión originaria—, al reconocer en su párrafo primero, que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, y en su párrafo segundo, el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales —aunque ello sea “atendiendo a criterios de reciprocidad”—, hasta el punto de constituir, a juicio de E. Pérez Vera, “uno de los rasgos más internacionalistas de la Constitución de 1978” (62).

En todo caso, esta “flexibilización” del requisito de la nacionalidad en el disfrute de los derechos fundamentales no significa, como afirma E. Arnaldo Alcubilla, “la equiparación de la posición de nacionales y extranjeros en el goce de determinados derechos” (63), concretamente en aquellos que, tomando la ya clásica distinción de G. Jellinek, constituyen el *status activae civitatis*, porque supondría, al fin y al cabo, “situar en plano de igualdad a nacionales y extranjeros como titulares de los derechos medulares de la ciudadanía” (64).

En este contexto, parece razonable considerar que el artículo 8B del Tratado de la Unión Europea debe entenderse como una superación “de la vieja teoría del *status activae civitatis* en favor del *status activae homini*”, para avanzar, siguiendo la línea de la integración “de todos en la comunidad nacional”, a través del “reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos en el ámbito local, que es la primera escuela de la democracia” (65).

Por todo ello, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales ha planteado serios problemas de compatibilidad con los ordenamientos jurídicos internos de los Estados

Convención Internacional sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, a los que se adhirió España el 22 de julio de 1978; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado el 10 de octubre de 1979, así como otros muchos Convenios sobre materias específicas tales como el Convenio núm. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948 y ratificado por España el 13 de abril de 1977, entre otros.

(62) PEREZ VERA, E.: *Constitución española de 1978. Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigido por O. Alzaga Villaamil, Tomo II: artículos 10 a 23, Madrid, EDESA, 1983, pág. 239.

(63) Así lo entienden, igualmente, los firmantes del Voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/1987, de 7 de julio, señalando que, en tanto derechos de configuración legal, “el legislador puede configurarlos del modo que juzgue más adecuado” (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 54-55, págs. 52-53).

(64) ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *op. cit.*, pág. 70.

(65) ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *op. cit.*, pág. 70.

miembros, incluido el español, de ahí que la ratificación del Tratado de la Unión Europea haya ido precedida de la primera reforma de la Constitución española desde su promulgación en 1978, en virtud de lo establecido en el artículo 95.1 del texto constitucional (66).

Porque a diferencia de la escasa problemática que presenta la extensión del reconocimiento del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, el derecho de sufragio pasivo, tal y como es configurado por el artículo 8B del Tratado, plantea serias cuestiones político-jurídicas, ante la confluencia en él de una serie de factores que, a juicio de D. J. Liñán Nogueras, “tienen incidencia directa en un ámbito constitucionalizado”, como lo es el de los derechos políticos y, por tanto, da lugar a que “prerrogativas del poder público del Estado sean ejercidas por no nacionales”, teniendo en cuenta, además, que, por el momento, el marco europeo es un “contexto no federal” (67).

El problema derivaba, por tanto, de la necesidad de armonizar el contenido del artículo 8B del Tratado en relación al originario artículo 13.2 de la Constitución española, según el cual “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales” (68).

Por su parte, el artículo 176 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, establece, de conformidad con la redacción originaria del artículo 13.2 de la Constitución, que “sin perjuicio de lo regulado

(66) Además de la intervención del Tribunal Constitucional español al respecto, la ratificación del Tratado de la Unión Europea ha supuesto la consulta al Consejo Constitucional francés (cuyo pronunciamiento es de 9 de abril de 1992), ante el desencadenamiento de una situación de mayor complejidad a la española, como lo es la derivada de la incidencia de las elecciones municipales en la elección al Senado francés, y que ha dado lugar, asimismo, a la reforma de la Constitución francesa vigente, a través de la Ley Constitucional núm. 92-554, de 25 de junio de 1992, mediante la cual se incorpora un nuevo Título a la Constitución francesa, denominado específicamente “De las Comunidades europeas y de la Unión europea” (Título XIV). A este respecto, *vid.* LUCHAIRE, F.: “L’Union européenne et la Constitution: La révision constitutionnelle. Commentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992”, *Revue du Droit Public*, mayo-junio, 1992, págs. 589 y ss.; y en la misma revista, el número correspondiente a julio-agosto, 1992, págs. 933 y ss. Del mismo modo, ha sido necesaria la opinión del Tribunal Constitucional alemán, de 12 de octubre, en un pronunciamiento que llega a cuestionar seriamente el proceso de integración europea como fenómeno jurídico, afirmando que, en cualquier caso, deberán permanecer en el Bundestag los deberes y competencias de carácter sustancial (*EuGRZ* 18 octubre 1993, pág. 429).

(67) LINÁN NOGUERAS, D. J.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *op. cit.*, págs. 87-88.

(68) Sin que en ningún caso pudiera ser interpretado de modo extensivo o analógico respecto del derecho de sufragio pasivo, como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 112/1991, de 20 de mayo, Fto. Jco. 2.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 122, pág. 53.

en el Título I, capítulo 1 de esta Ley (donde se reserva a los españoles el derecho de sufragio, en los artículos 2 y ss.), gozan del derecho activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España, cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado" (69).

El requisito de la residencia en España de los extranjeros debe ser entendido, según establece el propio artículo 176 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, tal y como es definido por la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, en cuyo artículo 16.1 se establece que "la condición de residente se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el padrón", remitiéndose el artículo 8.2 del mismo texto legal a la legislación electoral general aplicable a las elecciones locales, en relación al ejercicio del derecho de sufragio activo por los "extranjeros domiciliados que sean mayores de edad".

En particular, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, expresa en su Preámbulo la voluntad de "reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparada al de los propios ciudadanos españoles", pero en su artículo 5 establece que "los extranjeros no podrán ser titulares de los derechos políticos de sufragio activo o pasivo ni acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad", salvo la posibilidad contenida en el artículo 5.2, de "reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en los términos y con las condiciones que, atendiendo a criterios de reciprocidad, sean establecidos por tratado o por ley para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos".

En este contexto, habría que tener en cuenta que, como afirman L. Aguiar de Luque y M. Sánchez Morón, el párrafo primero del artículo 23 de la Constitución, donde se afirma que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal [...] es fruto de

(69) Teniendo en cuenta, además, que según la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985, "lo previsto para los ciudadanos extranjeros en el artículo 176.1 de la L.O. 5/1985, según la redacción dada por la presente Ley Orgánica, solamente será de aplicación a partir de las primeras elecciones municipales convocadas con posterioridad a 1992".

Esta "cláusula de demora" contenida en la Ley Orgánica 8/1991 supone, a juicio de E. ARNALDO ALCUBILLA, una "seria disconformidad con la Constitución", por cuando implica la suspensión de la aplicación de "los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno español" —una vez cumplidos los requisitos del artículo 96.1 de la Constitución—, a través de un procedimiento distinto "al previsto por los propios tratados —el mismo que para su conclusión—, o en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969" ("El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *op. cit.*, pág. 88).

los principios enunciados en el artículo 1.º del texto constitucional" y, especialmente, de su párrafo segundo, donde se proclama el principio de soberanía popular, "del que emanan los poderes del Estado", constituyendo un "derecho de principio a participar en los procesos de conformación de la voluntad de aquél", en lógica consecuencia con las exigencias del Estado democrático consagrado en el párrafo primero del artículo 1.º del texto constitucional (70).

De ahí que, afirman, si bien la expresión contenida en el artículo 23.1 de la Constitución, "los ciudadanos", posee un "rancio sabor jurídico", resulta "absolutamente excepcional por referencia al resto de los derechos fundamentales" (71).

En este sentido, pese a la extensión de la cita, resulta de gran interés transcribir la opinión del Tribunal Constitucional, cuando en su Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, afirmaba que "los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales (...), pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal" y ésta, afirma, "puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español", como son los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, a la libertad ideológica, etc.

(70) AGUIAR DE LUQUE, L. y SANCHEZ MORON, M.: *Comentarios a las Leyes Políticas. constitución española de 1978*, Tomo II: artículos 10 a 23, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Madrid, EDESA, 1983, pág. 662.

(71) AGUIAR DE LUQUE, L. y SANCHEZ MORON, M.: *Comentarios a las Leyes Políticas. constitución española de 1978*, *op. cit.*, pág. 666.

La mención expresa a los "ciudadanos" fue objeto de comentario en los debates parlamentarios de la Constitución española de 1978, donde L. SANCHEZ AGESTA puso de manifiesto que "indiscutiblemente, si hay un derecho y un deber ciudadano por excelencia, es el derecho de voto a ocupar cargos públicos" y, a pesar de que en la actualidad parece ser poco apropiada la distinción contenida en la Declaración francesa de 1789 entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, la distinción, respecto al "derecho de voto" y al "derecho a participar en los asuntos públicos (...), tiene cierta coherencia en el texto constitucional", que reconoce los derechos y deberes de los ciudadanos en un ámbito propio —la Sección segunda, del Capítulo II, del Título I de la Constitución—, lo que significa, afirma, que "cuando se habla de los ciudadanos" se alude a "derechos y deberes que están limitados a dicho ciudadano y que se marcan precisamente, tanto en el sentido de un deber, como de un derecho de ellos", mientras que, por el contrario, los derechos humanos o los derechos del hombre son pensados "con un sentido universal", respecto a "todos los hombres, sean o no ciudadanos" (*Trabajos Parlamentarios*, Tomo II, págs. 3579-3580).

Sin embargo, esta configuración legal puede, asimismo, señala el Tribunal, “introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, (...) quedaría excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad”, de modo que “el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, (...) depende, pues, del derecho afectado”, dado que, “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (72), pero también “existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen)”, e, incluso, cabría señalar la existencia de otros derechos “que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (73).

Esta distinción entre “derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no en su condición de ciudadanos” —derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana—, y el resto de los derechos, “ya sean de origen legal, ya constitucional”, afirma I. Borrajo Iniesta, supone una “ruptura clara” con la doctrina de la configuración legal de los derechos de los extranjeros, “en la medida en que postula la existencia de una categoría de derechos cuyo contenido, establecido por la Constitución directamente, resulta intocable para el legislador” (74).

Desde tales premisas, es posible afirmar la existencia de lo que el Tribunal Constitucional denomina “límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales”, como son los contenidos en el artículo 13.2 de la Constitución que constituye una excepción a la ampliación” previamente contenida en el número 1 del artículo 13, mientras que, sin embargo, el artículo 23 de la Constitución no prohíbe “por sí mismo que los derechos allí reconocidos puedan extenderse por Ley o tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea” (75).

De ahí que, estima el Tribunal Constitucional, el artículo 23 de la Constitución y, más concretamente, su apartado segundo, “en forma de elipsis, con-

(72) Donde no cabe, a juicio del Tribunal Constitucional, “atemperación o modulación alguna en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales y la Ley interna española” (Sentencia núm. 95/1985, de 30 de septiembre, Fto. Jco. 2.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 54-55, pág. 1145).

(73) Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, Fto. Jco. 3.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 44, pág. 1.405.

(74) BORRAJO INIESTA, I.: “El status constitucional de los extranjeros”, *op. cit.*, págs. 764-765.

(75) Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, Fto. Jco. 3B), *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 135, pág. 12.

fiere a los “ciudadanos” el derecho de acceder a los cargos públicos, en condiciones de igualdad, y con los requisitos que señalan las leyes”, estableciendo una “interdicción de la discriminación” que se refiere, “según el artículo, sólo a los ciudadanos” pero que no impide “ni que el derecho otorgado a éstos por las leyes se extienda también a quienes no lo son, ni que al prever el modo de acceso a cargos o funciones públicas determinadas se establezcan condiciones distintas para los ciudadanos y los que no lo son” (76).

Por tanto, a juicio del Tribunal Constitucional, no existe contradicción entre el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales respecto de “un determinado círculo o categoría de extranjeros” y el artículo 1.2 de la Constitución, por cuanto que, estima, “la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía”, pero, afirma, “ése no es el caso de los municipios” (77).

De este modo, la doctrina del Tribunal Constitucional supone un espaldarazo definitivo a la consideración de que el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en las elecciones municipales, como derecho derivado de la condición de “ciudadano de la Unión”, contiene, como afirma D. J. Liñán Noguerras, “una redefinición, por débil que sea, del soporte político de la construcción europea”, de modo que la “ciudadanía de la Unión” puede convertirse “en el embrión de un elemento federalizador cuyas consecuencias son por ahora imposibles de determinar” (78).

Sin embargo, debe tenerse presente que tales consecuencias estarán mediatizadas, en todo caso, por la propia configuración jurídica que los ordena-

(76) Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, Fto. Jco. 3B), *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 135, pág. 12.

(77) Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, Fto. Jco. 3C), *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 135, pág. 12.

Sin embargo, en la Sentencia núm. 23/1984, de 20 de febrero, el Tribunal Constitucional llevó a cabo una interpretación algo diferente, al establecer que “el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2, interpretado en conexión con el artículo 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, municipios y provincias—. Conclusión inicial que queda confirmada si se parte, como es obligado, del artículo 1.1 de la Constitución, que configura al Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que —art. 1.2.— la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado” (Fto. Jco. 4.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 35, pág. 411).

(78) LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *op. cit.*, pág. 97.

mientos de los distintos Estados miembros establezcan respecto del derecho de sufragio, de modo que la efectividad del derecho en el ámbito interno de los Estados requerirá —como por otra parte, se ha mostrado a través de las respectivas reformas de los textos constitucionales de algunos de los Estados miembros—, la plena concordancia con las disposiciones constitucionales de cada Estado, cuya coherencia, eventualmente, habrá de ser interpretada por los órganos constitucionales encargados de ello.

IV. LA DECLARACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL ARTICULO 8B DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA: EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA

La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, a raíz de la cual se ha procedido a la primera reforma del texto constitucional español vigente, a pesar de constituir un pronunciamiento exclusivamente referido a la contradicción o no del artículo 8B del Tratado de la Unión Europea con el artículo 13.2 de la Constitución española, contiene, por tanto, elementos suficientes a través de los cuales es posible analizar no sólo la relevancia que se atribuye a los “derechos fundamentales” —y más concretamente al derecho de sufragio— en la Constitución española de 1978, sino también en el ámbito europeo, desde las premisas sentadas por la Unión Europea.

En este sentido, ya se ha mencionado la especial relevancia que tiene los instrumentos de positivación de los “derechos fundamentales” —especialmente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, respecto a la conformación del moderno Derecho Constitucional y a la esencia misma de la “técnica constitucional”, hasta el punto de ser considerados como instrumentos de valor y alcance jurídico identificables con el de los propios textos constitucionales. Una “técnica constitucional” que opera en el marco de unos Estados-naciones organizados políticamente sobre la base de los esquemas establecidos por la democracia representativa.

Partiendo de tales consideraciones, toda aproximación al estudio del propio concepto de Constitución debe tomar como punto de partida que dicha norma, tal y como señala E. García de Enterría, no es únicamente “la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos —su origen popular o comunitario— y con un determinado contenido, la garantía de los derechos y la separación de poderes” (79), y que, por

(79) GARCIA DE ENTERRIA, E.: “La Constitución como norma”, en *La Constitución española de 1978*, Estudio sistemático dirigido por a. Predieri y E. García de Enterría, Madrid, Civitas, 1984, pág. 98.

tanto, configura a un Estado formal y materialmente en un determinado sentido, hasta el extremo de que, como afirma M. Aragón, “sólo es Constitución auténtica, es decir Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder” (80).

A ello se ha de añadir que los “derechos fundamentales” son susceptibles de reconocimiento a través de instrumentos jurídicos de carácter internacional, respecto de los cuales la Constitución española señala su carácter de fuente del derecho, sin más requisito que su publicación, tal y como exige con carácter general el artículo 9.3.^º y, específicamente, el artículo 96.1.^º de la Constitución.

En este sentido, se ha de mencionar que la Constitución española distingue tres tipos de Tratados internacionales en consideración a su procedimiento de elaboración y a su contenido:

1) Los Tratados regulados por el artículo 93 de la Constitución, a través de los cuales, según afirma I. de Otto, “el Estado se despoja de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales en favor de una organización internacional” (81), cuya celebración debe ir precedida de la previa autorización por una Ley Orgánica —como sucedió, concretamente, con motivo de la ratificación del Tratado de adhesión de España a las Comunidades Europeas, adoptado el 12 de junio de 1985—.

Como consecuencia de la cesión de competencias que contienen tales Tratados, según dispone el artículo 93 *in fine*, “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

2) Tratados que requieren, según establece el artículo 94.1.^º de la Constitución, la previa autorización de las Cortes Generales, mediante un “acuerdo” de las Cámaras, en tanto que afectan a determinadas materias que el propio precepto enumera y entre las que se recogen en el apartado c) aquellas que “afecten... a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I”.

3) Tratados internacionales que, por exclusión, no se encuentran comprendidos en ninguno de los supuestos anteriores, cuya celebración es competencia del Gobierno aunque, según establece el artículo 94.2.^º de la Constitución, deberá informar al Congreso y al Senado de su conclusión.

(80) ARAGON REYES, M.: *Constitución y democracia*, op. cit., pág. 25.

(81) DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pág. 123.

El Tribunal Constitucional distingue claramente en su Declaración los supuestos genéricos de “cesión del ejercicio de competencias” a organizaciones o instituciones internacionales —contemplados en el artículo 93—, y el específico “otorgamiento de derechos subjetivos” (82) a los no nacionales, cuyo reconocimiento necesariamente se ha de situar bajo los supuestos contemplados en el artículo 95 de la Constitución —precepto que determina la posición jerárquica de los Tratados internacionales como claramente subordinados a la Constitución—, donde se prevé, si ello fuera preciso —como es el supuesto planteado ante el Tribunal Constitucional en relación al artículo 8B del Tratado de la Unión Europea—, la previa reforma de la Constitución.

De este modo, el problema deriva hacia la determinación de cuáles de los derechos y/o libertades recogidos en el Título Primero exigen la previa reforma constitucional para su extensión a los no nacionales e, incluso, si la reforma debe llevarse a cabo a través del procedimiento contenido en el artículo 167 de la Constitución o del que prescribe el artículo 168, porque, como afirmaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, existen una serie de derechos “que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros”, como son los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, “y con las salvedades que contiene” (83).

Por tanto, la identificación de los límites de extensión subjetiva del derecho de sufragio en las elecciones municipales respecto a los residentes no nacionales, en relación al artículo 13.2 de la Constitución, conlleva importantes consecuencias jurídicas, especialmente si se entiende —como parece hacerlo con unanimidad la doctrina, e incluso ha sido reconocido reiteradamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (84)—, que es el artículo 23 de la Constitución el que contiene, como afirma M. Ramírez, “el reconocimiento genérico” (85) del derecho a la participación en los asuntos públicos,

(82) Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, Fto. Jco. 4.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 135, págs. 12-13.

(83) Fto. Jco. 3.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 44, pág. 1.405.

(84) En este sentido, cabe citar especialmente la Sentencia núm. 5/1983, de 4 de febrero, donde el Tribunal Constitucional afirma —partiendo de la “íntima conexión de los dos apartados del artículo 23” de la Constitución— que “lo dispuesto en el artículo 23.1 es, sin duda alguna, aplicable a los Concejales que, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución, ‘serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre y secreto, en la forma establecida por la Ley’”, por cuanto que este precepto “consagra (...) el derecho de los ciudadanos” a participar en los asuntos públicos por medio de “representantes” libremente “elegidos” en “elecciones periódicas”, lo que evidencia (...) que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar (...) y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado de democrático de Derecho” (Fto. Jco. 4.º, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 23, pág. 234).

(85) RAMÍREZ, M.: *La participación política*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 39.

teniendo como sujeto a los ciudadanos “en tanto que nacionales españoles, con expresa exclusión de los extranjeros” (86), tal y como corresponde a su condición de derecho derivado de la localización de la soberanía nacional en el pueblo español, del que “emanan todos los poderes del Estado” (artículo 1.2.º).

En este sentido, J.M. Serrano Alberca afirma que el artículo 13.2 de la Constitución “establece una limitación genérica para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 23”, a través de la cual “cobra fuerza y concreción (...) la limitación del ejercicio de derechos políticos por los extranjeros” (87). Más aún, A. Luchaire mantiene que los derechos reconocidos a través del establecimiento de la “ciudadanía de la Unión” no son equiparables a los derechos de los ciudadanos tal y como eran proclamados —en contraposición a los derechos del hombre— en la Declaración de 1789 porque, estima, “el artículo 8 del Tratado limita los derechos —y deberes— del ciudadano de la Unión a aquellos previstos por el propio Tratado” (88).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende en su Declaración que el artículo 23 de la Constitución no contiene “límites subjetivos algunos” que impidan la extensión de los derechos allí reconocidos, por Ley o por Tratado, a los no nacionales, introduciendo en su argumentación una distinción entre los órganos de representación política a los que hace referencia el artículo 23 de la Constitución, basada en la diferenciación entre aquellos que “ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía” —en cuyo ámbito el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los extranjeros colisionaría con el artículo 1.2 de la Constitución—, y aquellos otros en los que no concurren tales elementos —y, por tanto, no existe impedimento de carácter “sustancial” que dificulte el reconocimiento del derecho de sufragio a los no nacionales—, como es el caso de los municipios.

De este modo, la Declaración desplaza el problema concreto de las consecuencias derivadas de la atribución del derecho de sufragio pasivo a los extranjeros hacia el ámbito de una distinta naturaleza de los órganos de representación política, deslindando claramente el contenido de los artículos 1.2 y 23 de la Constitución del artículo 137, cuando la relación entre todos ellos ya había sido establecida con anterioridad —por ejemplo, en la Sentencia núm. 23/1984, de 20 de febrero, antes citada—, con el resultado de posibilitar la re-

(86) RAMÍREZ, M.: *La participación política*, op. cit., pág. 42.

(87) SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentarios a la Constitución (artículo 13)*, dirigido por F. Garrido Falla, op. cit., pág. 228.

(88) LUCHAIRE, F.: “L’Union européenne et la Constitution. II partie: La révision constitutionnelle. III partie: Commentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992”, *Revue du Droit Public*, julio-agosto, 1992, pág. 958.

forma constitucional por la vía menos agravada del artículo 167, pero, al mismo tiempo, dilatando temporalmente el problema de la extensión de los derechos de representación política a los extranjeros en el marco de la Unión Europea.

Porque como establece el propio Tratado de la Unión Europea, existe la posibilidad de que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo”, adopte “disposiciones encaminadas a completar los derechos previstos en la presente parte y recomendar su adopción a los Estados miembros con arreglo a sus respectivas normas constitucionales” (artículo 8E), en cuyo caso la hipotética extensión de los derechos contenidos en el artículo 23 de la Constitución española, cuyo ejercicio viniera referido a la conformación de órganos representativos —de aquellos que, según el propio Tribunal Constitucional, ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad de la soberanía por el pueblo español—, probablemente plantearía, siguiendo la propia argumentación del Tribunal, su colisión con el artículo 1.2 y, por tanto, exigiría la reforma de la Constitución por el procedimiento agravado del artículo 168.

La utilización de una u otra vía de reforma constitucional resulta evidente que conlleva diferentes e importantes consecuencias jurídico-políticas, reflejadas incluso en la misma denominación utilizada para calificar una u otra, como expresa J. Pérez Royo al distinguir entre “reforma parcial o reforma a secas” —regulada en el artículo 167 (89)—, y reforma total o “reforma parcial asimilada a la total” (90) —contenida en el artículo 168 de la Constitución—.

A este respecto, se ha de mencionar que, como afirma P. de Vega, la solución al conflicto entre “la soberanía popular y la soberanía de la Constitución”, se opera a través de la “técnica de la reforma constitucional” (91) que, en el ámbito jurídico positivo, se concreta “en un conjunto de normas procedimentales por las que se establece un mecanismo más complejo, agravado y difícil para la revisión de la Constitución que el que se sigue para la modificación de las leyes ordinarias” (92). Sin embargo, es su análisis jurídico-material —más que el meramente formal-procesal—, el que adquiere especial relevancia pues, a su juicio, “es en las normas de re-

(89) PEREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pág. 187.

(90) PEREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, op. cit., pág. 189.

(91) DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, págs. 20-21.

(92) DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit., pág. 79.

forma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valora el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución” (93).

Además, el artículo 168 de la Constitución no contiene únicamente un procedimiento especialmente complejo de reforma, sino también “la tesitura de determinar los contenidos ‘afectados’”, lo que, inevitablemente, conduciría a una “disparidad doctrinal a la hora de precisar el sentido en que la reforma de determinadas partes del articulado puede ‘afectar’ a los contenidos especialmente protegidos en el mencionado artículo 168” (94). Todo ello, “al margen de las dificultades que plantea la propia interpretación del artículo 168”, que no prevé “la existencia de una Comisión Mixta” que resuelva las posibles discrepancias surgidas entre las Cámaras sobre el “principio de revisión”, así como al “no especificar si las nuevas Cortes pueden ir más allá de ese ‘principio’ en la reforma” (95), etc.

En este sentido, no se puede olvidar que, como afirma P. de Vega, en la “Constitución formal” es posible distinguir “dos normaciones diferentes”, una de mayor “rango”, constituida por los preceptos incluidos en el artículo 168, y otra, a la que denomina “Constitución menor”, formada por el resto del articulado, cuyo procedimiento de reforma es el contenido en el artículo 167 del texto constitucional. Esta diferenciación formal incluso podría dar lugar, a su juicio, a la aparición de “preceptos constitucionales inconstitucionales” (96) —o, más concretamente, “formalmente” inconstitucionales—, a través de Leyes de Reforma que, afectando a las materias señaladas por el artículo 168, se elaboran, sin embargo, por el procedimiento de reforma establecido en el artículo 167 (97).

En definitiva, a través de la Declaración de 1 de julio de 1992, el Tribunal Constitucional viene a interpretar, en último término, no sólo el ámbito materialmente determinado por el artículo 168 de la Constitución, sino también la propia “dimensión material” que, normativamente, alcanza en nuestro tex-

(93) DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit., pág. 81.

(94) BONACHELA MESAS, M.: “Algunas consideraciones sobre el significado de la reforma en la Constitución española de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 1986, págs. 70-71.

(95) BONACHELA MESAS, M.: “Algunas consideraciones sobre el significado de la reforma en la Constitución española de 1978”, op. cit., pág. 73.

(96) DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit., pág. 153.

(97) En cualquier caso, estaríamos ante “posibles inconstitucionalidades formales”, y, en su opinión, “bajo ningún concepto cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad material” (VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit., pág. 155).

to constitucional el principio democrático (98), precisamente en virtud de la interpretación y significado que atribuye no ya al conjunto de los “derechos fundamentales”, sino, más específicamente, al derecho de sufragio pasivo en su extensión a los no nacionales.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, conforme al propio artículo 8 del Tratado de la Unión Europea, las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio serán objeto de regulación antes del 31 de diciembre de 1994 —y entre ellas se podrán contener excepciones “cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”—, en virtud de la condición de “reciprocidad” bajo la cual ha sido reconocido el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales —tal y como dispone el artículo 13.2 de la Constitución—, y sobre la que el Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado, sin que el Tratado precise en ningún momento si dicha regulación deberá ser objeto de una directiva, un reglamento o de recomendaciones a los Estados, aunque, a juicio de F. Luchaire, en cualquier caso, “las leyes nacionales serán necesarias” para proceder a la adecuación de los ordenamientos de los Estados miembros” (99).

V. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto al inicio del presente trabajo, la pretensión no era otra que la de llevar a cabo una primera aproximación a las consecuencias jurídico-constitucionales que en nuestro ordenamiento puedan derivarse del reconocimiento de una “ciudadanía de la Unión” y, más concretamente, de las implicaciones de idéntica naturaleza que conlleva la extensión de la titularidad del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión, a partir de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional español, cuya Declaración al respecto ha supuesto la posibilidad de reforma del texto constitucional, así como la significación y algunas de las consecuencias jurídicas que dicha reforma adquiere, a partir de algunas de las argumentaciones elaboradas por el Tribunal en su Declaración.

En principio, por tanto, se han de subrayar las múltiples y evidentes consecuencias jurídicas derivadas del hecho de que el reconocimiento de la “ciudadanía de la Unión” se proclame en un documento que ni por su naturaleza jurídica ni por sus características es equiparable a las clásicas Declaraciones, si bien para ello el análisis se ha desarrollado utilizando una “téc-

nica” que procede de éstas y que opera en el marco de un modelo de organización política basado, precisamente, en el papel todavía angular de los Estados-naciones.

En este sentido, no se puede olvidar que entre las Declaraciones recogidas en el Acta Final, la “Declaración relativa a la aplicación del Derecho comunitario” afirma, entre otros extremos, que “corresponde a cada Estado miembro determinar la mejor forma de aplicar las disposiciones del Derecho comunitario”, y si bien es cierto que se han de respetar, “en todo caso”, las previsiones establecidas en el art. 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, también que se ha de llevar a cabo “teniendo en cuenta las instituciones, el ordenamiento jurídico y otras condiciones específicas de cada Estado”, si bien la Conferencia estima que “para el buen funcionamiento de la Comunidad”, las medidas adoptadas en los distintos Estados miembros han de conducir “a una aplicación del Derecho comunitario con la misma eficacia y rigor que en la aplicación de sus respectivos Derechos nacionales”.

Sin embargo, las consecuencias derivadas de la eficacia jurídica de la proclama y sus repercusiones políticas para el futuro de la Unión Europea no han hecho nada más que comenzar.

De este modo, parece obligado subrayar que, dejando al margen la polémica planteada acerca de la diferenciación entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos” (o “derechos del hombre”) —y las consecuencias jurídicas y políticas asociadas a ella (100)—, resulta innegable que en los últimos años parece tomar cuerpo la idea de que la actual “etapa de positivación de los derechos humanos” estaría caracterizada por el fenómeno de su “internacionalización” (101), como un paso más del “garantismo” que, en este tema, caracteriza al constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.

Sin embargo, no resulta ésta una tarea jurídica y políticamente exenta de problemas, pues si bien parece evidente, como afirma P. Lucas Verdú, que “el tiempo de la soberanía nacional clásica (coincidencia entre su alcance jurídico y político) ha pasado”, de modo que la propia “crisis del Estado nacional soberano” exige que la cuestión de la soberanía se “redimensione”, especialmente “en el plano de las relaciones exteriores” (102), no resulta posible soslayar los problemas que ello plantea respecto al modelo de Estado-

(98) ARAGON REYES, M.: *Constitución y democracia*, op. cit., pág. 104.

(99) LUCHAIRE, F.: “L’Union européenne et la Constitution. II partie: La révision constitutionnelle. III partie: Commentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992”, op. cit., pág. 962.

(100) Vid. al respecto PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1983, donde, junto a la exposición de la propia tesis del autor respecto a la naturaleza y carácter de los derechos fundamentales, se reproduce la polémica suscitada en oposición a la tesis defendida por M. Atienza.

(101) PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 41.

(102) LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho político*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 132.

nación al que históricamente se han encontrado vinculados los “derechos fundamentales” y a la “técnica constitucional” que, en definitiva, ha permitido su efectividad jurídica.

Más concretamente, podría afirmarse que la estrecha vinculación histórica—cuya plasmación a nivel jurídico-constitucional es evidente—, de determinados “derechos fundamentales”—especialmente de aquellos referidos al ejercicio de la soberanía—, con el Estado-nación, exige que la extensión de la titularidad subjetiva de tales derechos más allá de los límites de éste, hacia la configuración del denominado *status activis homini*, haya de pasar por la previa construcción jurídica y política de otro “modelo” de Estado y/o de organización jurídica y política cualitativamente diferente a los Estados-nación, y éste parece ser el espíritu que alienta en estos momentos a la Unión Europea, a través del establecimiento de unas bases jurídico-políticas que podrían estimarse como cualitativamente diferentes a las existentes hasta ahora (103).

Unicamente a través de la superación del marco jurídico y político configurado por los Estados-naciones y, por lo tanto, del concepto de “soberanía” que les es implícito, cuya realización exige la “disponibilidad” de un nuevo “modelo” de organización jurídica y política en el que tengan cabida los Estados-naciones actuales—sea cual sea su naturaleza—, pero que indudablemente deberá respetar los contenidos básicos de lo que constituyen los Estados sociales y democráticos de Derecho en los países de Europa occidental—en tanto que contenidos constitucionalizados como supuestos básicos que definen el constitucionalismo del último período histórico (104)—, será posible un camino “real” para la configuración jurídico-constitucional de los “derechos fundamentales” en ese proceso de internacionalización que, además, conlleva su reducción hacia la unidad en aquel *status activi homini*, que se mencionaba anteriormente.

Por lo demás, la argumentación del Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992, introduce una distinción que podía tener relevancia jurídico-constitucional y cuya mención resulta obligada, por las consecuencias que pudiera adquirir en un futuro más o menos próximo.

En efecto, el Tribunal establece una diferenciación entre órganos de representación política atendiendo a lo que considera una “distinta naturaleza” de los mismos, de modo que, de un lado, existirían, a su juicio, unos órganos

de representación política que ostentarían “potestades atribuidas directamente por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía” y, por lo tanto, estima, “ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía”, en cuyo caso el ejercicio del derecho de sufragio estaría encuadrado en el contexto definido por el artículo 1.2 de la Constitución. De otro lado, existirían unos órganos de representación política—como es el caso, afirma, de los municipios—, cuyas competencias no tendrían su origen inmediato en aquellas normas, de modo que, en tales supuestos, el ejercicio del derecho de sufragio no tendría relación con el principio consagrado en el artículo 1.2 de la Constitución española.

La introducción de una diferenciación de ese carácter respecto a los órganos de representación política plantea, de modo más o menos inmediato, la posible existencia de una doble naturaleza respecto al concepto de representación en el ámbito político y, en su consideración más extrema, la posibilidad de subrayar gradualmente, incluso de modo excluyente, el carácter meramente administrativo y no político de los órganos de representación municipales.

Estaríamos, por tanto, ante la posibilidad de que se produjera una ruptura de la ecuación representación = elección que, según afirma P. Lucas Verdú, unida a la responsabilidad política de los elegidos, determina el “nivel de democraticidad” de los órganos del Estado—entre los que cabe incluir los municipios, a los que la Constitución reconoce “personalidad jurídica plena” en el artículo 140 (105)—, e, incluso, resultaría difícilmente armonizable con lo que A. Garrorena denomina “soporte actual e inmediato del sistema de participación” que, en el texto constitucional, expresa “la aspiración a un “Estado democrático” más pleno y vigorosamente participativo”, según se deduce, a su juicio, del mandato constitucional a los poderes públicos para “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2 de la Constitución), lo que demuestra, afirma, “la intención constitucional de prolongar el modelo de participación efectivamente elegido como base del sistema con la recepción de determinados compromisos de transformación impuestos a todos los poderes del Estado” (106).

En particular, E. Peuchot afirma que la democracia y la soberanía nacional implican la “descentralización de la soberanía”, de modo que, en su opinión, no resulta posible sostener el carácter meramente administrativo de las elecciones locales, que son elecciones políticas “lo mismo que las elecciones

(103) Como demuestra el hecho de que en la Unión Europea se plantee el dilema entre “profundización” y “ampliación” (vid. YTURRIAGA BARBERAN, J. A.: “Evolución de la Unión Europea: ¿Profundización o ampliación?”, *Revista de las Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 2, 1992, págs. 491-515).

(104) A este respecto, vid. AJA, E.: “Estudio Preliminar”, en LASSALLE, F.: *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1984.

(105) LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho político*, Vol. II, op. cit., pág. 173.

(106) GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 148-149.

nacionales” y, del mismo modo, “se encuentran ligadas a la ciudadanía y al origen de la soberanía” (107).

En este sentido, se ha de tener en cuenta que si bien “la conexión descentralización-democracia no es absoluta”, como afirma P. Lucas Verdú, “la descentralización tiende a realizar las condiciones para el desarrollo de la democracia”, por lo que “es evidente que respecto a la relación entre el ente local y el miembro individual de la corporación se realiza una mayor participación del ciudadano en la vida comunitaria y, por supuesto, en los poderes públicos y prerrogativas de que disfruta”, en tanto que, concluye, “es una participación en la definición de las directrices y en el control democrático sobre la administración local” (108).

Habrà que esperar, por tanto, que esta diferenciación entre órganos de representación política no adquiera mayores repercusiones en la doctrina posterior del Tribunal Constitucional, ya que no dejaría de resultar un total contrasentido que una reforma de la Constitución que ha tenido como objeto extender un derecho clásico de participación —el de sufragio pasivo a los no nacionales— tuviera repercusiones totalmente contrarias a las pretendidas inicialmente, dificultando de algún modo el desarrollo de todas las posibles consecuencias derivadas de la consideración del “principio democrático” como “eje central del Estado constitucional de nuestro tiempo” (109).

LA RATIFICACION CONSTITUCIONAL DEL TRATADO DE LA UNION EUROPEA

FERNANDO DíEZ MORENO

Abogado del Estado y Doctor en Derecho

(107) PEUCHOT, E.: “Droit de vote et condition de nationalité”, *Revue du Droit Public*, núm. 2, 1991, pág. 516.

(108) LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho político*, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 676.

(109) A este respecto, Vid. ARAGON REYES, M.: *Constitución y democracia*, op. cit., págs. 117-132.