
Cuadernos

de Integración Europea

Centre de Documentació Europea. Fundació General de la Universitat de València - #1 - Junio 2005

Número monográfico sobre la Constitución Europea

Coordinadores: Valentín Bou y María Cervera

ARTÍCULOS

- ★ Constitución Española y Constitución Europea
José Juste Ruiz
- ★ España ante la Constitución Europea
Cesáreo Gutiérrez Espada
- ★ Las Regiones y la Constitución Europea
Ana Enguídanos Weyler
- ★ Hacia una Política Europea de Seguridad y Defensa
Valentín Bou Franch
- ★ Constitución Europea y terrorismo
Antonio Fernández Tomás
- ★ La participación ciudadana en la Constitución Europea
Luis Jimena Quesada
- ★ Los procedimientos de revisión del Tratado Constitucional Europeo
María Cervera Vallterra

RESEÑAS

- ★ El derecho de autor en internet, de L. Garrote Fernández Díez
Ricardo García López
- ★ El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea,
de Íñigo Méndez de Vigo
Valentín Bou Franch
- ★ La ilusión constitucional. de X. Pedrol y G. Pisarello (ed.)
María Cervera Vallterra
- ★ Med.2003. Anuario del Mediterráneo
Alfonso Moreira
- ★ Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia,
de J. L. Arpio Santacruz
Ricardo García López

ISSN: en trámite

<http://www.cuadernosie.info>

Número 1 - Junio 2005 - Monográfico La Constitución Europea

Director

Antonio Alabau

Redactor Jefe

Alfonso Moreira

Coordinación del número

Valentín Bou y María Cervera

Consejo de Redacción

Valentín Bou, María Cervera, Ricardo García, María Casterà, José Luis
Espeso y Elvira Aleixandre

Comité Asesor

Josep Sorribes, Josep María Jordán, Cecilio Tamarit, Valentín Bou, Victor
Fuentes, Ana Enguídanos e Ignacio Alfaro

Maquetación

Javier Rodríguez

Cuadernos de Integración Europea

es una publicación trimestral en formato electrónico del Centre de
Documentació Europea de la Fundació General de la Universitat de València
<http://www.cuadernosie.info>

Fundació General
VNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Centre de Documentació Europea

Centre de Documentació Europea
Fundació General de la Universitat de València
Biblioteca de Ciències Socials
Campus de Tarongers
46071 València
Tel. 963 828 747
Fax 963 828 746
cde@uv.es
<http://cde.uv.es>

Constitución Española y Constitución Europea

 **José Juste Ruiz**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Valencia



Sumario: 1. La Constitución de un Estado y el Tratado “constitucional” de una Organización internacional supranacional. 2. Compatibilidad entre la Constitución española de 1978 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004. 3. Procedimiento para la prestación del consentimiento del Estado español. 4. Algunos aspectos de particular interés.



El examen de las relaciones entre el Tratado por el que establece una Constitución para Europa y la Constitución española de 1978 constituye un nuevo episodio de una cuestión ya clásica, que se inserta en el marco de las llamadas “relaciones de sistemas”.

El tema se plantea siempre que confluyen instrumentos pertenecientes a dos órdenes jurídicos diferentes: el Derecho internacional (universal o regional) y el Derecho interno o nacional. En el caso que nos ocupa, el problema se presenta con matices particulares, puesto que se trata de articular las relaciones entre un Tratado internacional, que pretende convertirse en la Constitución de una renovada (y ampliada) Unión Europea, y un texto constitucional de un Estado miembro, a cuya luz se debe dar o negar la aprobación al Tratado integrador.

Como veremos a continuación, el análisis de la cuestión requiere verificar la naturaleza propia de los instrumentos jurídicos en presencia, examinar la compatibilidad esencial de sus disposiciones y determinar finalmente el cauce procedimental a través del cual puede dar el Estado español su aprobación al Tratado constitucional cuya ratificación se le propone. Unas breves consideraciones finales se consagrarán a algunos elementos particularmente relevantes del Tratado, a la hora de su aceptación.

1. La Constitución de un Estado y el Tratado “constitucional” de una Organización internacional supranacional

La reflexión sobre la naturaleza jurídica de los dos instrumentos en presencia debe partir del reconocimiento paladino de su diferente estatuto formal y material.

En efecto, la Constitución española de 1978 constituye la Carta Magna de un Estado soberano, con la condición política y jurídica de tal. En cambio, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pese al tenor literal de su título, no es sino un Tratado internacional que aspira a configurar una etapa constitutiva en el camino de la integración europea. La pretendida dimensión constitucional del Tratado cuya aprobación se plantea debe considerarse por ahora como una orientación “pro futuro”, más que como una realidad constituyente en sentido propio. Así lo entendió el propio Gobierno de la Nación que en su requerimiento al Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y determinados artículos del Tratado europeo (Art. I-6, II-111 y II-112), afirmó textualmente que:

“debe subrayarse, pese a su obviedad, que el texto examinado es un tratado internacional, formal y materialmente, sin que pueda por ello negarse que tiene también, por su contenido general, muchas de las características propias de un texto constitucional.”

Desde un punto de vista formal es claro que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa es pura y simplemente un tratado internacional, independientemente de su relevancia histórica y política. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 29 de marzo 1969, que constituye el marco de referencia en la materia, afirma en su artículo 1 que “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional ... cualquiera que sea su denominación particular”. La práctica internacional, entre la variada gama de denominaciones particulares que han sido dadas a los tratados a lo largo de los tiempos, conoce ya diversos casos en los que el acuerdo constitutivo de una Organización internacional ha recibido el título de “Constitución” de la misma. Pueden citarse como ejemplos la Constitución de la OIT (1919), la Constitución de la UNESCO (1945), la Constitución de la de la FAO (1945), la Constitución de la de la OMS (1946) y varias otras. La naturaleza propia de los tratados internacionales se define por su contenido y no por su denominación, por lo que todo acuerdo internacional que establece el estatuto de una organización compuesta por Estados, debe considerarse como un tratado constitutivo y no propiamente como una Constitución.

Otra cosa sería si, desde un punto de vista sustantivo o material, el Tratado de que se trata poseyera efectivamente el carácter de Constitución de un nuevo Estado, nacido a la vida internacional mediante la integración disolutiva de las unidades estatales que suscriben el nuevo instrumento constitucional. No es éste todavía el caso del Tratado por el que se establece una Constitución para

Europa, con independencia de los avances muy relevantes que contienen sus disposiciones materiales. El nuevo Tratado europeo supone un importante paso adelante en el proceso de integración supranacional emprendido por los tratados originarios hace ya más de 50 años, pero no establece propiamente la "Constitución" de un nuevo ente estatal.

En realidad, tenemos ante nosotros, por un lado, la Constitución española de 1978 que consagró la ruptura histórica post franquista, sentando las bases de la transición a la España democrática, a la apertura internacionalista y a la integración en Europa. También tenemos, en el otro lado, un nuevo Tratado por el que se revisan, unifican, simplifican y mejoran los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y se da a la Unión Europea una nueva dimensión constitucional. La saga constitutiva de una Europa "supranacional" se ha venido operando a través de sucesivos tratados de revisión entre los que cabe señalar el AUE de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2001 y ahora el Tratado de Roma de 29 de octubre de 2004. También se ha realizado, a través de los sucesivos acuerdos de ampliación, mediante los Tratados de adhesión de 1972 (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca), 1979 (Grecia), 1985 (España y Portugal), 1994 (Austria, Finlandia y Suecia) y 2003 (Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia). La Unión Europea enfoca así una nueva etapa en el largo camino hacia la plena integración económica y política, que pretende superar la antinomia entre integración y ampliación mediante una mutación por vía "constituyente". El instrumento para hacerlo es un Tratado internacional que define un objetivo constitucional cuya consecución y evolución pertenece al futuro. Así lo ha afirmado con cierto gracejo una ilustre profesora especializada en el tema:

"Lo confuso es como ha sido bautizada: Constitución para Europa. No es una Constitución ni es para toda Europa. Es un Tratado internacional y la Unión Europea una organización internacional singular. Pero por su finalidad y estructura es una constitución *material* en el sentido de ser las reglas fundamentales de convivencia entre ciudadanos y Estados soberanos e independientes. Pero es un niño (un Tratado) con nombre de niña (Constitución)." (Araceli Mangas Martín, *La Constitución Europea*, Madrid (Iustel) 2005, en la contraportada).

Quizás el Tratado que ahora examinamos haya abierto una etapa final hacia la configuración de unos Estados Unidos de Europa que, caso de llegar a establecerse, requerirían efectivamente de una verdadera Constitución.

2. Compatibilidad entre la Constitución española de 1978 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004

La decisión de aceptar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa por parte del Estado español debe partir del examen de la compatibilidad sustancial entre las disposiciones contenidas en ambos instrumentos.

No cabe duda a este respecto que la Constitución española y el Tratado constitucional europeo se inspiran en los mismos valores democráticos y objetivos internacionalistas. Por lo que respecta a los valores democráticos, el texto de la Constitución europea es sin duda suficientemente explícito cuando afirma en su artículo I-2 que “la Unión se fundamenta en los valores de respecto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respecto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” Más notables todavía son los objetivos internacionalistas que inspiran a la Unión en su actual etapa constitucional. El artículo I-3 señala entre ellos la finalidad de promover “la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos”, el “desarrollo sostenible” basado, *inter alia*, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y la “riqueza de su diversidad cultural y lingüística”. Estos objetivos internacionalistas aparecen sintetizados en el apartado 4 del propio artículo I-3 que afirma:

“En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como el estricto respeto al desarrollo del Derecho internacional en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.”

Más allá de estas orientaciones básicas, es conveniente subrayar que el Tratado constitucional de la Unión respeta escrupulosamente la existencia, igualdad e integridad de los Estados miembros. El artículo I-5, relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, afirma textualmente en su apartado 1 que “la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.” En contrapartida, los Estados miembros asumen el principio de cooperación leal, conforme al cual la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución. A tal efecto,

los Estados miembros deberán asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma (Artículo I-5, apartado 2) y aceptar que la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en ejercicio de sus competencias primará sobre el derecho interno de los Estados (Artículo I-6).

Con este marco de referencia no parece en modo alguno dudoso que pueda llevarse a cabo, mediante la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, la transferencia “funcional” de competencias constitucionales que dicho tratado requiere. El artículo 93 de nuestra Constitución, que permite celebrar tratados “por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” parece conferir una cobertura constitucional suficiente a la transferencia que ahora se solicita. En este punto, las dudas que pudiera suscitar la mayor envergadura de las transferencias constitucionales operadas con relación a los tratados de revisión anteriores, queda compensada por el reconocimiento expreso en el presente Tratado del carácter reversible de las transferencias en causa. En efecto, como subrayara nuestro Tribunal Constitucional en la declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, la salvaguardia de la soberanía española “siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado” en cuya virtud “todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.”

El principio de cooperación leal establecido en el artículo I-5 respeta por tanto plenamente la autonomía institucional y procesal de los Estados miembros en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado constitucional y del Derecho adoptado por las instituciones de la Unión. El artículo I-11 del Tratado reitera formalmente el mantenimiento de la vigencia de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, lo que sin duda restringe notablemente el alcance de los poderes normativos y efectivos de la Unión en su etapa constitucional. En opinión de nuestro Tribunal Constitucional estos principios constituyen una garantía suficiente de la contención con la que las instituciones de la Unión ejercerán los poderes que en virtud de del presente Tratado se le transfieren. En tal sentido, la Declaración del tribunal constitucional explica que, “por lo que hace al modo de distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, los artículos 1-12 a 1-17 del Tratado definen con mayor precisión el ámbito competencial propio de la Unión. En consecuencia el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España. Pero sobre todo, se advierte que las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución ... (y) en el caso difícilmente concebible de que la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable ... con la Constitución española, sin que los excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se

suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes.” Estas últimas palabras del párrafo transcrito son seguramente excesivas, además de clamorosamente lacónicas respecto que cuáles son en realidad esos “procedimientos constitucionales”, que permitirían contener los eventuales “excesos” del Derecho derivado Europeo. Pero, con eso y con todo, la argumentación del Tribunal constitucional es en sustancia correcta y encuentra además un respaldo final en la salvaguardia que resulta que la posibilidad de retirarse de la Unión en las condiciones previstas en el Artículo 1-60 del Tratado que, en palabras del TC, “queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

3. Procedimiento para la prestación del consentimiento del Estado Español

El procedimiento para la prestación del consentimiento del Estado español en obligarse por el Tratado que establece una Constitución para Europa debe seguir los cauces previstos en la propia Constitución Española que son, en este aspecto, muy completos.

Ya se ha indicado que el artículo 93 de la Constitución prevé que mediante Ley orgánica se pueda autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Y, en el caso de que se pensara que la transferencia de competencias proyectada supone una violación de las disposiciones de nuestro texto constitucional, la propia Constitución española prevé el procedimiento a seguir a tal efecto. Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución:

- 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
- 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal constitucional para que declare si existen o no esta contradicción.

Curándose en salud frente a posibles suspicacias, el Gobierno español solicitó inicialmente un dictamen del Consejo de Estado, que fue efectivamente emitido por éste alto órgano asesor el 21 de octubre de 2004. En su dictamen, el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que el Artículo 93 de la Constitución era el cauce idóneo para ratificar el Tratado y que, aunque pudieran presentarse algunos escollos, no existían incompatibilidades sustanciales ni con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ni con el estatuto de la ciudadanía europea (sic). Más reticente fue el dictamen del Consejo de Estado sobre la compatibilidad constitucional del principio de primacía del Derecho de la Unión, contenido en el artículo 1-6 del nuevo Tratado constitucional europeo. El Consejo de Estado entendió así que “la redacción del artículo 1-6 del nuevo Tratado de la Unión puede chocar con la consideración de la Constitución Española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y recomienda, a este respecto, que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 CE para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española”.

Consiguientemente, en virtud del acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004, el Gobierno de la Nación requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre los dos textos considerados, indicando incluso los puntos concretos a examinar. El Tribunal Constitucional pronunció su Declaración decisoria 1/2004 el 13 diciembre 2004, afirmando en esencia la inexistencia de contradicción entre los dos textos considerados y la idoneidad del artículo 93 de en nuestra Constitución para autorizar la prestación del consentimiento del Estado español al Tratado europeo de cuya celebración se trata. En este punto, la Declaración 1/2004 recuerda los pronunciamientos contenidos ya en la precedente Declaración 1/1992 de 1 de julio, emitida por el Tribunal Constitucional con relación a la prestación del consentimiento del Estado español al tratado de Maastricht. Abundando en sus planteamientos, el Tribunal Constitucional afirma que “tal como se desprende de los trabajos de las Cortes constituyentes, el artículo 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las comunidades europeas, fenómeno de integración que iba más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas. Aquella fue una integración largamente anhelada y, sin ninguna duda, constitucionalmente querida y por ello facilitada por el citado artículo 93 CE.” Sobre estas bases, la Declaración del Tribunal constitucional concluye afirmando que “del artículo 93 CE, “fundamento último” de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario, hemos dicho que se trata de un precepto “de índole orgánico procedimental” (STC 28/191, de 14 de febrero, FJ 4, y DTC 1/1992, FJ 4) en cuya virtud es posible la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales ... El artículo 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el artículo 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al artículo 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.”

La Declaración del Tribunal constitucional no observa en el Tratado europeo contradicción alguna con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Tampoco cree el TC que exista contradicción substancial entre el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, al que se refiere el artículo I-6 del Tratado, y el principio de supremacía de la Constitución contenido en el artículo 9, 1 de nuestra Carta Magna. El TC considera por lo tanto compatibles la consideración de la Constitución española como norma suprema de nuestro ordenamiento y el reconocimiento de la aplicación preferente o prevalente del Derecho de la Unión. Recurriendo a conceptualizaciones dogmáticas para distinguir los conceptos de “primacía” y “supremacía”, la Declaración llega a la conclusión de que la supremacía de la Constitución es compatible con regímenes de aplicación que otorgan preferencia aplicativa a las normas de otro ordenamiento diferente del nacional, siempre que la propia

Constitución lo haya dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93. A mayor abundamiento, la Declaración del Tribunal Constitucional señala que esta situación ha sido aceptada entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades europeas en el año 1986 y que nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno, en el marco de las competencias cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias.

Tampoco estima el Tribunal Constitucional que exista contradicción entre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y los derechos y principios de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 e incorporada ahora al Tratado en su Título II. Así, aún advirtiendo las dificultades que resultan de la coexistencia de diferentes regímenes de tutela de los derechos fundamentales, no considera el Tribunal que exista contradicción entre la Constitución española y los correspondientes artículos del Tratado en los que se configura el ejercicio de esos derechos fundamentales en el seno de la Unión. En todo caso, el TC subraya que, llegado el caso, las eventuales antinomias podrán resolverse mediante los procedimientos constitucionales atribuidos a su conocimiento, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpelación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.

La Declaración del Tribunal Constitucional, al no apreciar contradicción entre las exigencias de la Constitución española y las obligaciones que implica la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ha dejado expedito el camino para la expresión del consentimiento del Estado español en obligarse por dicho Tratado. Sin embargo, el Gobierno de la Nación, en el ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 92 de la CE, decidió someter esta decisión política de especial trascendencia a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. Debe subrayarse que el recurso a la celebración de la consulta popular constituye una prerrogativa del Ejecutivo, que deberá ser previamente autorizado por el Congreso de los Diputados, y cuya convocatoria formal es hecha por el Rey. Y debe subrayarse también que el resultado del referéndum tiene carácter consultivo, por lo que el Gobierno de la Nación no está formalmente vinculado por el resultado del mismo. En todo caso, el referéndum se celebró con escasa participación y resultado ampliamente favorable a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa el día 20 de febrero de 2005.

Una vez cumplimentados todos estos pasos preliminares, la ratificación por España del Tratado debe ser sometida a la autorización de las Cortes Generales mediante una Ley Orgánica, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Española. El trámite parlamentario ya se ha iniciado mediante la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 28 de abril de 2005 y es de esperar que culmine mediante la aprobación del Senado en fecha próxima. A partir de ahí, se deberá notificar al depositario de Tratado (el Gobierno de Italia) la ratificación por parte del Estado español, que quedará vinculado

por el mismo. Sin embargo, la aplicación del Tratado sólo será efectiva cuando se produzca la ratificación de los 25 Estados miembros actuales de la Unión y dichas ratificaciones sean notificadas al depositario conforme a lo dispuesto en el artículo IV-447 del Tratado.

4. Algunos aspectos de particular interés

Algunas de las cuestiones evocadas de los epígrafes precedentes presentan un interés particular y merecen por tanto un breve comentario adicional.

4.1. Soberanía e integridad de los Estados Miembros

El primero de los elementos a destacar es el firme pronunciamiento del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en favor del respeto de la igualdad, identidad nacional e integridad territorial de los Estados miembros. Aunque éste es un punto que ya hemos examinado con anterioridad, resulta interesante tomar nota de que la construcción que contempla el Tratado constitucional Europeo no pasa por el abandono de la soberanía de los Estados miembros, ni por su progresiva sustitución por entidades sub-estatales. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas contempladas en el artículo 143 de nuestra Constitución, tampoco adquieren por medio del Tratado dimensiones soberanas ni capacidad para integrarse a título propio en el sistema de la Unión Europea (Ver: VV.AA. *La Constitución europea. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, especialmente G. Jáuregui, “Incidencia del Tratado Constitucional sobre la Comunidad Autónoma del País Vasco”, pp. 41-47).

Por el contrario, el Tratado que establece una Constitución para Europa reafirma que los Estados miembros en su composición actual conservan su identidad nacional (colectiva), inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, inclusive en lo referente a la autonomía local y regional. Frente a algunas interpretaciones sesgadas del proyecto de integración europea, el Tratado constitucional sigue la línea de sus predecesores en la clara afirmación del mantenimiento de la identidad y continuidad de los Estados miembros a lo largo del proceso. Como ha subrayado con acierto Araceli Mangas “la primacía del Tratado constitucional no afecta al origen de la competencia de la Unión Europea, que seguirá siendo nacional, a diferencia de las Constituciones federales que proclaman que el origen de la competencia federal está en la misma Constitución federal. El origen de la competencia europea está en las Constituciones nacionales. Nuestras Constituciones podrán seguir condicionando el alcance de la atribución actual y futura de las competencias a favor de la UE ... Pero es que además el Tratado hace un *guiño seductor* a los Estados y a sus Constituciones nacionales añadiendo ... unas nuevas frases en el artículo I-6,1 reconfortantes para la soberanía nacional y la identidad Constitucional de cada Estado miembro ... ” Se trata de las frases antes transcritas (*supra*, sección II) que confirman la igualdad, identidad e integridad de los Estados miembros, elementos cuya importancia ha sido también destacada por el

Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004 con objeto de interpretar correctamente la primacía proclamada y el marco en el que se desenvuelve.

4.2. Protección de los Derechos fundamentales

La incorporación de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión, adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, con ligeras adaptaciones, en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (artículos II-61 a II-114) ha sido objeto de una apreciación globalmente favorable. Debe observarse, en todo caso, que esta incorporación implica una mutación en la naturaleza jurídica de la Carta que pasa de ser un instrumento declarativo o proclamatorio a un texto convencional con efecto jurídico obligatorio para las Partes que suscriban el nuevo Tratado constitucional.

Por lo que a nosotros respecta, la cuestión principal consiste ahora en saber si la configuración de estos derechos en el Tratado constitucional europeo supone un obstáculo para la aceptación del mismo por parte del Estado español. Ya dijimos que el Consejo de Estado había sido bastante contundente al indicar los problemas que pueden resultar de la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea). El Tribunal Constitucional asumió también esta dificultad, pero no apreció una contradicción insalvable entre la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y la formulación que de los mismos llevar a cabo el Tratado constitutivo.

Teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas por el Gobierno se ceñían a la compatibilidad constitucional de los artículos II-111 y II-112 del Tratado, la Declaración de nuestro Tribunal Constitucional desestima la existencia de incompatibilidad constitucional basándose en tres consideraciones esenciales. En primer lugar, la Carta no altera el régimen de competencias de la Unión y de los Estados Miembros en el ámbito de los derechos fundamentales ni crea un nuevo título competencial en la materia. Como señala expresamente el artículo II-111, párrafos 2, del Tratado “La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, y no crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas las demás partes de la Constitución”. Partiendo de esta premisa, la Declaración de nuestro Tribunal Constitucional encuentra un argumento adicional de compatibilidad en la consideración de que las disposiciones de la Carta tendrán un sentido y alcance “igual” al que les Confiere el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (del que España es Parte) y se interpretarán “en armonía” con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros (Artículo II-112, 3 y 4). Por ello, la Declaración afirma que “el valor interpretativo que tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del artículo 10.2 CE) como el mismo artículo 2-112 (párrafo séptimo)

operan como un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común al establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el artículo 1-9,2 determina en términos imperativos que ‘la Unión se adherirá al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales’”. Por otra parte, aunque se contempla la posibilidad de que el Derecho de la Unión conceda una protección “más extensa” a los derechos fundamentales en ella reconocidos (II-112, 3 in fine), el Tratado afirma que ninguna disposición de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva del nivel de protección reconocido, en su respectivo ámbito, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales... así como por las constituciones de los Estados miembros (II-113).

Hay que entender por lo tanto que las disposiciones de la Parte II del nuevo Tratado constitucional europeo constituyen sólo un umbral que no puede poner techo a otras disposiciones que aseguren una mayor protección. Como ha explicado Araceli Mangas “no cabe una *reformatio in peius* en materia de derechos fundamentales, no cabe empeorar los estándares de protección esgrimiendo la Carta. Toda nueva norma o sirve para mejorar o se debe descartar su aplicación. Sólo cabe la evolución a mejor. Por tanto, siempre se debe aplicar aquella fuente de derechos en vigor que otorgue la mayor protección. La Carta no fue planteada nunca como un mínimo denominador común, y por tanto habría que recurrir a la norma constitucional o internacional o comunitaria más protectora. La Carta nos garantiza en ese artículo 113 el más elevado nivel de protección en armonía con las tradiciones constitucionales comunes, con el Derecho de la Unión y con el Derecho internacional” (Ibid., p. 220).

4.3. Primacía del Derecho de la Unión y supremacía constitucional

También merece un breve comentario la cuestión relativa a la primacía del Derecho de la Unión, expresada de modo contundente en el artículo 1-6 del Tratado, y su compatibilidad con la proclamada supremacía de la Constitución española. La Declaración del Tribunal Constitucional traduce aquí, en su punto de partida, una cierta confusión respecto al papel que nuestra propia Constitución asigna a las normas del Derecho internacional en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la afirmación de la “supremacía por rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales”, aunque se diga que ya fue afirmada en la Declaración 1/1992, parece una afirmación exorbitante que no concuerda con la formulación constitucional en la materia ni ha sido seguida con carácter general por la jurisprudencia española, incluida la doctrina dominante del propio Tribunal Constitucional.

Dicho esto, la Declaración del Tribunal Constitucional sitúa la cuestión en un marco más idóneo cuando distingue entre los conceptos de “supremacía” y “primacía”, afirmando que son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Partiendo de esta distinción elemental, el Tribunal Constitucional puede afirmar con propiedad que “la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorgan preferencia aplicativa a normas del otro

Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93 ... en suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio ... ". Esta autolimitación constitucional, como recuerda la propia Declaración, ha sido efectivamente aceptada desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en el año 1986 y ha sido también pacíficamente reconocida por nuestra jurisprudencia en todos los órdenes. Y además, en el presente caso, el Tratado constitucional europeo atenúa el rigor de las transferencias normativas contempladas, ya que introduce particulares garantías de autocontención en el ejercicio de las mismas por parte de la Unión. La Declaración del Tribunal Constitucional recuerda así la limitación que se deriva del mantenimiento del principio de atribución, en cuya virtud la Unión ejercerá sólo las competencias que le son transferidas en virtud del Tratado. A ello hay que unir la garantía que implica el mantenimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el ejercicio de las competencias compartidas. Por último, también ayuda a desactivar los posibles obstáculos derivados de una concepción hipertrofiada de la supremacía constitucional, el avance en que el Tratado supone en la clarificación de los textos y sobre todo la posibilidad que ahora se añade expresamente de poner fin a la pertenencia a la Unión mediante una decisión unilateral del Estado en caso necesario. Esta salvaguardia adicional, expresada ahora formalmente en el artículo I-60 del Tratado, añade a la ratificación que se postula un elemento de reversibilidad que facilita su conciliación con el principio de "supremacía" constitucional.

Siendo correctas todas estas consideraciones del Tribunal Constitucional, no debe ocultarse que los problemas que suscita la envergadura de las transferencias del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución en el nuevo Tratado constitucional pueden plantear más problemas de los que la Declaración examinada evoca. En efecto, un elemento importante en relación con el alcance material del artículo I-6 que es que la primacía que en él se proclama se proyecta sobre la totalidad de las competencias atribuidas a la Unión en el nuevo Tratado y, por tanto, se extiende también al ámbito material de la cooperación judicial penal y policial, hasta ahora meramente intergubernamental, y formalmente también sobre la política exterior y de seguridad común (PESC). El Tribunal Constitucional se ha limitado a un escrutinio estructural cuyos resultados no arrojan ninguna contradicción insalvable en el proceso de transferencia de competencias mediante el nuevo Tratado constitucional europeo. Pero en realidad, el escollo podría estar no en el procedimiento de transferencia sino en el contenido material de las transferencias efectuadas. Como ha señalado también Araceli Mangas "lo que importa es saber si las nuevas competencias (en cooperación judicial penal y policial, el Fiscal Europeo, el control de las fronteras, etc.) o las modificaciones en el ejercicio de las competencias europeas modifican la esencia de la soberanía nacional y están o no amparadas por el precepto constitucional que permite su atribución, o bien requieren una revisión de la Constitución nacional." Quizás, en este sentido, haya sido más riguroso el escrutinio realizado por el Consejo Constitucional francés en su decisión de 19 de noviembre de 2004 en la que, sin entrar en consideraciones respecto de la primacía del Derecho Comunitario, que ya regía en la Unión Europea desde su fundación, se centró en el examen de la compatibilidad de fondo entre las normas contenidas en el Tratado y las reglas materiales de la Constitución francesa, llegando a la conclusión de que en algunos puntos se hacía necesaria la previa revisión constitucional.

4.4. Relaciones exteriores

Una consideración final, aunque breve, merece la configuración de la acción exterior de la Unión en el texto del nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Aunque se trata de una cuestión no evocada en la Declaración de nuestro Tribunal Constitucional, no cabe duda de la trascendencia que la configuración de la acción exterior de la Unión presenta con respecto a la ratificación del Tratado constitutivo.

Hay que señalar, en este punto, que el Tratado clarifica y simplifica notablemente el complejo ámbito de las relaciones exteriores de la Unión, aunque no haya cerrado todas las incógnitas que sobre la misma planean indefectiblemente. La clarificación operada comienza con la afirmación de la personalidad jurídica de la Unión, proclamado hoy formalmente en el artículo 1-7 del Tratado. También resulta clarificadora la afirmación expresa del compromiso de la Unión en la promoción de los valores democráticos, internacionalistas y “onusianos” que se formulan con rotundidad en el artículo 1-2 y 1-3.

Asimismo la nueva estructura del Tratado, permite una mejor sistematización de los diversos sectores que configura la acción exterior de la Unión Europea, a la que se dedica el Título V. El nuevo Tratado constitutivo comunitariza todos los sectores de la acción exterior de la Unión, que se someten a unos principios comunes enunciados como disposiciones de aplicación general (Capítulo I). Por lo demás, siguiendo la sistemática del Tratado, cabe distinguir varios sectores de la acción exterior de la Unión. Un primer sector, que podemos denominar diplomático-militar, queda configurada en el Capítulo II, correspondiente a la política exterior y de seguridad común (PESC), al que se añade ahora una dimensión específica de “defensa” (Sección 2) así como disposiciones relativas a su financiación (Sección 3). El Tratado contempla a continuación la acción exterior en el ámbito económico-comercial, para el que mantiene la denominación de “política comercial común” (Capítulo III), conservando la estructura anterior y con escasas modificaciones de envergadura. Más innovadoras resultan las disposiciones consagradas a la acción cooperativa y solidaria, formulada ahora en un Capítulo IV relativo a la “cooperación con terceros países y ayuda humanitaria”. De acuerdo con lo previsto en el Capítulo V, todos los acuerdos que se celebren en estos sectores de la acción exterior, más los que se derivan de las dimensiones externas de las distintas políticas comunitarias, así como de los acuerdos de asociación contemplados en el artículo II-324, deberán someterse al procedimiento de celebración recogido ahora en el artículo III-325.

El Capítulo VII trata de introducir una mayor coherencia entre los diversos ámbitos de acción exterior así como elementos de coordinación de la acción exterior de la Unión. También prevé el establecimiento de relaciones institucionales con terceros países y diversas Organizaciones internacionales, estableciendo delegaciones de la Unión que asumirán su representación bajo la autoridad del Ministro de Asuntos Exteriores de la misma, en estrecha cooperación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros. Estas previsiones del Tratado constitucional son ciertamente oportunas, habida cuenta de las disfunciones que se han producido hasta hoy en la

conducción de la acción exterior comunitaria. Está por ver si su potencial resulta capaz de poner orden de modo definitivo en este complejo ámbito del Derecho de la Unión.

Por último, el Título V relativo a la acción exterior de la Unión se cierra con un Capítulo VIII consagrado a la “aplicación de la cláusula de solidaridad”, que se concreta en el artículo III-329. El apartado 1 de este Artículo afirma que:

“Si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, a petición de sus autoridades políticas los demás Estados miembros le prestarán asistencia. Con este fin los Estados miembros se coordinarán en el seno del Consejo.”



España ante la Constitución Europea

 **Cesáreo Gutiérrez Espada**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia



1. ¿“Constitución” Europea?

1. Lo que llamamos Constitución Europea es un texto jurídico de 448 artículos acordado el 18 de junio de 2004 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados que forman la Unión Europea con el fin de reformar ésta.

Con ella, incluido el término utilizado (Constitución), se ha querido posiblemente manifestar que el proceso en pos de una Europa unida, iniciado en la década de los cincuenta por los seis Estados que dieron vida a las Comunidades Europeas, ha entrado en una Nueva Etapa con la incorporación al mismo de la mayoría de los Estados que vivieron desde 1945 separados del resto de sus vecinos por un "telón de acero".

Y es que el 1 de mayo de 2004, en efecto, han ingresado en la Unión como miembros de plenos derecho diez nuevos Estados, ocho de los cuales formaban parte del "mundo socialista", cuando no de la misma Unión Soviética, durante los largos años de la "Guerra Fría", y faltan dos que lo harán, si se cumplen los plazos previstos, en el 2007. Y no termina aquí todo: Los Estados resultantes de la disolución de la Yugoslavia de "Tito", esperan su oportunidad: Croacia, la Yugoslavia actual, Bosnia, Macedonia (...); y todavía el gran reto de la Unión, su "pasión turca".

La reforma, encarnada en un Tratado que se describe como el *que establece una Constitución para Europa*, quiere, parece, transmitir un mensaje al Mundo: La Unión aspira a ser la Casa Común de los Estados del Viejo Continente y una casa, además, con personalidad propia. La Unión, puede leerse en el art. 8 de la Constitución, posee, como sus Estados miembros, Símbolos de Identidad, una bandera (un círculo de doce estrellas sobre fondo azul), un himno (el de la Alegría de la Novena sinfonía de Beethoven) y una moneda única (el euro).

2. ¿Qué *metas* pretende esta entidad que llamamos Unión?, ¿con qué *instrumentos* cuenta para alcanzarlas?, ¿cuáles son los *órganos* a través de los que actúa?, y, en fin, ¿cuándo *entrará en vigor* la reforma que la Constitución encarna?.

3. Según el Tratado Constitucional el objetivo último de la Unión consiste en "promover la paz (...) y el bienestar de sus pueblos" (art. I-3.1). Noble pero genérico fin, que podría concretarse, siempre desde un planteamiento de síntesis, en la consecución de un triple objetivo:

A) La Unión quiere conseguir para sus ciudadanos un *espacio de libertad, seguridad y justicia*. Es decir, se pretende que en todos sus Estados miembros exista libertad de circulación tanto de personas como de los factores productivos, mercancías, trabajadores, servicios y capitales. La Constitución Europea desea que en este espacio de libertad puedan asentarse también personas que provienen de Estados terceros, menos favorecidos que los que forman la Unión, ya para encontrar en ella refugio ya para encontrar trabajo: Por eso el Tratado que la establece ha dispuesto que la Unión contará en su día con una *política común de asilo* que ofrezca a los refugiados condiciones y requisitos uniformes sea cual sea el Estado miembro en el que se encuentren; y también con una *política común de inmigración* que garantice a los ciudadanos extranjeros que desean trabajar en paz un estatuto jurídico básico válido para todo el territorio de la Unión. Pero dicho espacio de libertad debe asimismo seguro, de modo que la Unión Europea trabajará por profundizar la estrecha cooperación tanto policial como judicial ya existente entre sus Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transnacional, como el terrorismo, la trata de blancas, el narcotráfico, el blanqueo de dinero o los delitos contra la infancia.

B) La Unión Europea quiere un *mercado único*, regido en todos sus Estados por las mismas reglas y que asegure el desarrollo sostenible de todos ellos: Con un crecimiento económico equilibrado y estabilidad de precios, pleno empleo y progreso social, un elevado nivel de protección y mejora del medio ambiente; y todo ello en un contexto de economía social de mercado, tan alejado del modelo intervencionista y planificado que hundió en la miseria económica y el atraso tecnológico a los Estados del "mundo socialista" como del que representó ese capitalismo salvaje que asoló buena parte de Europa a finales del siglo XIX y que tan bien se describe en obras de la literatura universal, como las de Dickens, que atribuía a uno de los personajes de su novela *Tiempos difíciles* una opinión muy extendida entre los empresarios de la época sobre las personas de sus trabajadores: ¡Una panda de revanchistas que solo ansían cenar sopa de tortuga con cuchara de oro!.

C) La Unión Europea aspira a tener una *Política Exterior Común* que, llegado el caso, nos permita ver a todos sus Estados miembros en particular y a la Unión en general reaccionando del mismo modo, armónicamente, ante un fenómeno o situación internacional dada. Una Política Exterior que nos ahorre el bochorno de ver una Unión errática y contradictoria porque sus miembros entienden de manera muy distinta una determinada cuestión, "menor" como la que resultó de la toma del islote de Perejil por la gendarmería marroquí y su posterior recuperación por fuerzas armadas españolas o "mayor" como la que ha alimentado la ruptura del vínculo transatlántico con motivo de la "Guerra de Iraq" y el enfrentamiento entre Gran Bretaña y España de un lado con Alemania y Francia del otro. La

Constitución ha marcado, por lo demás, el camino que determinará el contenido esencial de esa Política Exterior Común, pues con ella la Unión Europea ha de promover: La paz en el mundo, el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre pero justo, la protección de los derechos humanos, el desarrollo sostenible del planeta y, como cierre de estos mandamientos, el estricto respeto del Derecho internacional en particular de los principios de la Carta de Naciones Unidas. La Política Exterior Común engloba, asimismo, unas *Política Común de Seguridad y Defensa*, hoy en sus balbuceos, pero en la que España debería en mi opinión implicarse profundamente y que apunta a dotar a la Unión de las capacidades militares suficientes que la permitan para participar con personalidad propia en las operaciones de mantenimiento de la paz, de gestión de crisis o de restablecimiento de la paz que la comunidad internacional decida, así como implicarse decisivamente en la lucha contra el terrorismo allí donde se manifieste y ayudar a los Estados que lo combaten.

4. La Constitución Europea, y a fin de alcanzar los objetivos apuntados, concede a la Unión toda una serie de competencias y poderes. En ciertas materias incluso, que su art. 13 explicita, sus Estados miembros renuncian al ejercicio de competencias soberanas, que transfieren a los órganos e instituciones de la Unión competentes para que en lo sucesivo ellos las gestionen; en estos ámbitos, la Unión posee *competencias exclusivas* (art. I-12.1 y I-13), por lo que respecto de ellos solo la Unión podrá legislar adoptando actos jurídicamente vinculantes para los Estados miembros y no éstos que únicamente podrán hacerlo cuando la Unión Europea les faculte al efecto o con el fin de aplicar las normas jurídicas por ella aprobadas.

En el ejercicio de sus competencias, la Unión utilizará distintas técnicas o instrumentos normativos, respecto de los que su Constitución, como hacen los Estados modernos, efectúa una distinción entre los niveles legislativo y reglamentario: Las *leyes* y las *leyes-marco europeas* determinarán los elementos esenciales de un ámbito material determinado respecto del que la Unión tenga competencias, concentrándose pues en los aspectos más importantes de la vida de los ciudadanos europeos; los *reglamentos* completarán o modificarán los elementos no esenciales de las leyes europeas.

La Constitución contiene, en relación con las normas jurídicas que la forman y que ella misma puede adoptar, una disposición de particular relevancia porque ha dado lugar a problemas en algunos de sus Estados miembros (art. I-6): En ella se afirma literalmente que tanto la Constitución como el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de sus competencias "primarán sobre el Derecho de los Estados miembros"; cuando los Estados miembros tengan que ratificar el Tratado Constitucional se encontrarán con que si lo hacen están aceptando esta disposición. Lo que, decía, plantea para algunos ciertos problemas: Así, en el caso de España, el Consejo de Estado consideró posible que el art. I-6 del Tratado Constitucional estuviese en contradicción con la Constitución Española vigente, cuyo art. 9 consagra como Norma Suprema para los poderes públicos y los ciudadanos españoles a la Constitución, la Española no la Europea dicho sea para entendernos (...). Y como el art. 95 de la Norma Fundamental establece que nuestro país no puede aceptar un tratado que contenga estipulaciones contrarias al tenor material o sustantivo de la Constitución a no ser que previamente se reforme esta, el Gobierno español no podría ratificar la Europea de resultar contraria a la Constitución Española sin previa reforma de la misma para hacerla decir lo que el art. 6 del Tratado Constitucional establece. El párr. 2 del art. 95 dispone un control previo de la

constitucionalidad de los tratados facultando tanto al Gobierno como a las Cámaras antes de proceder a la ratificación de un tratado dudoso a preguntar sobre el mismo al Tribunal Constitucional. Les confieso que no estoy seguro de que sea estrictamente necesario, pues ¿no se ha reconocido ya por la STC 28/1991, de 14 de febrero, que los jueces españoles cuando se enfrenten a un caso en que se de una contradicción entre el Derecho español y el Comunitario deben resolverlo sobre la base del principio de primacía de este último?; aunque bien mirado ¿quien es uno para enmendar la plana a todo un Consejo de Estado?, de modo que bueno será *ex abundante cautela* consultar al Tribunal Constitucional; se ha hecho, como es sabido, y éste, en una decisión que en ocasiones no es lo convincente que debiera, pienso, se ha pronunciado en el sentido de que no es preciso reforma alguna constitucional por esta causa (...).

5. En el ejercicio de sus competencias y a fin de conseguir los objetivos pretendidos, la Unión actúa por medio de órganos. El marco institucional propiamente dicho está integrado por cinco instituciones fundamentales, puede leerse en el artículo 19 de la Constitución: El *Parlamento Europeo*, el *Consejo Europeo*, el *Consejo de Ministros*, la *Comisión Europea* y el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Esto es, una institución nueva, el Consejo Europeo y la rebaja de "rango" del Tribunal de Cuentas, que desaparece de entre las instituciones propiamente dichas de la Unión.

2. No parece una reforma revolucionaria...

6. El Tratado que establece una Constitución para Europea no es sino una reforma de la actual Unión que, por lo demás, y pese a la sensación que algunos parecen interesadamente difundir de novedad y trascendencia no parece demasiado revolucionaria.

7. Se nos ha dicho, por ejemplo, que la Constitución permite que la Unión, como en los Estados modernos ocurre, adopte leyes y leyes-marco y que lo haga, como en sus Estados miembros, democráticamente, con la intervención en su elaboración del Gobierno (de los Estados que la componen y están representados en el Consejo) y del Pueblo (representados estos en el Parlamento Europeo).

Sí, sus arts. I-33 y 34 establecen, sin duda, que el Consejo "conjuntamente" con el Parlamento Europeo adoptará las leyes y las leyes-marco europeas. Pero ¿qué son las leyes y las leyes-marco sino los viejos reglamentos y directivas, que las Comunidades Europeas vienen adoptando desde su nacimiento en 1951 y 1957?. ¿No creó, acaso, el TUE (1992) el procedimiento de co-decisión en cuya virtud las normas se adoptan conjuntamente por Consejo y Parlamento, ¿no se ha ido extendiendo dicho procedimiento a nuevos ámbitos materiales por los Tratados de Ámsterdam (1997) y de Niza (2001)?; ¿y no es por ventura el "procedimiento legislativo ordinario" al que se refiere el art. III-396 de la CE y conforme al cual deben adoptarlas las leyes y leyes-marco el mismo procedimiento de co-decisión que se regula en el art. 251 del TCE?.

¿Dónde o en qué se cambia la Esencia en estos temas?. Concedo desde luego que el Tratado Constitucional clarifica el procedimientos de adopción de decisiones, lo simplifica, y amplía hasta convertirlo en la regla general el procedimiento hoy llamado de co-decisión. Y esto es bueno.

8. Se nos ha dicho también que la Constitución Europea incorpora un catálogo espléndido de derechos humanos. Sí, los arts. 61-114 de la misma, toda su Parte II, contiene la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, como las Constituciones modernas relacionan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (...). Pero, me pregunto, ¿acaso el Tribunal de Justicia no viene aplicando en su jurisprudencia el Derecho comunitario, por los menos desde principios de los setenta, con base en el respeto de los derechos humanos que ha inducido de los principios generales del Derecho y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros?.

¿Dónde está la revolución?. La Esencia permanece, aunque sí, hay que admitirlo, la incorporación expresa de este catálogo clarifica y ordena y aún completa su contenido. Porque se ha dicho, seguramente con razón, que es el más moderno y completo de los hasta ahora adoptados, pues tomando como base los derechos y libertades incluidos en el Convenio de Roma de 1950 lo pone al día y complementa. Y esto es bueno, aunque debe admitirse que desde otras concepciones, merecedoras acaso dado el alcance de su implantación en el mundo de reflexión, se hubiera deseado una mayor tutela, sin las ambigüedades que se detectan, del derecho a la vida de todo ser humano, del matrimonio como unión estable de hombre y mujer y de la familia, incluyendo la protección del derecho del niño a no ser adoptados por otro tipo de uniones ¹.

9. Se nos han cantado, desde el Gobierno y la Oposición, las excelencias de una Constitución en la que se establecen con precisión las respectivas competencias de la Unión Europea y las de los Estados miembros, para que, en jerga de políticos, no haya ni "demasiada Europa" ni "demasiado poca".

Y sí, los arts. 1-12 a 18 del Tratado Constitucional dan cuenta de los distintos tipos de competencias, empezando por las categorías de exclusivas, compartidas y de apoyo o complemento, y añadiendo la mención de otras como las de coordinación de las políticas económicas y de empleo de los Estados miembros así como para la definición y coordinación de las competencias de los Estados que la componen en los ámbitos de la PESC incluida la PCSD. Pero ya en 1985, podía leerse en los Manuales más conocidos de Derecho Comunitario, como el del profesor Guy Issac en su traducción al español de ese año, que las competencias de las entonces Comunidades Europeas se dividían en tres categorías: exclusivas, compartidas y de apoyo o complemento (...). Y es que fue el TJ el que por medio de su jurisprudencia ha ido "construyendo" a partir de la letra y espíritu de los Tratados constitutivos la doctrina de las competencias comunitarias (...).

La Constitución Europea no altera la Esencia de nada (...), aunque al incluirlas en el texto del Tratado que la establece y describirlas, hace más transparente el Derecho de la Unión sobre las competencias respectivas de la Organización y las de sus miembros.

• 1 "Nota de la Conferencia Episcopal Española sobre el próximo referéndum europeo" puede consultarse en *Alfa y Omega. Semanario católico de información*, núm. 473/10-II-2005, págs. 18-19 (pág. 19).

10. Se ha proclamado hasta la saciedad que la nueva Constitución reforma el sistema institucional para que funcione más ágilmente y mejor, e incluso que es necesaria para que funcione sin más. No es verdad. La reforma del sistema institucional que se llevó a cabo con el Tratado de Niza, en vigor desde el 1 de febrero del 2003, se hizo precisamente para eso. Pero en todo caso, la Constitución no modifica significativamente ni la composición ni el funcionamiento de Comisión, del Parlamento y del Tribunal de Justicia, tres de las cinco instituciones básicas de la Unión.

Es cierto que ha operado dos modificaciones institucionales (...) que en todo caso son de una novedad solo relativa: *Por un lado*, introduce al Consejo Europeo en el seno del marco institucional, pero no altera ni su composición ni su funcionamiento actuales; modifica, sí, su Presidencia que será electiva, no como ocurre ahora, y su mandato se prolongará respecto del que hoy ejerce, hasta dos años y medio prorrogables por una vez; la práctica nos dirá en su caso si esta novedad es realmente importante o queda en puro símbolo. *Por otro* es verdad que la Constitución crea la figura del Ministro de AAEE de la Unión, aunque ya existe un Alto Representante de la PESC, don Javier Solana Madariaga, que está previsto sea el Ministro de AAEE si el Tratado Constitucional entra en vigor, y ese nuevo Ministro formará parte de la Comisión y desempeñará en ella la “cartera” de Asuntos Exteriores; en suma y dicho en román paladino, el nuevo cargo parece solo buscar que no se repitan en el futuro los enfrentamientos habidos entre el Alto Representante, secretario del Consejo, y el comisario encargado de las Relaciones Exteriores, Sres. Solana y Patten, en la época de la Comisión saliente en noviembre del 2004, y todo ello a costa, tal vez, de sembrar en la Comisión no poca desconfianza hacia el que además de uno de sus miembros es un mandatario del Consejo para los asuntos de la PESC.

3. Salvo acaso (...)

11. Si me apuran el único cambio de fondo, importante, que la Constitución lleva a cabo respecto del Derecho vigente y que se produce en el marco institucional precisamente tiene que ver con la modificación realizada respecto de la regla de la mayoría cualificada. Y no es un tema precisamente menor: Ya en el Derecho vigente, y lo mismo habrá de ocurrir si el Tratado Constitucional entrara en vigor, la mayoría cualificada es el procedimiento normal de adopción de decisiones por el Consejo de la Unión; mediante él, éste adoptará, por ejemplo, los actos jurídicos de alcance legislativo, las leyes y las leyes-marco europeas con efecto directo y primacía sobre el Derecho nacional.

En el Derecho vigente, la regla de la mayoría cualificada exige abrir una triple puerta: Alcanzar un número determinado de votos ponderados (232 de un máximo posible de 321), con una minoría de bloqueo de 90, que voten a favor de la propuesta la mayoría de los Estados miembros (13 de 25 hoy) y que se compruebe, si cualquiera de ellos lo pide, que dichos 13 Estados agrupen como mínimo el 62 % de la población total de la Unión. Reparen en un dato: Con sus 27 votos ponderados, España llega prácticamente al 30 % de la minoría de bloqueo.

La Constitución (art. I-25) ha modificado sustancialmente el reparto de poder que se alcanzó en Niza, empeorando incluso para España el resultado, malo ya, que la revisión del tema generó en el Proyecto de Tratado Constitucional al que me referiré enseguida: Ahora hay mayoría cualificada si votan a favor un 55 % de los Estados miembros, 15 como mínimo, que agrupen al 65 % de la población total de la Unión; la minoría de bloqueo exigirá el apoyo de cuatro Estados como mínimo que agrupen el 35 % (no tres, como Alemania, Francia y Gran Bretaña por ejemplo, aunque alcancen ese porcentaje). Item más: Esta nueva regla sólo será operativa desde el 1 de noviembre del 2009, aunque la Constitución esté en vigor antes, y entre esa fecha y el 2014, en un claro eco del *compromiso de Ioannina* (1994), cuando tres cuartas partes del número de Estado miembros o un número de Estados que agrupe a las tres cuartas partes de la población total de la Unión se opongan el Consejo no podrá adoptar un acuerdo por mayoría cualificada sin intentar, durante un plazo razonable, que los disidentes se avengan a la propuesta ².

¿Más sencillez que la regla de Niza como se intentaba?; tengo serias dudas, y sobre todo, con esta nueva regla quienes entienden al parecer de números ³, afirman que el porcentaje de España para alcanzar la minoría de bloqueo se sitúa en el 8'8 %.

12. El Gobierno español no aceptaba una regla en esencia similar a la finalmente aprobada y que figuraba en el Proyecto de Tratado Constitucional preparado por la Convención y presentado al Consejo Europeo de Salónica (2003) ⁴, y no lo hacía porque suponía para él una pérdida muy importante respecto de lo que en Niza había conseguido.

El Gobierno surgido de las elecciones generales del 14 de marzo de 2005 se apresuró, saltándose el manual del Buen Negociador, a levantar sus objeciones y ha acabado por aceptar la nueva situación. No es que yo mantenga que la disposición final de la Constitución no hubiera tenido que ser a la postre aceptada por España, incluso por el Gobierno que negoció Niza, pues muy fuertes fueron las presiones, pero sí deseo hacer dos afirmaciones: *Una*, el poder de España en la adopción de acuerdos por el Consejo, uno de los órganos co-legisladores de la Unión, es considerablemente inferior al que tenía, y tiene aún, según el Tratado de Niza; *dos*, defender los intereses estrictamente nacionales en una etapa de reforma y cambio de la Unión y en una fase de heterogeneización de su base social con la ampliación, no solo no es ilegítimo ni inmoral sino, por el contrario, ser fiel a la máxima evangélica que nos recomienda "ser cándidos y astutos como serpientes".

• 2 Declaración relativa al artículo I.-25, aprobada por la CIG.

• 3 Carlos Yáñez, desde Bruselas, *El País* del lunes 7 de febrero de 2005, pág.. 28.

• 4 Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado al Consejo Europeo reunido en Salónica, 20 de junio de 2003 (Luxemburgo: Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2003).

4. ¿Entonces?

13. ¿Qué pensar de una reforma como la que la Constitución Europea representa que no revoluciona el Derecho vigente pero que en conjunto sí lo hace más claro, más transparente y mejor organizado, ampliando las bases del control democrático del ejercicio del Poder en el seno de la Unión?.

No dudaría en manifestar mi apoyo al texto que la recoge de no ser por un dato que también he apuntado. La Constitución reduce y reduce mucho la capacidad de influencia de España en la conformación del futuro Derecho de la Unión. Nos quita poder; tanto como el que mantiene y aún incrementa para otros, fundamentalmente para Francia y Alemania. No me crean a mí, que no soy un fiel discípulo de Pitágoras, el mago de los números, pero sí al catedrático de Matemáticas Aplicadas de la Universidad de Sevilla que nos ha contado cuanto pierde y gana cada Estado miembro de la Unión aplicando los que él denomina "porcentajes de poder de Banzhaf" con la nueva regla sobre la mayoría cualificada ⁵.

14. ¡Si por lo menos hubiera alguna compensación (...)!; pero no son fáciles de descubrir. Hay empero quienes sí lo han hecho: Se ha sostenido, desde el Gobierno y la Oposición, que aunque nuestro país pierde Poder respecto del que tiene en el Derecho vigente, la Constitución Europea nos conviene mucho respecto de dos delicados problemas de política interna.

-
- 5 Cuadro elaborado por Jesús Mario Bilbao, Catedrático de Matemática Aplicada de la Universidad de Sevilla) (fuente: ABC, domingo 20 de junio de 2004, pág. 37).

Países	Regla de Niza	Regla 13-60 %	Regla 15-65 %
Alemania.....	8'56.....	13'40.....	10'40
Francia.....	8'56.....	9'55.....	7'63
Reino Unido.....	8'56.....	9'43.....	7'54
Italia.....	8'56.....	9'18.....	7'39
España.....	8'12.....	6'96.....	5'78
Polonia.....	8'12.....	6'74.....	5'55
Países Bajos.....	4'23.....	3'65.....	3'76
Grecia.....	3'91.....	2'96.....	3'33
Portugal.....	3'91.....	2'91.....	3'29
Bélgica.....	3'91.....	2'91.....	3'29
Rep. Checa.....	3'91.....	2'85.....	3'25
Hungría.....	3'91.....	2'85.....	3'25
Suecia.....	3'27.....	2'73.....	3'18
Austria.....	3'37.....	2'62.....	3'10
Dinamarca.....	2'31.....	2'27.....	2'88
Eslovaquia.....	2'31.....	2'27.....	2'88
Finlandia.....	2'31.....	2'22.....	2'84
Irlanda.....	2'31.....	2'10.....	2'76
Lituania.....	2'31.....	2'04.....	2'73
Letonia.....	1'33.....	1'87.....	2'61
Eslovenia.....	1'33.....	1'81.....	2'58
Estonia.....	1'33.....	1'75.....	2'54
Chipre.....	1'33.....	1'69.....	2'50
Luxemburgo.....	1'33.....	1'64.....	2'46
Malta.....	0'99.....	1'64.....	2'46

15. Apoyar el Tratado Constitucional es, se nos ha dicho, rechazar el Plan Ibarreche, porque en el mismo la Unión se articula como una asociación de "ciudadanos" y de "Estados" pero no de "pueblos" (art. I.1). La secesión no tiene cabida en la Unión Europea. Sí de acuerdo, pero eso es así ya, con el Derecho en vigor.

En virtud de los Tratados Constitutivos tal y como quedaron tras las reformas del Tratado de Niza (2001), en vigor desde el 1 de febrero del 2003, para poder ingresar en la Unión los candidatos deben cumplir tres requisitos, que se enuncian en el artículo 49.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE): Ser un Estado, serlo europeo, y además ser, como de los españoles pedía la Constitución de 1812, "justos y benéficos" o, de preferir los términos del profesor de la Autónoma de Madrid, Antonio Remiro Brotons, "virtuosos" ⁶, pues deben comprometerse a respetar "los principios enunciados en el apartado 1 del art. 6...", es decir, libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el Estado de Derecho.

El que ahora nos interesa es el que exige la condición de Estado para poder solicitar el ingreso en la Unión. Para el Derecho Internacional, hay Estado cuando se dan una población permanente, que habita en un territorio razonablemente definido, cuenta con un Gobierno efectivo, que dirige sin sometimiento a entidad o autoridad alguna su política interior y exterior, esto es, que sea independiente.

La exigencia de la cualidad de Estado para poder ingresar en la Unión Europea no solo figura en los Tratados Constitutivos de la Unión expresamente sino que se ha reafirmado en varias ocasiones en la práctica interna de la misma:

Cuando Bélgica, al firmar el Tratado de Ámsterdam (1997) declaró que su forma comprometía igualmente a sus Comunidades y Regiones, los demás Estados miembros forzaron al Gobierno de Bruselas a añadir expresamente:

"Es el Reino de Bélgica en tanto que tal, el que en todo caso estará obligado en todo su territorio por las disposiciones del Tratado de Ámsterdam y es solo a éste Reino al que incumbe la plena responsabilidad del respeto de las obligaciones suscritas en este Tratado" ⁷.

Y el Tribunal de Justicia de la Unión ha afirmado con toda rotundidad:

"Se deduce de la economía general de los Tratados que la noción de Estado miembro en el sentido de las disposiciones institucionales sólo se refiere a las autoridades gubernamentales de los Estados miembros de la Comunidad y no puede extenderse a los gobiernos de las regiones lo de las comunidades autónomas, cualesquiera que sean las competencias que se les reconozcan" ⁸.

• 6 "Los límites de Europa como proyecto político", Revista Electrónica de Estudios Internacionales (www.reei.org), 2004, núm. 8, págs. 1-17, pág. 2 (versión impresa en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 8, mayo-agosto 2004, págs. 11-24; y también en *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, obra dirigida por J. Pueyo Losa, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2004, págs. 13-43).

• 7 *DOUE*, C 340, de 10 de diciembre de 1997, pág. 3073.

• 8 Auto de 21 de marzo de 1997, asunto C-95/97, *Region Wallonne c. Comisión*, *Recueil I-1789*.

En suma, para ingresar en la Unión Europea hay que ser un Estado soberano, no una Nación que no ha sido reconocida aún como tal por la comunidad internacional, ni un Pueblo o País, ni una Nacionalidad o Comunidad Autónoma (...). En la medida, pues, en que la Unión no admite sino a Estados soberanos e independientes, los "nacionalismos" que puedan pretenderse dentro o en el seno de un Estado, no son bendecidos como tal ni por la Unión Europea ni por su Ordenamiento jurídico.

16. Se nos ha dicho que la Constitución Europea nos protegerá ante un ataque armado por un tercero; todos los demás Estados miembros acudirían en nuestra ayuda, en aplicación de su art. I-41.7, sobre la base de la legítima defensa colectiva, añadiendo quienes utilizan el argumento que no ocurre así con el tratado OTAN en el que por ejemplo Ceuta y Melilla quedarían fuera de la protección de su artículo 5 (legítima defensa colectiva).

No es toda la verdad, sin embargo, pues esa misma disposición de la Constitución que se cita exime de dicha obligación de ayuda a los Estados miembros que mantienen una política de neutralidad (como Irlanda o Austria) o que prefieren regirse en este punto por sus obligaciones ex Tratado OTAN; ¿y recuerdas, lector amigo, cuántos miembros de la Unión lo son a su vez de la OTAN?: 19 de 25 y los más poderosos. ¿Cómo te imaginas a las fuerza de choque de algún Estado vecino en dicha tesitura?, ¿luchando codo con codo con nuestros legionarios en una eventual ataque armado contra Ceuta y Melilla? o silbando más bien "por lo bajini" la conocida melodía "Yo tengo un islote en Perejil?" (...)

17. Otros, tanto desde el Gobierno como desde la Oposición, apuntan que no sería conveniente quedarnos solos en el muelle viendo como la Nave zarpa con los demás. Utilizan un argumento contra otro, y nos dicen: No prestéis oídos a los cantos de sirena de que si no hay Constitución Europea está el Tratado de Niza, que nos va mejor, por que no pasará eso. ¿No?, ¿qué pasará entonces?.

Según su art. IV-447 el Tratado Constitucional, que debe en principio ser ratificado por los veinticinco Estados que lo firmaron en Roma en la primera semana de noviembre de 2004, entrará en vigor el 1 de noviembre de 2006. Ya lo han ratificado, por la vía exclusivamente parlamentaria, Eslovenia, Hungría y Lituania, faltando otros once que seguirán el mismo procedimiento; y once Estados más precisarán, amén de la autorización del Poder Legislativo, que el pueblo en referéndum apoye el Tratado. España ya lo ha superado, habiéndose además aprobado la ratificación del mismo por el Congreso de los Diputados con lo que solo falta que se haga en el Senado. No está asegurado (vga. Francia, República Checa, Gran Bretaña), que en todo ellos el pueblos diga sí ⁹.

• 9 Siguen exclusivamente la vía parlamentaria: Eslovenia, Hungría, Lituania, Alemania, Austria, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Grecia, Italia, Letonia, Malta y Suecia. Exigen además referéndum: España, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Polonia, República Checa (en Dinamarca e Irlanda el resultado de la consulta popular es vinculante para el Gobierno según sus respectivos ordenamientos) (www.elmundo.es/especiales/2004/05/internacional/ue/otros, de 28 de abril de 2005). En la votación del jueves 28 de abril en el Congreso (319 votos a favor, 19 en contra y 0 abstenciones), apoyaron el Tratado Constitucional los representantes del PSOE, PP, CiU, PNV y CC y no lo hicieron los de ERC, Izquierda Verde (IU-ICV) y del grupo mixto (BNG, EA, CHA y Nafarroa Bai) (www.elmundo.es/elmundo/2005/04/28/españa/1114675698..., de 28 de abril de 2005).

La *Declaración relativa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* ¹⁰ establece:

“si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado ¹¹..., las cuatro quintas partes de los Estados miembros ¹² lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”.

¿Y? (...): Pues tomará o no una decisión. Si lo hace, esta puede ser de tres tipos; y no quiero parece cínico pero el que sea una u otra dependerá mucho de qué Estado miembro con dificultades hablemos:

- ▣ O decide que el Tratado entre en vigor entre los que lo han ratificado, en cuyo caso también deberán resolver el régimen que habrá de regir las relaciones entre los que en el barco se van y los que en el muelle se han quedado;
- ▣ O entiende que la reforma ha fracasado y que en su caso se trabajará por otra distinta, estando mientras tanto para regularlo todo el Derecho vigente (¡sí el tan denostado por algunos Tratado de Niza!).
- ▣ O ajusta el Tratado Constitucional a las necesidades del Estado con dificultades.

¿Y es esto posible?: Sí, sí lo es, pues sea o no políticamente correcto decirlo es, precisamente, lo que permitió a Dinamarca, que no había podido ratificar el TUE (1992) tras no superar su Gobierno el referéndum celebrado, poder organizar un segundo y ganarlo.

18. En suma, si la Constitución Europea nos da con una mano la mejora del Derecho vigente, al clarificarlo y simplificarlo, lo que nos llevaría a apoyarla, con la otra nos la quita, al revisar la regla de la mayoría cualificada en perjuicio y perjuicio grave de España, invitándonos a retirarle ese apoyo (...).

¿Entonces? (...), ¡conciencia e intuición decidirán!.



-
- 10 Declaración núm. 30 aprobada por la Conferencia intergubernamental.
 - 11 Esto es, el 29 de octubre de 2006.
 - 12 Sobre los actuales veinticinco Estados miembros, veinte.

Las regiones y la Constitución Europea

 **Ana Enguïdanos Weyler**

Técnico de Administración General de la Generalitat Valenciana



1. Las regiones ante la elaboración de la Constitución Europea

Tradicionalmente, los principales, cuando no únicos protagonistas de la Unión Europea han sido sus Estados miembros. Tanto la estructura territorial de cada uno de ellos como el reparto de competencias dentro de su territorio, muy diversas, han constituido siempre una cuestión exclusivamente interna, de la que la Unión Europea debía mantenerse al margen. Eran los Estados quienes participaban en la Unión Europea en nombre de sus ciudadanos y regiones.

Sin embargo, en los últimos años, la Unión ha ido dando mayor protagonismo a las regiones, considerándolas como actores importantes de la integración europea, planteándose la necesidad de buscar fórmulas que permitieran una mayor participación de las regiones y otras entidades subestatales, en su calidad de instituciones más próximas al ciudadano.

La creación del Comité de las Regiones por el Tratado de la Unión Europea de 1992, supuso un paso muy importante en esta dirección, pues estaba llamado a defender los intereses de estos entes en el seno de la Unión Europea. Este Tratado de Maastricht abrió además la puerta a la participación directa de las regiones en el Consejo de Ministros de la Unión.

Pero a partir de este primer paso poco se había avanzado: El Comité de las Regiones sigue siendo un órgano meramente consultivo, de composición muy heterogénea, en el que comparten espacio entidades de extensión y nivel competencial muy diversos, Y en cuanto a la participación directa, sólo es posible si así lo permiten las normas internas de cada Estado. De hecho, en el momento de elaboración de la Constitución, sólo en los casos de Alemania, Austria, Bélgica y Reino Unido se había producido ya la participación directa de sus entes regionales en el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

Por ello, muchas regiones, y en especial las dotadas de mayores competencias, consideran insuficiente su participación a través el Comité de las Regiones, y el propio Comité ha reivindicado desde su creación mayores poderes y mayor peso institucional para poder defender eficazmente los intereses de las regiones y los entes locales.

Ésta era la situación, que propició movimientos al margen del Comité, en la que nos encontrábamos antes del inicio de los trabajos de elaboración del texto que hoy se denomina “Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”. Y se ha de recordar aquí, que en tanto no sea ratificado y entre en vigor, es la situación en la que nos encontramos actualmente.

Como todas las modificaciones que se han producido hasta la fecha en las normas fundacionales de la Unión Europea, este acuerdo es fruto de una Conferencia Intergubernamental (CIG), que se abrió en octubre de 2003 durante la Presidencia Italiana. Pero esta CIG ha sido especial, ya que, por primera vez, en la llamada Declaración de Laeken, se estableció un procedimiento que daba entrada a actores diferentes de los Gobiernos de los Estados miembros, al tomar *como base para las negociaciones el proyecto de Tratado elaborado por la Convención Europea*.

Las regiones, y en general, los entes subestatales, recibieron con optimismo y grandes expectativas la constitución de una Convención Europea, como una gran oportunidad de reclamar mayor presencia en la escena europea, y consolidar una verdadera participación en los procesos de formación de la voluntad comunitaria.

El objetivo de este trabajo es informar sobre cuál ha sido la participación de los actores regionales en la elaboración de la Constitución Europea y en qué medida sus expectativas se han visto satisfechas en el texto constitucional.

Es importante destacar que, en lo que a esta materia se refiere, el texto de la Constitución para Europea acordado al término de la CIG, difiere en muy poco del propuesto por la Convención. Esto es debido a que en los trabajos de la Convención ya se alcanzó un amplio consenso, por lo que las principales aportaciones las encontramos en este período.

Además, más allá de las aspiraciones que se reflejan en el texto constitucional, necesariamente general, la Convención ha constituido un auténtico hito en el Debate sobre el Futuro de Europa: nunca antes se había debatido tanto y tan profundamente sobre el Futuro de Europa, y menos aún en lo que se refiere al papel de las regiones y entes locales. Es por ello por lo que se considera de sumo interés un recorrido por las diferentes opiniones manifestadas, pues no son sino un adelanto de cuestiones que se seguirán debatiendo en el futuro próximo.

Por ello, en primer lugar, se realiza un análisis de cuál ha sido la participación y la posición de los diferentes actores en los trabajos de la Convención con relevancia para la cuestión regional y local. Nos referiremos a la actuación del Comité de las Regiones, de otros miembros de la Convención y de las asociaciones regionales y locales, así como a los trabajos del Grupo de trabajo “Subsidiariedad” y del “Grupo de contacto entidades locales y regionales”.

En segundo lugar, se presenta, en síntesis, un balance de los resultados de la Convención Europea y de la CIG en materia de regional: en concreto, cómo se ha plasmado el tratamiento de la dimensión regional y local en el proyecto de Constitución Europea.

2. Participación de los actores regionales

2.1. Evolución del tratamiento de la cuestión regional en la Convención

La Convención Europea se presentó desde el principio como una oportunidad única para los representantes de las regiones y entes locales, gracias a la naturaleza misma de la Convención y su forma de trabajo, puesto que pretendía ser un foro de debate en el que se pudieran expresar el máximo número de opiniones y puntos de vista.

Y esta oportunidad no fue desechada, ya que se aprovechó todo resquicio para extender la acción de los actores regionales, desde la misma composición de la Convención, a su estructura, funcionamiento y debates.

Así, y aunque en la Declaración de Laeken no estaba previsto en la composición inicial de la Convención, los representantes del Comité de las Regiones lograron que se les concediera el estatuto de observadores, estando representado por una delegación de seis miembros, encabezada por el entonces Presidente de la Comunidad Valenciana, D. Eduardo Zaplana Hernández-Soro.

Este estatuto de observadores permitió a los representantes del Comité de las Regiones participar plenamente en los debates de la Convención y presentar contribuciones escritas, en las que defendieron en todo momento los intereses de las regiones y entes locales. Puesto que ninguna cuestión fue sometida a votación entre los miembros de la Convención, no ha existido en la práctica ninguna diferencia con el resto de miembros.

De igual manera, al principio de sus trabajos, la dimensión regional y local de la Unión Europea no parecía recibir demasiada atención, y no se creó, como pidieron insistentemente el Comité de las Regiones y las asociaciones regionales, un grupo de trabajo específico en el seno de la Convención sobre la cuestión regional en la nueva Unión Europea. Además, las asociaciones regionales y locales eran consideradas un actor más de la “Sociedad civil” y sólo accedían a presentar sus contribuciones a través del Foro virtual de la página web de la Convención.

Pero el interés sobre esta materia hizo que la misma Convención dirigiese cada vez sus miradas más a esta cuestión.

La Convención Europea dedicó una sesión plenaria, el día 25 de junio de 2002, a la *audiencia de la sociedad civil*, que constituyó un primer elemento importante de la “fase de escucha” de la Convención. Para preparar esta sesión, se constituyeron grupos de contacto, presididos por miembros de la Convención y en los que pudieron participar, según los temas elegidos, todas las asociaciones y organizaciones que lo desearon. Entre ellos, fue creado el *Grupo de contacto “Regiones y entes locales”*, presidido por Ana de Palacio (representante del Gobierno español en la Convención Europea), que fue después sustituida por Jean-Luc Dehaene (Vicepresidente de la Convención), y en el que participaron las principales asociaciones regionales y locales europeas. Sus conclusiones fueron presentadas al pleno de la Convención por el entonces presidente de la delegación del Comité de las Regiones en la Convención, Eduardo Zaplana Hernández-Soro. Esta primera oportunidad, diluida entre cuestiones de muy diversa índole, no hizo sino acrecentar las manifestaciones a favor de un tratamiento individualizado de la cuestión regional en la Convención.

Por otro lado, se puso de manifiesto que muchas de las cuestiones tratadas el seno de la Convención y asignadas a otros grupos de trabajo (como los de subsidiariedad y competencias), afectaban plenamente a los intereses de las regiones.

Tras la presión ejercida por ciertos miembros de la Convención (entre ellos obviamente los representantes del Comité de las Regiones), se convocó finalmente una *sesión plenaria de la Convención Europea, los días 6 y 7 de febrero de 2003, dedicada a la dimensión regional y local de la Unión Europea*. Los trabajos preparatorios de esta sesión contribuyeron enormemente al debate sobre el papel de las regiones y entes locales, y se multiplicaron las actuaciones alrededor de esta cuestión.

En esta sesión quedó patente el consenso existente en la Convención de reconocer en la Constitución el importante papel que las regiones y entidades locales desempeñan en el seno de una Unión de Estados como la europea, de ahí que el objetivo último sea hacer de las regiones verdaderos actores de la construcción europea. Se puede afirmar que la mayor parte de los avances de la Constitución en materia de democracia regional y local surgieron de consensos alcanzados con motivo de esta sesión.

Por otro lado, muchas propuestas planteadas, aun cuando no han sido recogidas finalmente, son de sumo interés con vistas a futuros desarrollos e interpretaciones del texto constitucional.

Pasemos a resumir las actuaciones y opiniones manifestadas por los principales actores regionales.

2.2. La participación del Comité de las Regiones

Los intereses de las regiones y entes locales en el debate sobre el futuro de la Unión Europea han sido representados y defendidos principalmente por el *Comité de las Regiones*. Sus representantes han participado directamente en los debates como miembros observadores de la Convención, y remitido contribuciones y otros documentos al debate sobre el proyecto de Tratado Constitucional. Esta actividad, a diferencia de otros actores, ha proseguido una vez concluida la Convención a lo largo de la Conferencia Intergubernamental.

Por su importancia, nos referiremos tanto a los mecanismos que este órgano puso en marcha para el seguimiento y participación en la Convención, como a las cuestiones planteadas.

2.2.1. Modalidades de seguimiento de los trabajos de la Convención Europea en el Comité de las Regiones

La participación en la Convención no se ciñó a una mera delegación en los representantes designados, sino que se estableció un seguimiento de los trabajos de la Convención en los diferentes órganos y esferas de deliberación del Comité, tanto ya existentes, como creados específicamente para esta finalidad:

a) Mecanismos específicos

i) Participación directa: miembros designados

La Mesa del CDR de febrero de 2002 nombró una delegación compuesta por seis miembros titulares y seis suplentes, en cabecera primero por Eduardo Zaplana, y posteriormente por Jos Chabert. Esta Delegación se reunía siempre con carácter previo a cada sesión de la Convención para garantizar la coordinación interna de sus miembros.

ii) Grupo de Trabajo “Convención Europea”

Se trata de un grupo de trabajo ad hoc compuesto por los miembros titulares y suplentes designados como representantes del Comité en la Convención y de otros cuatro representantes, pertenecientes a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Gobernanza Europea del Comité.

Su función consistió esencialmente en acompañar el debate sobre el futuro de la Unión Europea y coordinar el seguimiento de los trabajos de la Convención, garantizando una articulación eficaz con el orden del día político del Comité de las Regiones, y en especial con órganos ya existentes como la Comisión de Asuntos Constitucionales y Gobernanza Europea. Formuló recomendaciones para los representantes del Comité en la Convención y elaboró contribuciones escritas destinadas a la Convención.

El Grupo de trabajo se reunió coincidiendo con cada Pleno. En estas reuniones, el Presidente del Grupo informaba sobre el debate referido a la Convención mantenido por la Mesa en su reunión de la víspera con vistas al debate del Pleno.

b) Seguimiento en los órganos habituales

Tanto la Mesa como el Pleno dedicaron gran parte de sus esfuerzos a impulsar la participación en la Convención, no sólo haciendo uso de sus facultades usuales (la Mesa, nombrado los miembros de la Delegación y Grupo Convención, y determinando orientaciones políticas; el Pleno aprobando los dictámenes dirigidos a la Convención), sino incluyendo siempre en su orden del día un punto específico a los trabajos de la Convención Europea, en el que el Presidente de la Delegación daba cuenta de los avances.

En su calidad de intermediario con la sociedad civil, se organizaron audiencias y encuentros con los parlamentos regionales, asociaciones regionales y locales europeas y nacionales de los estados miembros y los países candidatos y las oficinas de representación regional y local, y organizando debates específicos en su calidad de intermediario con la sociedad civil.

Además, la *Comisión de Asuntos Constitucionales y Gobernanza Europea*, competente por razón de la materia, acompañó los trabajos de la Convención Europea en estrecha colaboración con la delegación del Comité en la Convención y el Grupo de trabajo "Convención Europea", elaborando los cuatro dictámenes principales sobre los cuatro capítulos establecidos por la Declaración de Laeken.

2.2.2. La postura del Comité de las Regiones en la Convención Europea

A lo largo del desarrollo de los trabajos de la Convención, el Comité de las Regiones, se ha manifestado tanto mediante intervenciones directas de sus representantes en la Convención, como en un total de 13 documentos dirigidos a la Convención.

El contenido de estos documentos puede resumirse en un conjunto de reivindicaciones relativas a los siguientes ámbitos:

a) Valores y objetivos de la Unión (Parte I de la Constitución)

- la incorporación de la diversidad cultural, lingüística y territorial;
- el reconocimiento de los principios de autonomía local y regional como principios básicos de la ciudadanía europea;
- la inclusión de la cohesión territorial entre los objetivos políticos de la Unión;
- la relevancia de la cooperación transfronteriza e interregional, en especial como contribución a la política de vecindad;
- el papel de los entes locales y regionales y de sus gobiernos y parlamentos en el dispositivo relativo al marco de libertad, seguridad y justicia.

b) Nuevas disposiciones relativas al *reparto de competencias*:

La Unión ha de respetar la distribución de responsabilidades y competencias entre el gobierno central y los entes regionales y locales dentro de los Estados miembros. Entre los principios de acción de la Unión deben añadirse los de consulta, asociación y cooperación entre todos los niveles de gobierno. El Comité de las Regiones ha subrayado la importancia de una definición clara del principio de subsidiariedad, que debería además garantizar el respeto de las competencias constitucionales de las regiones y entes locales.

c) *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*: inclusión expresa en el futuro tratado, como opción más conveniente que una simple remisión, por motivos de claridad.

d) *Aplicación del principio de subsidiariedad y el papel del Comité en la arquitectura institucional de la Unión*:

- la necesidad de integrar al CDR en la fase *ex ante* del control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y la conveniencia de ampliar el derecho de recurso a las regiones con competencias legislativas;
- el reconocimiento del CDR como “institución de la Unión Europea”;
- la concesión del derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la conservación de sus prerrogativas;
- la ampliación de sus funciones en la nueva arquitectura europea, y en concreto:
- la necesidad de conceder al CDR el derecho a dirigir preguntas escritas y orales a la Comisión Europea;
- la obligación por parte del Consejo y la Comisión Europea de presentar regularmente un informe razonado sobre las medidas adoptadas en respuesta a los dictámenes emitidos por el CDR;
- la prolongación del mandato de los miembros y suplentes del CDR de 4 a 5 años.

e) Por otra parte, el Comité solicitó que se reconozca de manera explícita en el Tratado el papel de las *regiones con competencias legislativas*, así como demás entes dotados de una asamblea.

2.3. Actuaciones de otros actores en la Convención

Aunque el Comité de las Regiones fue la voz principal, como único órgano de la Unión Europea representativo de los entes subestatales, también hubo otras manifestaciones a tener en cuenta. A continuación nos referiremos a las contribuciones de otros miembros de la Convención, de las asociaciones regionales, así como de las conclusiones alcanzadas en el seno del Grupo de Trabajo Subsidiariedad y del Grupo de Contacto “Regiones y Entes locales”.

2.3.1. Contribuciones de miembros

Desde el inicio de los trabajos de la Convención aparecen referencias al papel de las regiones y los entes locales en la UE en las contribuciones escritas presentadas por ciertos *miembros de la Convención*, principalmente en aquellas de los representantes de los Gobiernos y Parlamentos de Alemania¹, Austria² y Bélgica³.

Estas intervenciones se refieren, entre otros asuntos al estatus de las entidades locales y regionales, la participación en el control del principio de subsidiariedad, la necesaria reforma del Comité de las Regiones, la necesidad de introducir la cooperación interregional y transfronteriza en el Tratado, la problemática específica de las regiones con competencias legislativas, reivindicando el derecho a ser consultadas y la legitimación activa ante el Tribunal de Justicia⁴.

2.3.2. Asociaciones Regionales

No teniendo la calidad de miembros de la Convención Europea, las asociaciones representativas de las autoridades regionales y locales no podían presentar contribuciones escritas a la Convención, introducir enmiendas a los proyectos de artículos de la Constitución ni participar en los debates con derecho de voz y voto. Sin embargo, varias de estas asociaciones han tenido una presencia importante en el debate y han llevado a cabo una intensa actividad alrededor de la Convención, realizando aportaciones sobre los proyectos de artículos de la Constitución y dando a conocer en todo momento su opinión sobre las cuestiones relevantes para las regiones y entes locales.

Estas asociaciones regionales y locales han participado en el llamado “Foro de la Convención”, abierto a todo tipo de asociaciones representantes de los diversos sectores de la sociedad civil, donde sí han presentado numerosas aportaciones. Además, las asociaciones regionales participaron en la sesión que la Convención dedicó a la Audiencia de la sociedad civil, dentro del grupo de contacto “Regiones y entidades locales” (24/25 de junio de 2002), contribuyendo de manera muy activa al Grupo de contacto “Regiones y entes locales” al que nos referimos más abajo, y cuyos frutos fueron expuestos en la sesión plenaria del 6 y 7 de febrero de 2003 dedicada a la dimensión regional y local de la Unión Europea.

-
- 1 E. Teufel, Representante del Parlamento alemán (CONV 24/02 y 530/03).
 - 2 R. Bôsçh, representante del Gobierno Austriaco (CONV 42/02); Farnleiter (CONV 58/02), (CONV 241/02), (CONV 534/03).
 - 3 Michel, de Gucht y otros (CONV 53/02), de Gucht, Dewaely Duff (CONV 152/02); Michel CONV 544/03.
 - 4 Así, la contribución “El papel de las Regiones en el poder legislativo de la Unión” (CONV 321/02) de KLLjunen, representante del Parlamento de Finlandia, junto con otros 14 miembros de la Convención.

Como botón de muestra, a continuación nos ceñiremos exponer las aportaciones propuestas y recomendaciones de la Plataforma de asociaciones europeas representantes de las autoridades locales y regionales que agrupó a la mayoría de estas asociaciones:

- *Mención del respeto de las identidades nacionales, regionales y locales*, bien en el Preámbulo, bien en el artículo 6.
- *Principio de subsidiariedad como interrelación entre los niveles comunitario, nacional, regional y local*:
 - ◇ El principio de subsidiariedad debe cubrir las tres fases del proceso decisorio europeo: la preparación (a través de la *consulta*), la toma de decisión (aplicación del artículo 5 teniendo en cuenta las competencias de las colectividades locales y regionales dentro del marco de los sistemas constitucionales nacionales), y la ejecución (a través de la aplicación de los principios de *proporcionalidad*, incluyéndolo en el mismo título que la subsidiariedad, *cooperación leal* de los Estados y sus colectividades locales y regionales, y *convexidad*), tomando en consideración las cargas financieras y administrativas que puede suponer una nueva reglamentación o política para las entidades locales y regionales.
 - ◇ Control de la aplicación del principio de subsidiariedad a priori (justificación de las acciones de la Comisión ante los parlamentos nacionales e información a las autoridades locales y regionales), y a posteriori, ante el Tribunal de Justicia (legitimadas las entidades regionales y locales a través del Comité de Regiones).
 - ◇ *Articulación de las competencias entre la Unión, los Estados y las autoridades locales y regionales*: Debería existir un capítulo sobre la articulación y el reparto de responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno partiendo de los siguientes principios: subsidiariedad, cooperación leal, parten arriado, proporcionalidad, jerarquía de normas, buena gobernanza, consulta y cláusula de control.
- *Valores fundamentales de la Unión*:
 - ◇ *Reconocimiento del principio de autonomía local (artículo 6 Tratado)*: Creación de un *Capítulo sobre las "colectividades locales y regionales"* dentro del Tratado Constitutivo que trataría: reconocimiento del principio de autonomía local; procedimiento de consulta a las organizaciones representantes de las colectividades regionales y locales en una fase temprana dentro del procedimiento decisorio; consideración del impacto financiero y administrativo para las autoridades locales y regionales de nuevas políticas o proposiciones legislativas; promoción de la cooperación transeuropea (transfronteriza, transnacional e interregional); cohesión territorial como objetivo de la Unión.
 - ◇ *Reconocimiento del principio de democracia*: En el Tratado han de estar presentes los principios de democracia *participativa* (garantizar a los ciudadanos y a los actores socioeconómicos la posibilidad de participar en la UE a través de procedimientos de

consulta establecidos) y de democracia de *proximidad* (que los ciudadanos puedan expresarse a través de todas las instancias representativas, especialmente por medio de los actores regionales y locales)

- *Referencias a la consulta de las autoridades locales y regionales*: La inscripción de los principios generales de consulta de las administraciones nacionales, regionales y locales dentro del respeto de los sistemas constitucionales, en la fase de la preparación y de la ejecución de propuestas legislativas y políticas, permitiría reforzar el carácter democrático de la Unión.
- *La mención de la cohesión territorial entre los objetivos de la UE*: En la perspectiva de la próxima ampliación, la cohesión y la solidaridad deberían ocupar un lugar primordial en el seno del proyecto europeo. El Tratado debería indicar que “la UE tiene por misión organizar de manera coherente y solidaria las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos con el objetivo de garantizar la cohesión económica, social y territorial del conjunto del espacio europeo”
- *Referencia a las políticas comunes dentro de la parte constitucional del Tratado*, para asegurar que éstas están al servicio del proyecto de la Unión.
- *El derecho de recurso del Comité de las Regiones*

2.3.3. Grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad

La dimensión regional y local de la Unión Europea ha sido tratada en gran medida en el seno del *Grupo de trabajo sobre “el principio de subsidiariedad”*, cuestión a la que la Convención ha dedicado una considerable atención. Sus primeras conclusiones fueron presentadas a la Convención y se debatieron por todos los miembros en la sesión plenaria de la Convención de 3 y 4 de octubre de 2002, provocando un torrente de reacciones tanto por parte de los propios miembros de la Convención, como de las asociaciones regionales y locales participantes en los debates. Por ello, las propuestas finalmente retenidas tanto en la parte I de la Constitución como en el protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, variaron sensiblemente respecto de las primeras conclusiones del grupo.

Además, entre las enmiendas presentadas a este Protocolo, un número significativo giró en torno al papel del CDR y las regiones en el control ex ante de este principio. Precisamente el Protocolo fue uno de los que ámbitos que sufrieron modificaciones a lo largo de la CIG.

2.3.4. Grupo de contacto *Regiones y entes locales*

Como ya se ha comentado, este Grupo de contacto, creado en principio en el marco de la relación con la llamada “Sociedad civil”, tomó vida propia y siguió reuniéndose hasta la finalización de la Convención. Su papel fue muy destacado en la preparación de la sesión específica de febrero de 2003 dedicada a la dimensión regional y local de la Unión Europea.

Han participado en este grupo de contacto las siguientes asociaciones: ARE (Asamblea de las Regiones de Europa), ARFE (Asociación de Regiones Fronterizas de Europa), CCRE (Consejo de Ciudades y Regiones de Europa), CRPM (Conferencia de Regiones Periféricas y Marítimas), ARUP (Asociación de Regiones Ultraperiféricas), AEEM (Asociación europea de representantes electos de zonas de montaña), CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas) y REGLEG (Comité de coordinación de regiones con poder legislativo).

3. Balance de los resultados de la Constitución Europea

La actividad desplegada durante la Convención, y en algún caso puntual, durante la Conferencia Intergubernamental, se ha traducido en la plasmación en el texto final de muchas de las aspiraciones referidas, y que a continuación pasamos a sintetizar:

3.1. Aspiraciones satisfechas

3.1.1. Afirmación del principio de autonomía regional y local (artículo I- 5)

Por primera vez se incluye en un texto de derecho primario europeo una referencia al nivel regional y local, reivindicación en la que ha incidido el Comité de las Regiones desde su creación en 1992 y que se ha convertido en una de sus principales demandas a lo largo de los trabajos de la Convención Europea.

Así, el artículo I-5, *párrafo primero* menciona como elemento en la relación entre la Unión y los Estados miembros, el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía regional y local y a las autoridades regionales”. Aunque no se otorguen nuevos derechos a las regiones, el reconocimiento de la existencia de estructuras políticas descentralizadas en los Estados de la Unión, significa una importante aportación al equilibrio democrático de la Unión,

3.1.2. Inserción del respeto a la diversidad cultural y lingüística (artículo I-3, párrafo 3 y Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales)

El Preámbulo de la Carta indicaba que *“La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores (dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad) comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de las identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local”*.

Esta referencia explícita en el Tratado Constitucional a los entes regionales y locales se introduce gracias a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al texto mismo de la Constitución, demanda reiterada por la delegación del Comité de las Regiones en la Convención.

Además, en el artículo I-3 se establece como objetivo de la Unión el respeto a la riqueza de su diversidad cultural y lingüística, y la misión de velar por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

3.1.3. Incorporación del concepto de cohesión territorial como objetivo de la Unión Europea, junto a la cohesión económica y social (artículo I-3, párrafo 3)

Se trata de una de las reivindicaciones tanto del Comité de las Regiones como de organizaciones regionales como la Conferencia de Regiones Periféricas y Marítimas.

3.1.4. Redefinición del principio de subsidiariedad, incluyendo ahora la dimensión regional y local (artículo I-11, párrafo 3)

El principio de subsidiariedad pasa a estar referido también a los niveles infraestatales, al establecerse la intervención de la Unión cuando los objetivos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, “ni a nivel central ni a nivel regional y local”

3.1.5. Mecanismos de control del principio de subsidiariedad. Participación de los actores regionales (Protocolo sobre la Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad)

- Consultas previas a propuestas legislativas: La Comisión está obligada, a la hora de realizar las preceptivas consultas previas a la elaboración de todo acto legislativo, a tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas (artículo 2 del Protocolo)
- Motivación de los actos legislativos: A partir de ahora, la Comisión tendrá la obligación de elaborar un informe, cada vez que lance una nueva propuesta legislativa, que contenga elementos de apreciación de su impacto financiero y sus consecuencias, y, cuando se trate de una ley marco, de la transposición de la ley a la legislación de los Estados miembros y incluida, cuando proceda la legislación regional (artículo 5 del Protocolo).

- Posibilidad de que los Parlamentos regionales participen en el mecanismo de control ex ante del principio de subsidiariedad

En el marco del mecanismo de alerta rápida para el control jurídico ex ante del principio de subsidiariedad, y pese a que no se ha otorgado al Comité de las Regiones la posibilidad de participar en el mismo junto a los Parlamentos nacionales, sí se ha establecido la posibilidad de que en el mismo participen los parlamentos regionales, según la legislación interna de cada Estado (artículo 6 del Protocolo), a través de los parlamentos nacionales.

- Referencia expresa la participación de ambas cámaras, en el caso de Estados con sistema bicameral, en el control ex ante del principio de subsidiariedad, lo que posibilita la participación, en su caso, de la cámara de representación territorial.

Esta referencia expresa fue introducida durante la CIG a instancias, entre otros actores, de organizaciones regionales como la Asamblea de Regiones de Europea. El hecho de que cada Parlamento disponga de dos votos, uno por cada cámara en caso de ser bicameral, permite participar a las autoridades regionales que estén representadas y cuyas regiones dispongan de poder legislativo participar en el mecanismo de alerta precoz y emitir un informe alertando de la violación del principio de subsidiariedad (artículo 6 del Protocolo),

- Atribución al Comité de las Regiones de un derecho de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad

El Comité de las Regiones no ha obtenido el poder de participar en los mecanismo de control ex ante del principio de subsidiariedad, pero sí el derecho de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando considere que se ha producido una violación del principio de subsidiariedad, siempre que la Constitución prevea la consulta previa al Comité durante la fase de elaboración de la norma. (*artículo III-266 y artículo 8 del Protocolo*).

La participación del Comité de las Regiones en el dispositivo de control *ex post* obligará a reformar las modalidades de ejercicio de su papel consultivo, con el fin de ser más eficaz en su intervención política en lo relativo al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y al apoyo a todos los entes locales y regionales de la Unión. Asimismo, sería conveniente acercar estas nuevas disposiciones relativas a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a las nuevas orientaciones de la Comisión Europea referentes a la gobernanza europea, que prevén una intervención del Comité de las Regiones más sistemática en la fase prelegislativa.

3.1.6. Principios de la democracia representativa y participativa (artículos I-46 y I-47)

En la regulación de estos dos principios hay múltiples referencias que apuntan a una mayor participación de las regiones y sus organizaciones en el entramado europeo:

- Las decisiones de la Unión serán adoptadas de la forma lo más abierta y próxima posible a los ciudadanos.
- Las instituciones darán a las asociaciones representativas (entre las que se encuentran incluidas las asociaciones regionales y locales) la posibilidad de dar a conocer públicamente sus opiniones en todos los campos de acción de la Unión.
- Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas.
- La Comisión llevará a cabo amplias consultas entre las partes afectadas por sus propuestas legislativas.
- La Comisión podrá ser invitada por un número significativo de ciudadanos (al menos 1 millón de ciudadanos de la Unión que representen a un número significativo de estados miembros) a realizar una propuesta legislativa sobre una cuestión determinada.

3.2. Cuestiones pendientes

A pesar de ello, no todas las reivindicaciones de las entidades regionales y locales, y en particular del Comité de las Regiones como representante legitimado de sus intereses, han sido finalmente retenidas en el texto de la Constitución. Principalmente, *quedan pendientes las siguientes demandas*:

3.2.1. Elevación del Comité de las Regiones a la condición de institución europea

El Comité de las Regiones no ha logrado que se respondiera a su demanda de ser elevado a *institución comunitaria principal*, al mismo nivel que el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A pesar de ello, su posición que sí ha resultado reforzada en el seno de la Unión Europea:

El proyecto de Constitución establece dos categorías de instituciones comunitarias, al distinguir entre “instituciones principales” (la Comisión, el Consejo, el Parlamento y el Tribunal de Justicia), y las “instituciones y órganos” (el Banco Central Europeo, el Tribunal de Cuentas, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social).

El rango asignado al Comité de las Regiones en este nuevo artículo refuerza su legitimidad democrática y su contribución al funcionamiento político de la Unión. El Comité queda por detrás del Tribunal de Cuentas, que pierde su condición de institución principal, pero por delante del Comité Económico y Social, que no tiene derecho de interponer recursos ante el Tribunal de Justicia (esto es así porque se considera que el Comité de las Regiones agrupa a autoridades elegidas por el ciudadano mientras que el Comité Económico y Social agrupa a colectivos sociales).

3.2.2. Derecho de recurso del Comité de las Regiones ante el Tribunal de Justicia en defensa de sus propias prerrogativas, y no sólo por violación del principio de subsidiariedad

3.2.3. Extensión de la consulta obligatoria del Comité de las Regiones a todos los casos en que intereses regionales y locales se puedan ver afectados

Especialmente la Política Agrícola Común, las ayudas de Estado destinadas a proyectos regionales, investigación y desarrollo, así como cooperación transfronteriza.

3.2.4. Inserción del Comité de las Regiones en el mecanismo de control *ex ante* de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Ésta no inclusión, como hemos visto, viene compensada con el hecho de que está legitimado para recurrir ante el Tribunal de Justicia por violación de este principio.

3.2.5. Incorporación de la cooperación transfronteriza entre los objetivos de la Unión

3.2.6. Posibilidad de que las regiones con competencias legislativas accedan directamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como demandante privilegiado

4. Conclusión

En definitiva, el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa constituye un gran avance en la toma en consideración de la dimensión local y regional, tanto desde el punto de vista de su proceso de elaboración como del resultado.

En el proceso de elaboración, las regiones y organizaciones regionales han sido por primera vez actores de primera fila en el proceso constituyente europeo, lo que ha posibilitado que durante el debate se hayan ordenado y plasmado múltiples ideas que han culminado en amplios consensos hasta hace poco impensables.

El texto final de la Constitución aprobado por la Conferencia Intergubernamental permite concluir que la toma en consideración de la dimensión local y regional de la Unión Europea ha sido mucho mayor de lo que podía esperarse al inicio del debate sobre el futuro de la Unión Europea, iniciado ya en el Tratado de Niza, y posteriormente en la Declaración de Laeken. Se trata de la primera vez en la historia de la integración europea que el papel de los entes regionales y locales será reconocido en un texto de derecho primario, y en este caso, en la propia Constitución Europea.

Similar opinión favorable al resultado han manifestado además los principales actores en este proceso en las sucesivas reacciones al texto finalmente aprobado, desde el Comité de las Regiones al resto de representantes regionales.

Resta por ver si tras la culminación del proceso de ratificación, y en vísperas de una nueva ampliación, este avance no constituye el final del camino, sino un paso más en el acercamiento de la Unión Europea a sus ciudadanos, a través de sus instituciones más cercanas.

Bibliografía

1. Documentos elaborados por el Comité de las Regiones

- I. CONV 26/02: Dictamen de 13 de marzo de 2002, sobre el "Proyecto de informe del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros". CDR 466/2001 fin. Ponentes Sres. CHABERT (B/PPE, Ministro de Obras Públicas, Transportes y Política Sanitaria del Gobierno de la Región de Bruselas-Capital) y DAMMEYER (D/PSE, Miembro del Parlamento de Renania del Norte-Westfalia).
- II. CONV 195/02. "Contribución del Comité de las Regiones a la Convención Europea". CDR 127/02, de 8 de julio de 2002. Aprobado en el 45º Pleno celebrado los días 3 y 4 de julio de 2002. Esta contribución fue elaborada por el Grupo de Trabajo Convención, como punto de partida sobre las aspiraciones del CDR.
- III. CONV 359/02. "El camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos". CDR 114/2002. Dictamen del Comité de las Regiones, aprobado en el 46º Pleno del CDR los días 9 y 10 de octubre de 2002. Ponente: Mercedes Bresso (I-PSE. Presidente de la Provincia Autónoma de Turín).
- IV. "Un mejor reparto y definición de las competencias de la Unión Europea", CDR 119/2002 Dictamen aprobado en el Pleno de 21 de noviembre de 2002... Ponente José Luis Olivas Martínez (Presidente de la Generalitat Valenciana).
- V. "Mas democracia, transparencia y eficacia en la Unión Europea", Dictamen aprobado en el Pleno de 21 de noviembre de 2002. CDR 120/2002. Ponente: Sr. McConnell (Primer Ministro de Escocia)
- VI. "La simplificación de los instrumentos de la Unión", Dictamen aprobado por el Pleno de 21 de noviembre de 2002. CDR 263/2002. Ponente SR. Guarischi (consejero de la Región de Lombardia)
- VII. CONV 494/03. "El Comité de las Regiones y el futuro de la Unión Europea". 17 de enero de 2003, elaborada por el Grupo de Trabajo Convención sobre la "Propuesta de textos jurídicos transmitidos al Praesidium de la Convención para el Tratado Constitucional".
- VIII. CONV 520/03. "El papel de las autoridades regionales y locales en la integración europea". CDR 237/2002. Ponente: Lord Tope (Miembro de la Greater London Authority y Consejero del London Borough of Sutton). Dictamen aprobado en el 47º Pleno del CDR de 21 de noviembre de 2002.
- IX. "La futura parte III de la Constitución". CONV 742/03. 20 de mayo de 2003.
- X. "La Cohesión territorial". CDR 388/2002. Dictamen del Comité de las Regiones, aprobado en el 49º Pleno, el día 4 de abril de 2002. Proyecto aprobado por la Comisión de Política de Cohesión Territorial el 19 de febrero de 2003. Ponente: Ramón Luis Valcárcel Sieso, Presidente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (España/PPE)
- XI. Propuestas de enmiendas de los artículos 18, 31 y 45 de la Constitución. CONV 803/03. 16 de junio de 2003
- XII. Contribución sobre el método de la Convención. CONV 810/03. 11 de junio de 2003
- XIII. CONV 827/03, de 9 de julio de 2003. Resolución del Comité de las Regiones sobre "las recomendaciones de la Convención". CDR 198/2003, de 7 de julio de 2003. Resolución aprobada el pleno de los días 2 y 3 de julio de 2003.
- XIV. Resolución sobre "las Recomendaciones de la Convención Europea", aprobada en el Pleno del Comité el 3 de julio de 2003 (CDR 198/2003).

2. Documentos de la Secretaría de la Convención

- I. La dimensión regional y local en Europa Nota de transmisión del Praesidium a la Convención (CONV 51/03)
- II. Síntesis de los trabajos del Grupo de contacto “Regiones y entidades locales” (CONV 523/03)
- III. Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y el papel de los Parlamentos nacionales de la UE. Nota de transmisión del Praesidium (CONV 579/03)
- IV. Reacciones al proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Nota de transmisión de Secretaría a la Convención (CONV 610/03)
- V. Reacciones al proyecto de Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”. Nota de transmisión de la Secretaría a la Convención (CONV 611/03)

3. Documentos de las Plataforma de Asociaciones Europeas representantes de autoridades locales y regionales

- I. Comunicación de las organizaciones representativas de las autoridades locales y regionales a los miembros de la Convención Europa. Debate sobre el informe del Grupo de Trabajo de la Subsidiariedad. Dirigido por ARE, ARFE, CCRE, CRPM, EUROCITIES. Octubre 2002
- II. Documento de trabajo de las organizaciones representativas de las autoridades locales y regionales a los miembros de la Convención Europa. “Dar un valor constitucional al valor de las autoridades locales y regionales en la UE”. ARE, ARFE, CCRE, CRPM, EUROCITIES. Octubre 2002
- III. Memorial de la plataforma de cuatro organizaciones representativas de las autoridades regionales y locales a los miembros de la Convención. En vista de la sesión plenaria dedicada al papel de las autoridades regionales y locales en la Unión Europea de 7 febrero. ARFE, CCRE, CRPM, EUROCITIES
- IV. Proposición de enmiendas al capítulo VI sobre la vida democrática de la Unión: artículos 34 y 36. Documento de trabajo de la Plataforma de las asociaciones europeas representando las autoridades locales y regionales. ARE, ARFE, CCRE, CRPM, EUROCITIES. 8 de abril de 2003



Hacia una Política Europea de Seguridad y Defensa

 **Valentín Bou Frach**

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Valencia



1. La Política Europea de Seguridad y Defensa en el Tratado de la Unión Europea

La Política Europea de Seguridad y Defensa (en adelante, PESD) tiene unos orígenes lejanos en el tiempo, que se pueden remontar a los procedimientos de cooperación política que se fueron desarrollando al margen de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas a partir de 1970 (Informe de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros sobre los problemas de la unificación política, Luxemburgo, 1970; Segundo Informe sobre Cooperación Política Europea en materia de política exterior, Copenhague, 1973; Informe sobre la Cooperación Política Europea de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Diez, Londres, 1981; Declaración Solemne sobre la Unión Europea, Stuttgart, 1983), que se formalizaron en el artículo 30 del Acta Única Europea (adoptada el 17 y 28-II-1986; en vigor desde el 1-VII-1987) como materia no comunitaria.

Sin embargo, los orígenes más próximos de la PESD se sitúan en la adopción del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7-II-1992; en vigor desde el 1-XI-1993). El Tratado de Maastricht creó la Unión Europea (en adelante, UE) que, aunque se fundamenta en las Comunidades Europeas, se complementa con las "políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado" (art. A; actual art. 1 del Tratado de la Unión Europea. En adelante, TUE). Uno de los objetivos a los que debía responder la creación de la UE consiste en:

"afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común" (art. B).

Todavía hoy éste sigue siendo uno de los objetivos de la UE, cuya redacción sólo ha sufrido modificaciones menores con el paso del tiempo. En efecto, la reforma del TUE realizada por el Tratado de Ámsterdam (2-X-1997; en vigor desde el 1-V-1999) se ha limitado a añadir el adjetivo "progresiva" después del término "definición"; a suprimir la expresión "en su momento"; y a añadir el inciso final "de conformidad con las disposiciones del artículo 17" (art. 2 TUE tras el Tratado de Ámsterdam). Por su parte, las reformas del TUE introducidas por el Tratado de Niza (26-II-2001; en vigor desde el 1-II-2002) en nada han afectado a esta disposición.

Esta disposición se complementó con el párrafo 1 del artículo J.7 del Tratado de Maastricht que, tras las reformas introducidas por los Tratados de Ámsterdam y Niza, es del siguiente tenor:

"La política exterior y de seguridad común abarcará todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política de defensa común, que podría conducir a una defensa común si así lo decidiera el Consejo Europeo. En tal caso, recomendará a los Estados miembros la adopción de esa decisión de conformidad con sus respectivas normas constitucionales" (actual art. 17.1, pár. 1 del TUE).

En consecuencia, el Tratado de Maastricht se limitó a anunciar el advenimiento, en un futuro próximo o remoto, de la PESD. En todo caso, la hipotética PESD se configuró desde entonces como una parte, aunque muy especial, de la Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante, PESC) que el Tratado de Maastricht reguló en su título V (arts. J a J.11; actuales arts. 11 a 28). Es decir, la PESD se concibió como una parte futura de la PESC, que no es más que una de las dos "políticas y formas de cooperación" que complementan a las Comunidades Europeas sobre las cuales se fundamenta la UE.

Debe recordarse que el nacimiento de una PESC específicamente europea emergió como una necesidad ante una concurrencia de muy diversos factores, entre los que destaca el desmoronamiento del bloque de Estados socialistas europeos y la reducción parcial, pero importante, de la presencia militar estadounidense en Europa; las evidentes insuficiencias de la cooperación en política exterior entre los Estados miembros; el declive de la industria europea de armamento; y la debilidad de la capacidad de defensa de Europa. Ante estos retos, la UE se dotó de una PESC, "que abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad" y que respondía a los siguientes objetivos:

- la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la Unión;
- el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros en todas sus formas;
- el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta Final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París;
- el fomento de la cooperación internacional;
- el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (art. J.1; tras unas reformas menores introducidas por el Tratado de Ámsterdam, es el actual art. 11.1 del TUE).

Teniendo en cuenta las disposiciones citadas, se ha señalado que el ámbito material de la PESC cubre potencialmente el conjunto de la política exterior de la UE, incluida la seguridad. Ahora bien, esta afirmación tiene dos limitaciones importantes. En primer lugar, cabe recordar que el Tratado de Maastricht estructuró a la UE en tres pilares, el segundo de los cuales es la PESC. En consecuencia, el contenido de la PESC no abarca ni a las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas, que se ubican en el primer pilar o pilar comunitario, ni tampoco a las relaciones exteriores de la propia UE que se derivan del tercer pilar, es decir, de lo que originariamente fue la Cooperación (intergubernamental) en Asuntos de Justicia e Interior y que en la actualidad ha quedado reducida a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal. Aunque estos importantes sectores de la acción exterior de la UE se excluyen del ámbito material de la PESC, se debe insistir en la obligación que tienen el Consejo y la Comisión de garantizar la "coherencia del conjunto de la acción exterior de la UE" (art. 3, pár. 2 del TUE).

En segundo lugar, se ha de precisar qué dimensiones de la seguridad quedan incluidas en el ámbito de la PESC. En el TUE se ha separado tradicionalmente a la seguridad en tres vertientes: la política, la económica y la militar (o defensa en sentido estricto). Sobre esta triple dimensión, el TUE ha mantenido siempre que la seguridad, en sus aspectos políticos y económicos, forman parte plenamente de la PESC. Lo que también significa que aquellos aspectos de la seguridad que tengan relación con los aspectos militares y de la defensa sólo forman parte de la PESC de una manera limitada. Las distintas concepciones políticas que de estos temas tienen los cada vez más numerosos Estados miembros, determinaron que se tuviera que distinguir entre una "política de defensa común" y "una defensa común". Distinción que opera entre ambas categorías y, a su vez, respecto al resto de materias que puedan quedar cubiertas por la PESC. Así, para ambas categorías se ha previsto que su concreción y desarrollo se realizará mediante procedimientos especiales distintos a los que el TUE describe con carácter general para la PESC. Sintomático de este carácter singular de la PESD frente al resto de la PESC fue el párrafo tercero del artículo J.7 del Tratado de Maastricht, que expresamente excluía las cuestiones que tenían repercusiones en el ámbito de la defensa del procedimiento para adoptar una acción común en los ámbitos de la PESC. También singulariza a la PESD frente al resto de la PESC el hecho de que las reformas introducidas por el Tratado de Niza extendieran el mecanismo de las cooperaciones reforzadas a la PESC, bien entendido que las cooperaciones reforzadas "no podrán referirse a cuestiones que tengan repercusiones militares o repercusiones en el ámbito de la defensa" (art. 27 B TUE).

No obstante, ambas categorías también se distinguen entre sí. La "política de defensa común" permite a la UE actuar sobre algunos aspectos político-estratégicos de la defensa, mientras que la expresión "una defensa común" parece indicar la posibilidad de dotar a la UE de un sistema de defensa propio, que puede llegar a incluir la creación de un ejército europeo común. Mientras que el propio TUE incorpora a la UE la "política de defensa común", aunque exige un desarrollo y una definición especial de la misma, en el caso de la "defensa común" la situación es muy distinta, pues el TUE se limita a prever en el futuro su posible incorporación, sometida a dos requisitos. Primero,

que así lo decida unánimemente el Consejo Europeo. Y segundo, que los Estados miembros adopten esa decisión de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. El no cumplimiento, por el momento, de estos dos requisitos, imposibilita a la UE el establecimiento de tal "defensa común". Para comprender la regulación que de la PESC, incluida la PESD, se contiene en el TUE se debe ante todo subrayar el carácter eminentemente intergubernamental que todavía hoy mantienen los temas de política exterior y de seguridad, incluida la defensa. En estos temas, los Estados miembros no han realizado cesión o transferencia alguna de competencias a favor de las Comunidades Europeas, siendo pues la nota predominante la del ejercicio de la discrecionalidad soberana entre los Estados miembros. A lo máximo a lo que el TUE ha llegado en estas materias es a promover la cooperación intergubernamental entre sus Estados miembros.

Pero es precisamente ello lo que explica las características de la regulación de la PESC, incluida la PESD, en el TUE. Siendo éste un ámbito en el que los Estados miembros mantienen sus competencias soberanas y discrecionales, no hay más que constatar las enormes diferencias que en estos temas existen en las políticas nacionales de los Estados miembros, muy especialmente en las cuestiones de seguridad y defensa. Mientras algunos Estados miembros siguen una política activa de neutralismo (Austria, Finlandia, Irlanda y Suecia. Más recientemente se han unido también a este grupo de Estados Chipre y Malta), la mayoría de los Estados miembros piensan que la seguridad y la defensa de Europa sólo se puede garantizar mediante una acción conjunta estatal incardinada en una organización internacional. Pero también entre estos últimos Estados las disparidades de opinión son extremas. Así, mientras que algunos Estados miembros sostienen que la seguridad y la defensa de Europa sólo puede tener una base de cooperación atlántica (recuérdese que 19 de los 25 Estados miembros de la UE son también Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, OTAN), por lo que estos temas sólo pueden estar garantizados por la OTAN, en donde los Estados Unidos tienen una importantísima presencia (p. ej., Países Bajos, Portugal, Reino Unido, ...), otros Estados miembros defienden que la defensa y la seguridad de Europa se realice y garantice únicamente por los europeos. Pero incluso entre estos últimos Estados miembros se pueden constatar diferencias de opinión, pues algunos eran más proclives a que esta seguridad y defensa europea se lleve a cabo por la Unión Europea Occidental (UEO), mientras que otros se inclinan más por que sea la propia UE la encargada de estas misiones.

Estas grandísimas disparidades que existen en las concepciones nacionales de la seguridad y la defensa, explican en mi opinión las dos grandes características que definen la regulación que de la PESC, incluida la PESD, se contiene en el TUE. En primer lugar, las normas del Título V del TUE, dedicado a la PESC, y en concreto su artículo 17, dedicado a la PESD, tienen un eminente carácter procedimental, estando ausentes las normas de contenido material. Así, los Estados miembros tienen la obligación de informarse, de consultarse y de coordinar su acción en estos ámbitos, sin definir ni siquiera con carácter general el contenido material ni de la PESC ni de la PESD. De la misma forma, predominan las normas que describen los instrumentos jurídicos en los que se concretará la PESC, incluida la PESD (principios y orientaciones generales, estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes y tratados internacionales), los procedimientos nomogenéticos para adoptar

estos instrumentos jurídicos (en los que la regla general es la unanimidad) y las instituciones u órganos con competencias para adoptarlos. Ninguna indicación, en consecuencia, sobre las líneas generales que deban definir el contenido material de los mismos.

En segundo lugar, cualquier posible concreción material de la PESC, incluida la PESD, estará limitado *ab initio* por las grandes divergencias que, como se ha señalado, existen en las políticas nacionales sobre todo en temas de seguridad y defensa. Así, ya desde el principio, el Tratado de Maastricht intentó armonizar lo que en principio puede parecer imposible. A este respecto, por un lado dispuso que la UEO "forma parte integrante" del desarrollo de la UE, encargándole la misión de elaborar y poner en práctica las decisiones y acciones de la UE "que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa". Sin embargo, a renglón seguido limitó el alcance de esta delegación de competencias, al afirmar que "el Consejo (de la UE), de común acuerdo con las instituciones de la UEO, adoptará las modalidades prácticas necesarias" (art. J.7, párr. 2 del Tratado de Maastricht). Pese a lo que pudiera parecer, no es sin embargo cierto que el Tratado de Maastricht encargara la realización de la PESD exclusivamente, aunque de manera compartida, a la UEO y a la UE, es decir, a la estricta cooperación internacional europea. Dos límites o condiciones convivieron con esta afirmación. Por un lado, el Tratado de Maastricht especificó que la política de la UE en estos ámbitos "no afectará al carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros", con lo que la política de neutralismo de varios Estados miembros quedaba salvaguardada frente a cualquier acción o decisión conjunta de la UE y de la UEO. Por otro lado, el Tratado de Maastricht también señaló que la PESC, incluida la PESD, "respetará las obligaciones derivadas para determinados Estados miembros del Tratado del Atlántico Norte y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco" (art. J.7, párr. 4 del Tratado de Maastricht). De esta forma, el Tratado de Maastricht intentó armonizar las muy diversas concepciones nacionales de sus Estados miembros acerca de cómo garantizar la seguridad y la defensa de Europa, a la par que introdujo a la propia UE como uno más de los protagonistas principales en estos temas.

Conocido es que la propia evolución posterior de la UE ha seguido una actitud contradictoria respecto al papel que debe desempeñar la UEO en los temas de la defensa y la seguridad de Europa. Las reformas del TUE introducidas por el Tratado de Ámsterdam en 1997 reforzaron sin lugar a dudas las funciones de la UEO en esta materia. Sin suprimir ninguna de las disposiciones apenas comentadas del Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam especificó además que será la UEO quien proporcionará a la UE el acceso a una capacidad operativa, especialmente en el contexto de las diferentes misiones de gestión de crisis (misiones de Petersberg) en las que participe la UE; que la UEO secunda a la UE en la definición de los aspectos de defensa de la PESC; y que la UE, en consecuencia, fomentará relaciones institucionales más estrechas con la UEO con vistas a la posibilidad de la integración de la UEO en la UE (art. 17.1 del TUE, tras las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam). Incluso el Tratado de Ámsterdam introdujo por un lado un Protocolo sobre el artículo 17 del TUE, en el que se previó que la UE elaboraría , junto con la UEO, "acuerdos de cooperación más intensa entre sí" antes del 1-V-2000; y, por otro lado, las Declaraciones número 2 y

3 anejas al TUE, añadidas por el Tratado de Ámsterdam, centraron los ámbitos de tal cooperación, afirmando que "la UEO se erige como un verdadero marco de diálogo y cooperación entre europeos en torno a las cuestiones de seguridad y defensa europeas en sentido amplio".

Sin embargo, apenas cuatro años después, las reformas del TUE introducidas por el Tratado de Niza en 2001 suprimieron todas las disposiciones citadas que mencionaban a la UEO. En consecuencia, en el momento actual del TUE, la PESC, incluida la PESD, es una función encomendada en exclusiva a la UE, con el doble condicionamiento de no afectar el carácter específico de la política de seguridad y defensa de los Estados miembros neutrales y de respetar y ser compatible con la política común de seguridad y defensa de la OTAN, a la que pertenecen la mayoría de los Estados miembros de la UE (actual art. 17.1 del TUE). Por lo tanto, la UE no reconoce formalmente ningún protagonismo importante hoy día a la UEO en temas de seguridad y defensa de Europa, pese a que no obstante la UEO siga existiendo al margen del TUE y, en buena medida, desvinculada del mismo.

El hecho de que la UE se haya desvinculado de cualquier cooperación importante con la UEO en cuestiones que afecten a la seguridad y la defensa europea no significa, en ningún caso, que hayan desaparecido las enormes discrepancias que en temas de política exterior, incluidas las cuestiones de seguridad y defensa, mantienen los Estados miembros de la UE. Ello explica con total claridad que, todavía hoy, la regla general para la adopción de cualquier decisión en el ámbito de la PESC, incluida la PESD, sea la regla de la unanimidad. Regla que, en definitiva, otorga a cualquier Estado miembro un derecho de veto y que obliga a que cualquier acuerdo que se adopte en este ámbito deba ser necesariamente consensuado por todos y cada uno de los Estados miembros. En consecuencia, cualquier concreción jurídica de las disposiciones sobre la PESC, incluida la PESD, debe ser armonizadora y respetuosa de las muy distintas concepciones nacionales de la seguridad y de la defensa que tengan los Estados miembros.

La preeminencia de la regla de la unanimidad en el ámbito de la PESC, y muy especialmente en el ámbito de la PESD, está garantizada en el TUE por cuatro mecanismos distintos. En primer lugar, porque cuando por vía excepcional el Consejo pueda decidir por mayoría cualificada y no por unanimidad cuestiones que afecten a la PESC (adopción de acciones comunes o de posiciones comunes, ex art. 23.2 del TUE) lo tendrá que hacer basándose en las orientaciones generales y aplicando las estrategias comunes que, en ambos casos, deberá haber adoptado previamente el Consejo Europeo por unanimidad. En segundo lugar, porque incluso aunque en el ámbito de la PESC esté previsto por vía excepcional que algunos instrumentos jurídicos se adopten por la regla de la mayoría cualificada del Consejo, esta posibilidad está expresamente excluida respecto de "las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa" (art. 23.2, párr. 4 del TUE). Es decir, en la PESD no existe ninguna excepción a la regla de la unanimidad. En tercer lugar, porque basta que un sólo Estado miembro tenga "dificultades importantes para aplicar una acción común" ya adoptada, para que este Estado todavía pueda solicitar al Consejo que delibere al respecto y busque las soluciones adecuadas (art. 14.7 del TUE). En cuarto lugar, porque limitado a la PESD, el art. 17.5

contiene el mandato específico de que la revisión de las disposiciones del TUE en esta materia expresamente se deberán realizar de acuerdo con las disposiciones del artículo 48. Es conocido que el artículo 48 del TUE regula un procedimiento único para la revisión de los tratados constitutivos, que se caracteriza porque cualquier modificación debe aprobarse "de común acuerdo" en una conferencia de los representantes de los Gobiernos de "todos los Estados miembros" y, además, tales enmiendas sólo entrarán en vigor cuando hayan sido "ratificadas por todos los Estados miembros" de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Por lo tanto, cualquier modificación de las disposiciones relativas a la PESD está sujeta a una doble unanimidad de los Estados miembros. Ahora bien, si el artículo 48 establece un procedimiento único para la revisión de los tratados constitutivos, es lógico pensar que el artículo 17.5 del TUE, al menos desde un punto de vista jurídico, resulta innecesario, ya que sin esta previsión el resultado sería el mismo. Debe por lo tanto entenderse la existencia del artículo 17.5 como el deseo político de insistir en la necesaria unanimidad de todos los Estados miembros no sólo para aplicar la PESD, sino también incluso para modificarla.

En este sentido, es obvio afirmar que para aplicar la PESD a cualquier caso concreto, el TUE ha previsto mecanismos muy rígidos para la adopción de cualquier decisión. La regla de la unanimidad comporta un riesgo muy elevado de posibilidad de bloqueo por parte de cualquier Estado miembro. Riesgo que se incrementa exponencialmente a medida que aumenta el número de Estados miembros de la UE como resultado de nuevas adhesiones. Siendo muy real que este riesgo provoque una inoperatividad total de la PESC, incluida la PESD, no es de extrañar que desde el origen del TUE y en su evolución posterior hayan aflorado progresivamente diversos mecanismos que persiguen introducir cierta flexibilidad en la adopción de decisiones en el ámbito de la PESC, y muy especialmente de la PESD. Así, cabe destacar que, aunque las decisiones del Consejo en materia PESC, incluida la PESD, se deban adoptar por unanimidad, sin embargo las abstenciones de los Estados miembros "no impedirán la adopción de tales decisiones (actual art. 23.1, p. 1 del TUE). Es decir, la regla de la unanimidad se concibe como la ausencia de oposición expresa y no como el requerimiento del consentimiento positivo de todos los Estados miembros. En segundo lugar, en los ámbitos de la PESC, incluida la PESD, se ha introducido también el mecanismo conocido como la "abstención constructiva", que permite la asimetría de obligaciones y derechos para los distintos Estados miembros. Así, se ha dispuesto que:

"En caso de que un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podrá acompañar su abstención de una declaración formal efectuada de conformidad con el presente párrafo. En ese caso, no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión. En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición (...)" (actual art. 23.1, p. 2 del TUE).

En tercer lugar, "en caso de imperiosa necesidad" derivada de la evolución de la situación y a falta de una decisión del Consejo, los Estados miembros pueden adoptar "con carácter de urgencia las medidas necesarias", teniendo en cuenta los objetivos generales de la acción común (art. 14.6 del TUE), lo que abre las puertas, en estos casos excepcionales, a acciones unilaterales no coordinadas. En cuarto lugar, cabe recordar que el Tratado de Niza extendió al pilar de la PESC el mecanismo de las cooperaciones reforzadas. Si bien ya hemos señalado que este mecanismo no se podrá aplicar a

la PESD, debe sin embargo subrayarse que desde el Tratado de Maastricht, y todavía hoy, específicamente para la PESD se prevé que las disposiciones del TUE "no serán óbice al desarrollo de una cooperación reforzada entre dos o varios Estados miembros en el plano bilateral, en el marco de la UEO y de la OTAN", siempre que tal cooperación no contravenga ni obstaculice la PESC (art. J.7, pár. 5 del Tratado de Maastricht; actual art. 17.4 del TUE), siendo curiosamente ésta la única mención que queda de la UEO en el Título V del actual TUE.

2. Sus concreciones en la práctica

La puesta en práctica de la PESC, y muy especialmente de la PESD, no ha resultado ni fácil ni exitosa. De hecho, la UE no ha tenido el protagonismo principal que de ella se hubiera podido esperar en la gestión de las grandes crisis internacionales de los últimos años, como las de los Balcanes (Bosnia Herzegovina primero y Kosovo después), la de la Región de los Grandes Lagos, etc. La guerra contra Iraq y su posterior ocupación militar por fuerzas de los Estados Unidos, del Reino Unido y de Australia han evidenciado más que ninguna otra crisis internacional la desunión europea en el ámbito de la PESC y muy especialmente de la PESD. Las numerosas críticas contra la falta evidente de una política exterior y de seguridad europea insistieron, sin embargo, en su urgente necesidad.

En la concreción práctica de la PESD el momento que marca una inflexión importante en su historia fue el Consejo Europeo de Niza de 7 y 8-XII-2000. Hasta entonces, los logros en la PESD fueron minúsculos, aunque significantes, y estuvieron siempre imbuidos en el dilema UEO *versus* OTAN.

Así, en la Cumbre de Roma de 7 y 8-XI-1991, el Consejo del Atlántico Norte aprobó el nuevo concepto estratégico de la OTAN, por el que decidió, con un enfoque global, ampliar sus funciones exclusivamente defensivas y asumir competencias en el ámbito de la gestión de crisis. El "nuevo" concepto estratégico de la OTAN lo fue posteriormente perfilando el Consejo del Atlántico Norte. En su Cumbre de Oslo en mayo de 1992, acordó las condiciones en las que los recursos de la OTAN se pondrían a disposición de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) para llevar a cabo operaciones de mantenimiento de la paz. En sus reuniones de diciembre de 1992 y de junio de 1993 especificaron las bases conforme a las cuales la OTAN participaría en las operaciones de Naciones Unidas bajo el mandato de su Consejo de Seguridad.

Coincidiendo también con la adopción del Tratado de Maastricht, la UEO inició a partir de los años 90 un proceso de reconversión que implicó una ampliación de sus objetivos ante las nuevas dimensiones de la seguridad y la defensa. En este sentido, esta "reconversión" se puede entender como una réplica estrictamente europea al "nuevo" concepto estratégico de la OTAN. Así, también por un conducto informal, los Ministros de Defensa y de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la UEO adoptaron el 19-VI-1992 una Declaración en el castillo de Petersberg, en Bonn. La Declaración de Petersberg indicó que, además de las actuaciones en ejercicio del derecho de legítima

defensa colectiva previstas en el artículo 5 del Tratado de Washington, constitutivo de la OTAN, y del artículo V del Tratado de Bruselas modificado, constitutivo de la UEO, las fuerzas militares de los Estados miembros, actuando bajo la autoridad de la UEO:

"podrían ser utilizadas en misiones humanitarias o de rescate de nacionales, en misiones de mantenimiento de la paz y en misiones en las que intervinieran fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las operaciones de restablecimiento de la paz".

Éstas son las conocidas como "misiones de Petersberg" que, al situarse más allá de los límites de la legítima defensa colectiva, permitieron que Europa tuviese autonomía para emprender acciones militares. De hecho, en los años siguientes la UEO llevó a cabo diversas actuaciones operativas de las que habría que mencionar, en el ámbito europeo, la operación en el Adriático controlando la aplicación del embargo impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993; la operación del Danubio en 1993; o el Destacamento de policía en Mostar en 1994.

Aún así, la dicotomía UEO-OTAN pervivió. La "Identidad Europea de Seguridad y Defensa" (IESD) intentó compatibilizar la coordinación de las dos organizaciones internacionales con la acción de la UE. La OTAN, a través de la reunión de su Consejo Atlántico en Berlín en 1996, incorporó la IESD al sistema atlántico, pero al mismo tiempo la UEO sostuvo que la IESD podía actuar tanto dentro del marco operativo de la OTAN, como fuera del mismo, en el contexto de las relaciones entre la UEO y la propia UE. Ésta es la situación confusa que se reflejó en el Tratado de Ámsterdam. Complicando aún más este panorama, el Tratado de Ámsterdam de 1997 constitucionalizó en el seno de la UE las denominadas "misiones de Petersberg" dentro de los objetivos de la PESD, al disponer que:

"Las cuestiones a que se refiere el presente artículo incluirán misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz" (art. 17.2 del TUE, tras las reformas del Tratado de Ámsterdam).

Estas misiones son verdaderas actuaciones operativas militares que, como se ha señalado, aunque se sitúan en el "escalón más bajo de la jerarquía militar", plantean el problema esencial de la capacidad operativa de la UE para el desempeño de las mismas, que era nula. Para afrontar este problema, el Tratado de Ámsterdam actuó en dos frentes distintos. Por un lado, preveía expresamente que la UEO proporcionará a la UE "el acceso a una capacidad operativa especialmente en el contexto" de las misiones de Petersberg, por lo que la UE debía fomentar "relaciones institucionales más estrechas con la UEO" (art. 17.1, párr. 2 del TUE). Por otro lado, dispuso que cuando la UE recurra a la UEO para "que elabore y ponga en práctica" decisiones de la UE relativas a las misiones de Petersberg, todos los Estados miembros de la UE, aunque no lo sean de la UEO, "tendrán derecho a participar plenamente en dichas misiones", en pie de igualdad tanto en la planificación como en la adopción de decisiones en la UEO (art. 17.3, párr. 3 del TUE). De hecho, la Decisión 1999/404/PESC del Consejo de la UE de 10-V-1999 adoptó los Acuerdos de cooperación más intensa entre la UE y la UEO.

Sin embargo, la tendencia de la UE a apoyarse en la UEO para llevar a cabo su PESD había comenzado ya a invertirse. Cabe recordar, a este respecto, la "Declaración sobre la Defensa Europea" realizada al término de la cumbre entre Francia y Reino Unido (Saint-Malo, 4-XII-1998). La posición francesa insistía en que la UE debía tener una capacidad de decisión propia en esta materia, mientras que el Reino Unido aspiraba a fortalecer aún más las relaciones entre la UE y la OTAN. El compromiso al que se llegó en este comunicado conjunto anunciaba que "la UE debe dotarse de estructuras apropiadas y de capacidades para analizar las situaciones, de servicios de inteligencia y de capacidad para una planificación estratégica relevante, sin una duplicación innecesaria de lo que ya existe en la OTAN". La premonición de que la UEO perdería todo protagonismo en la futura realización de la PESD no tardaría en cumplirse.

Ello fue acompañado de un evidente reforzamiento de los objetivos de la OTAN. Con ocasión del cincuenta aniversario de la creación de la OTAN, sus Estados miembros adoptaron el 24-IV-1999 el documento titulado "El concepto estratégico de la Alianza" que supone una revisión informal del Tratado del Atlántico Norte realizada mediante un simple acuerdo político en el que expresamente se supera el carácter inicialmente defensivo de esta organización, al incluir "la posibilidad de conducir operaciones de respuesta a las crisis no contempladas en el artículo 5" de este Tratado (mecanismo de legítima defensa colectiva). De esta reforma se desprende también el deseo de sus Estados miembros de consolidar el papel de la OTAN como el instrumento efectivo de la seguridad en el área europea, así como la necesidad de contar con ella en el diseño de la IESD.

Los tres Consejos Europeos que siguieron acabaron por consolidar el cambio de rumbo de la UE en su concepción de la PESD. El primer paso se dio en el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4-VI-1999), en el que se aprobaron las líneas políticas esenciales de actuación en materia PESD, con la "Declaración sobre el refuerzo de la política europea común de seguridad y defensa" y el "Informe de la Presidencia sobre el desarrollo de la política europea común de seguridad y defensa". Es de destacar que este Consejo Europeo insistió en que las misiones de Petersberg debían incluir "la totalidad de tareas de prevención de conflictos y gestión de crisis". El segundo paso se produjo en el Consejo Europeo de Helsinki (10 y 11-XII-1999), que aprobó los Informes de la Presidencia sobre "El refuerzo de la Política Europea Común de Seguridad y Defensa" y sobre "La gestión no militar de crisis por la UE". Este Consejo Europeo insistió en la necesidad de que la UE se dotase de las capacidades necesarias para llevar a cabo con efectividad las misiones de Petersberg. Así, en el primero de los Informes citados describe el conjunto de principios y estructuras considerado idóneo para que la UE pueda intervenir efectivamente en las crisis internacionales de una manera autónoma y conforme a sus propias decisiones. En el segundo de estos Informes destacó la previsión de crear una fuerza de reacción rápida capaz de alcanzar objetivos concretos, tales como la capacidad de desplegar rápidamente fuerzas de policía civil de un determinado volumen, o fuerzas de búsqueda y salvamento. En consecuencia, con el Consejo Europeo de Helsinki se comenzaron a superar los limitados objetivos de las misiones de Petersberg, basados fundamentalmente en operativos militares, y comenzaron a aflorar también las misiones de policía para la gestión civil de crisis.

El tercer paso fue el Consejo Europeo de Santa-Maria da Feira (18 y 19-VI-2000), en el que se discutió sobre la necesidad de reformar las disposiciones del TUE en materia PESC, y muy especialmente PESD. Además, siguiendo con la línea de los trabajos del Consejo Europeo de Helsinki, el Consejo Europeo de Santa-Maria da Feira estableció los mecanismos para la participación de terceros Estados en las acciones de gestión militar de crisis dirigidas por la UE ("Acuerdos que deben ser concluidos por el Consejo en lo que concierne a las modalidades de consulta y/o participación que permitirán a los Estados europeos miembros de la OTAN que no forman parte de la UE y a otros países candidatos a la adhesión a la UE, a contribuir a la gestión militar de crisis por la UE"). No llegó, sin embargo, a solucionar el tema candente del acceso de la UE a las capacidades de la OTAN (lo que se reflejó en el Documento titulado "Principios de consulta con la OTAN sobre las cuestiones militares y recomendaciones sobre la puesta a punto de las modalidades aplicables a las relaciones entre la UE y la OTAN"). Tema en el que, pese a los avances conseguidos (véase el Documento "Defensa Europea: consulta, planeamiento y operaciones entre la OTAN y la UE", anexo a las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, 17 y 18-VI-2004), todavía no se ha llegado a un acuerdo definitivo. El Consejo Europeo de Santa-Maria da Feira también abordó el tema del refuerzo de las capacidades civiles, adoptando un Informe sobre los objetivos de los aspectos civiles de la gestión de crisis, centrado en cuatro áreas: operaciones de policía, acciones destinadas a reforzar el Estado de Derecho, la consolidación de la administración civil y a la protección civil.

De esta forma se llegó al Consejo Europeo de Niza (7 y 8-XII-2000), en el que se aprobó el "Informe de la Presidencia sobre la Política Europea de Seguridad y Defensa", que puso en marcha la PESD. El Consejo Europeo de Niza es el que hizo evidente el cambio en el modelo de construcción de la PESD, cuya articulación se realiza fuera del marco de los Tratados. De hecho, las reformas del TUE que introdujo el Tratado de Niza, adoptado en este mismo Consejo Europeo, consistieron en una mínima revisión del Título V del TUE, destinada a eliminar los aspectos que resultaban incompatibles con el nuevo modelo de la PESD. Las reformas del TUE realizadas por el Tratado de Niza en esta materia consistieron en suprimir las menciones de la UEO de su artículo 17, relegándola a una existencia residual; el aumento de los poderes del Comité Político y de Seguridad (art. 25 del TUE); la introducción del mecanismo de cooperación reforzada en la PESC, aunque excluyendo la PESD; y la desvinculación de la entrada en vigor del Tratado de Niza de la puesta en marcha de la PESD (Declaración núm. 1 relativa a la PESD, aneja al Tratado de Niza).

La tardía, aunque esperada, puesta en marcha de la PESD se ha caracterizado, en primer lugar, por el establecimiento de los grandes objetivos estratégicos y la definición de los objetivos políticos sobre capacidades militares y civiles en la gestión de crisis. La definición de los objetivos estratégicos de la PESD se contiene en el documento titulado "Estrategia Europea de Seguridad" («Una Europa segura en un mundo mejor»), que fue elaborado por el Alto Representante de la PESC, Sr. Javier Solana, en colaboración con la Unidad de Planificación Estratégica y resultó aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas el 12-XII-2003. En la Estrategia Europea de Seguridad se contempla como "improbable" actualmente las agresiones a gran escala contra un Estado miembro pero, con una concepción amplia de la seguridad, se identifican como nuevas amenazas el terrorismo, la

proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, los supuestos de descomposición de Estados (Somalia, Liberia, Afganistán, ...) o la delincuencia organizada. Ante tal situación, identifica y describe tres objetivos estratégicos de la UE: hacer frente a las amenazas, reconociendo que "con las nuevas amenazas, la primera línea de defensa estará a menudo en el extranjero" y que "ninguna de las nuevas amenazas es meramente militar ni puede atajarse únicamente con medios militares. Cada una de ellas requiere una combinación de instrumentos"; crear seguridad en los países vecinos, partiendo de que a Europa le conviene que los países limítrofes estén bien gobernados, promoviendo el buen gobierno al este de la UE y en las orillas del Mediterráneo; y perseguir un orden internacional basado en un multilateralismo eficaz, que tenga por objetivos perseguir "el desarrollo de una sociedad internacional más fuerte, con instituciones internacionales que funcionen adecuadamente, y de un orden internacional basado en el Derecho". Con tales objetivos estratégicos, la PESD deja de ser un simple cúmulo de normas procedimentales y comienza a tener sus contenidos materiales propios. Con un alcance más restringido, cabe señalar que el Consejo Europeo de Sevilla, de 21-22-VI-2002, centró su atención en la posible utilización de las capacidades militares y civiles de la UE en apoyo de poblaciones afectadas por actos de terrorismo, así como en la necesidad de garantizar la protección de las fuerzas de la UE frente a ataques terroristas ("Declaración sobre la contribución de la PESD, incluida la PESD, en la lucha contra el terrorismo").

La definición política de objetivos sobre capacidades militares comenzó con la elaboración de un "objetivo global" sobre capacidades militares que, aprobado por el Consejo Europeo de Helsinki, estableció para el 2003 el compromiso de tener una fuerza militarmente autosuficiente de un Cuerpo de Ejército (60.000 personas), con capacidad para desplegarse en un plazo inferior a 60 días y mantener su acción al menos durante un año. Este "objetivo global" se ha complementado con el "Objetivo Principal para 2010", aprobado por el Consejo el 17-V-2004, por el que se fijan los parámetros principales para el desarrollo de las capacidades militares de la UE.

Junto a las capacidades militares de la UE, deben tenerse en cuenta igualmente los objetivos relativos a los aspectos civiles de gestión de crisis que, tras el Consejo Europeo de Santa-María da Feira, comprende capacidades de policía, reforzamiento del Estado de Derecho, consolidación de la administración civil y protección civil. Los avances conseguidos en estas cuatro áreas están vinculados a la acción del Comité para la gestión civil de crisis (creado por Decisión 2000/354/PESC, DO L 127, de 27-V-2000), como grupo de trabajo del Consejo. En la "Conferencia sobre capacidades de gestión civil de la crisis", celebrada en noviembre de 2002, se constató que los objetivos fijados por el Consejo Europeo de Helsinki para el 2003 en las cuatro áreas prioritarias (en el área de capacidades de policía, tener disponibles 5.000 oficiales de policía, de los cuales 1.400 oficiales de policía podrían estar desplegados en menos de 30 días; en el área del reforzamiento del Estado de Derecho, tener disponibles casi 300 funcionarios, entre fiscales, jueces, funcionarios de prisiones, etc.; en el área de consolidación de la administración civil, tener disponibles un conjunto de expertos capaces de aceptar misiones de administración civil en el contexto de las operaciones de gestión de crisis que puedan ser desplegados en un plazo muy breve; y en el área de protección civil, tener

disponibles 2 ó 3 equipos de evaluación y coordinación, capaces de movilizarse inmediatamente y compuestos de 10 expertos que se puedan desplegar entre 3 y 7 horas después, complementados por equipos de intervención de hasta 2.000 personas capaces de desplegarse en un muy breve período de tiempo, a los que seguirían medios más especializados que podrían desplegarse entre 2 y 7 días después, dependiendo de las necesidades concretas de cada crisis) ya habían sido superados por los compromisos asumidos por los Estados miembros. Por otra parte, el "Plan de acción en materia de gestión civil de crisis", adoptado por el Consejo Europeo de 17 y 18-VI-2004, ha impulsado un enfoque multifuncional de las operaciones de esta naturaleza, dadas las grandes relaciones entre las mismas. Teniendo en cuenta además las evidentes conexiones entre la gestión civil de las crisis y el tercer pilar de la UE (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal), el Plan de acción de 2004 ha propuesto la creación de mecanismos de contacto entre el Comité de Coordinación de Altos Funcionarios (art. 36 del TUE) y el Comité para la gestión civil de crisis. La Declaración de los Jefes de Policía de los Estados miembros de la UE (Warnsveld, Holanda, 25-X-2004), que siguió a la reunión sobre los aspectos de policía en el marco de la PESD, por un lado respaldó la iniciativa de España, Francia, Holanda, Italia y Portugal de crear una Fuerza de Gendarmería Europea (FGE) a disposición de la PESD y, por otro, identificó los aspectos operativos e institucionales de las misiones de policía en el ámbito de la PESD que se deberían mejorar, a la luz de la experiencia ya adquirida. En noviembre de 2004, se celebró una nueva Conferencia sobre las Capacidades en Gestión Civil de Crisis. En la Declaración Ministerial (Bruselas, 22-XI-2004) que la siguió, los Ministros de Asuntos Exteriores confirmaron que los compromisos voluntariamente asumidos por los Estados miembros habían superado con creces los objetivos fijados por el Consejo Europeo, pues en ese momento se disponía ya de 5.761 funcionarios de policía en el área de capacidades de policía; 631 funcionarios en el área del reforzamiento del Estado de Derecho; 562 en el área de consolidación de la administración civil; y 4.988 en el área de protección civil). Los Ministros también declararon su deseo de seguir reforzando las capacidades civiles de la UE en el ámbito de la PESD y, como ejemplo, crearon una quinta área prioritaria, las capacidades de control o supervisión (*monitoring capability*) con 505 funcionarios disponibles.

Una segunda característica de la puesta en marcha de la PESD ha sido la creación de sus estructuras civiles y militares permanentes. Fue el Consejo Europeo de Niza (7 y 8-XII-2000) el que decidió crear los órganos civiles y militares de carácter permanente que se habían previsto en el Consejo Europeo de Helsinki, como órganos integrados o dependientes del Consejo y respetando el marco institucional único de la UE. Así, se procedió inmediatamente a la creación de tres órganos que, aunque estaban operando de manera provisional desde marzo de 2000, fueron instituidos con carácter permanente el 22-I-2001. El primero fue el Comité Político y de Seguridad (aunque previsto en el Tratado de Niza como el artículo 25 del TUE, su creación fue adelantada por decisión del Consejo 2001/78/PSDC, DO L, 27, 30-I-2001, p. 1), con competencia en todos los aspectos de la PESD, incluida la PESD, siendo el órgano que ejerce el control político y la dirección estratégica de las operaciones militares de gestión de crisis, bajo la autoridad del Consejo. El segundo es el Comité Militar de la UE (decisión del Consejo 2001/79/PSDC, DO L, 27, 30-I-2001, p. 4), compuesto por los Jefes de Estado Mayor de los ejércitos, tiene la misión de asesorar al Comité Político y de Seguridad

en temas militares, así como de orientar militarmente al Estado Mayor. El tercero fue el Estado Mayor de la UE (decisión del Consejo 2001/80/PESDC, DO L, 27. 30-I-2001, p. 4), que tiene un abanico muy amplio de funciones, entre las que se encuentran las de proporcionar asesoramiento técnico en temas militares en el ámbito de la PESD; apoyar las operaciones militares de gestión de crisis llevadas a cabo por la UE; la alerta temprana; la evaluación de las situaciones; y la planificación estratégica de las misiones de Petersberg, incluida la identificación de las fuerzas europeas nacionales y multinacionales. Siguiendo con esta línea de actuación, recientemente se ha creado la Agencia Europea de Defensa (aunque prevista por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, su creación se adelantó con la Acción Común del Consejo 2004/551/PESC, de 12-VII-2004, DO L, 245, de 17-VII-2004) con el objetivo de impulsar las capacidades de defensa en el ámbito de la gestión de crisis; el fomento y la intensificación de la cooperación europea en materia de armamento; el fortalecimiento de la base tecnológica e industrial de la defensa europea; la creación de un mercado europeo competitivo de material de defensa; así como el fomento, en relación, si procede, con las actividades de investigación comunitarias, de una investigación que permita alcanzar una posición de vanguardia en tecnologías estratégicas para las futuras capacidades de defensa y seguridad, fortaleciéndose así el potencial industrial de Europa en este ámbito.

La tercera característica de la puesta en marcha de la PESD ha consistido en estrenar y demostrar su operatividad práctica. El Consejo Europeo de Laeken (14 y 15-XII-2001) aprobó una "Declaración de operatividad de la política europea común de seguridad y defensa", en la que anunció que la PESD ya era parcialmente operativa, al afirmar que:

"Gracias a la continuación del desarrollo de la PESD, al fortalecimiento de sus capacidades, tanto civiles como militares y a la creación en su seno de las estructuras adecuadas, la Unión ya es capaz de conducir operaciones de gestión de crisis. El desarrollo de los medios y capacidades de los que dispondrá la Unión le permitirá asumir progresivamente operaciones cada vez más complejas".

Fue precisamente el Consejo Europeo de Sevilla de 21-22-VI-2002 el que contempló la posibilidad de realizar la primera misión de la PESD fuera del territorio de la Unión, con carácter inminente, consistente en una operación de policía en Bosnia y Herzegovina, así como el eventual reemplazo de las fuerzas de la OTAN en Macedonia (SFOR) tras la conclusión de los acuerdos entre la UE y la OTAN, conocidos como Acuerdos de Berlín plus. Desde entonces, en un muy breve período de tiempo se han acordado ocho actuaciones operativas (entre operaciones militares y misiones de policía), de las cuales dos ya han concluido y las seis restantes siguen vigentes. Cronológicamente, la primera en comenzar fue la Misión de Policía de la UE en Bosnia y Herzegovina (MPUE). La MPUE fue creada por decisión del Consejo de la UE de 11-III-2002 (Acción común 2002/210/PESC). Su establecimiento fue respaldado tanto por la Junta Directiva del Consejo de Aplicación de la Paz, como por la Resolución 1396, de 5-III-2002, del Consejo de Seguridad de la ONU. La MPUE inició el 1-I-2003 sus actividades, con una duración inicial de 3 años, por lo que todavía no ha terminado. Desde su inicio, sustituyó a la Fuerza Internacional de Policía de las Naciones Unidas, con el mandato de establecer dispositivos policiales duraderos bajo la dirección de Bosnia y Herzegovina. La MPUE está integrada por unos 500 funcionarios de policía procedentes de más de 30 países.

La segunda fue la Operación Militar de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia (Operación fYROM/Concordia), que se aprobó a solicitud del Presidente macedonio Sr. Trajkovski y se basó en la Resolución 1371 del Consejo de Seguridad de la ONU. Esta Operación comenzó el 31-III-2003, al sustituir la UE a una Operación de la OTAN que concluyó ese mismo día. Prevista inicialmente con una duración de seis meses, se extendió hasta el 15-XII-2003, fecha en la que terminó. Bajo dirección de la UE, en esta Operación participaron unos 400 militares, procedentes de 13 Estados miembros de la UE y de otros 14 Estados terceros. Su objetivo consistió en contribuir a lograr un ambiente seguro y estable que permitiese la aplicación del Acuerdo marco de Ohrid, de agosto de 2001, para reforzar la paz, la democracia y la seguridad de este país en un contexto geográfico más estable.

La tercera fue la Operación Militar de la UE en la República Democrática del Congo (conocida como Operación RDC/Artemis). Esta Operación se realizó de conformidad con la Resolución 1484, de 30-V-2003, del Consejo de Seguridad de la ONU y la Acción común del Consejo de la UE adoptada el 5-VI-2003. La Operación RDC/Artemis terminó oficialmente el 1-IX-2003 y tuvo como objetivo la estabilización de las condiciones de seguridad y la mejora de la situación humanitaria en Bunia. En buena parte, fue posible porque Francia actuó como "Estado marco" de esta Operación.

La cuarta es la Misión de Policía de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia (Misión EUPOL Próxima). Por invitación formal del Primer Ministro de la ex República Yugoslava de Macedonia, la UE aprobó la Misión EUPOL Próxima el 15-XII-2003 (Acción común del Consejo 2003/681/PESC), teniendo prevista una duración inicial de un año. Esta Operación está integrada por unos 200 funcionarios procedentes tanto de Estados miembros como de Estados terceros a la UE. Entre sus objetivos se encuentran la consolidación de la Ley y el orden, incluyendo la lucha contra el crimen organizado; la remodelación del Ministerio del Interior; la creación de una policía de frontera; el apoyo a la policía local; etc.

La quinta es la Misión de la UE en pro del Estado de Derecho en Georgia (Misión EUJUST Themis). La Misión EUJUST Themis fue aprobada por la Acción común del Consejo 2004/523/PESC, de 28-VI-2004, comenzando sus actividades el 16-VI-2004 con una duración prevista de 12 meses. Ésta es la primera misión que crea la UE en el área del reforzamiento del Estado de Derecho, por lo que representa un paso importante en el desarrollo de la rama civil de la PESD. Esta Misión, compuesta por 10 expertos civiles internacionales y personal de apoyo, pretende ayudar a las autoridades de Georgia en la realización de cambios urgentes en su sistema de justicia penal y en una reforma global de sus instituciones que refuercen los principios del Estado de Derecho.

La sexta es la Operación Militar de la UE en Bosnia y Herzegovina (Operación EUFOR - Althea). Basada en la Resolución 1551, de 9-VII-2004, del Consejo de Seguridad de la ONU, esta Operación fue aprobada por la Acción común del Consejo 2004/570/PESC, de 12-VII-2004, marcando la Decisión del Consejo 2004/803/PESC, de 2-XII-2004 el inicio de sus actividades. La Operación EUFOR - Althea fue aprobada por la UE tras la decisión de la OTAN de concluir su Operación SFOR, aunque la

Operación de la UE está utilizando los bienes y capacidades de la OTAN, sobre la base de los Acuerdos de Berlín plus. La Operación EUFOR - Althea aspira a desplegar unos 7.000 militares en Bosnia y Herzegovina para asegurar el cumplimiento de los Acuerdos de paz de Dayton/París.

La séptima es la Misión de Policía de la UE en Kinshasa, República Democrática del Congo (Misión EUPOL "Kinshasa"). Como respuesta a un requerimiento oficial del Gobierno de la República Democrática del Congo para que la UE le ayudara en el establecimiento de una Unidad de Policía Integral que contribuyese a asegurar la protección de las instituciones estatales y a reforzar el aparato de seguridad interna, la UE aprobó esta Misión con la Acción común del Consejo 2004/847/PESC. La Misión EUPOL "Kinshasa" aspira a que la citada Unidad de Policía Integral sea plenamente operativa en marzo de 2005 y tiene prevista su duración hasta que se celebren en 2005 elecciones nacionales en la República Democrática del Congo.

La octava y, de momento última, es la Misión Integrada de la UE por el Estado de Derecho en Iraq (Misión EUJUST Lex). A petición oficial de las autoridades iraquíes, el Consejo de la UE adoptó la Acción común 2005/190/PESC, de 7-III-2005, en la que se aprobó la Misión EUJUST Lex. Esta Misión, que se espera que inicie sus actividades a más tardar el 1-VII-2005, con una duración inicialmente prevista de un año, está diseñada para ayudar a las necesidades urgentes del sistema judicial penal iraquí, proporcionando cursos de entrenamiento y de capacitación profesional, tanto *in situ* como en el territorio de la UE, a los funcionarios policiales, judiciales y penitenciarios del Iraq.

En consecuencia, en apenas dos años y medio la PESD ha devenido una realidad práctica que, aunque tardía, está naciendo con una gran fuerza emergente y continuada.

3. La Política Europea de Seguridad y Defensa en el Tratado Constitucional

Después de casi cuatro años de estar anunciado, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros firmaron en Roma, el 29-X-2004, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, Tratado Constitucional). En materia PESC, incluida la PESD, el Tratado Constitucional ha introducido algunas novedades importantes aunque, obviamente, sin suponer una ruptura con la tradición sobre la que se erige. El valor de estas novedades se aprecia por sí sólo, si se tiene en cuenta que la negociación del Tratado Constitucional se realizó durante lo que se ha considerado como la mayor crisis en la historia de la construcción europea, debida a la profunda división que entre sus Estados miembros causó la guerra de Iraq. La perspectiva de una gran ampliación hacia el centro y el este de Europa tampoco contribuía a hacer esperar grandes avances en el ámbito de la PESC, incluida la PESD.

Se debe comenzar por señalar que el Tratado Constitucional mejora la definición de los objetivos de la refundada UE. Así, se comienza por señalar que la UE "tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos" (art. I-3.1 del Tratado Constitucional) que, en la acción exterior de la UE, se concreta de la siguiente forma:

"En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho Internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas" (art. I-3.4 del Tratado Constitucional, con una mayor concreción, en lo que atañe a la acción exterior de la UE en su art. III-292).

Indudablemente, esta redacción mejora con mucho la del actual TUE. Con ella se especifican como objetivos de la refundada UE en su acción exterior algunas de las más nobles aspiraciones económicas y políticas no sólo de los Estados miembros, sino de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Obviamente, la mejora de la definición de los objetivos de la refundada UE no implica *per se* que la UE vaya a conseguirlos o incluso a perseguirlos. El test del tiempo lo dirá.

Una de las principales características del Tratado Constitucional consiste en la superación del triple esquema de pilares que hasta ahora ha caracterizado a la estructura de la UE. Esta superación del actual modelo estructural es especialmente visible en los temas que afectan a la acción exterior de la refundada UE. Así, la Parte III del Tratado Constitucional se titula "De las políticas y el funcionamiento de la Unión". El Título V de esta Parte III lleva el encabezamiento de "Acción exterior de la Unión", que comprende un Capítulo I dedicado a las disposiciones de aplicación general, un Capítulo II titulado "PESC" y hasta seis capítulos más (política comercial común; cooperación con terceros países y ayuda humanitaria; medidas restrictivas; acuerdos internacionales; relaciones de la Unión con organizaciones internacionales, terceros países y delegaciones de la Unión; aplicación de la cláusula de solidaridad) que, en líneas generales, engloban a las anteriores relaciones exteriores de las Comunidades Europeas. Esta regulación conjunta puede dar la impresión, a primera vista, de que por fin se ha logrado el tan anhelado tratamiento unitario de toda la acción exterior de la UE. Los nuevos desarrollos orgánicos que crea el Tratado Constitucional abundarían en esta impresión, ya que al crear la figura del "Ministro de Asuntos Exteriores de la UE" (art. I-28 del Tratado Constitucional) y de un "Servicio Europeo de Acción Exterior" (art. III-296.3 del Tratado Constitucional), embrión de una futura diplomacia europea, darán consistencia y visibilidad a la acción exterior de la UE.

Sin embargo, esta apariencia no es más que un espejismo jurídico. La realidad es que el tratamiento unitario de la acción exterior de la UE no se ha conseguido, pues en la misma siguen coexistiendo los elementos supranacionales con los intergubernamentales y es precisamente en el ámbito de la PESC, que continúa incluyendo a la PESD, donde la manifestación de lo intergubernamental resulta evidente. Llama así la atención que el Tratado Constitucional diseñe un sistema de reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros en el que existen competencias exclusivas de la UE (art. I-13), competencias compartidas (art. I-14), competencias de

coordinación (art. I-15) y competencias de apoyo, coordinación o complemento (art. I-17). Sin embargo, a la PESC la define como una competencia específica y aislada que no entra dentro de ninguna de las categorías anteriores de competencias (art. I-16).

La razón resulta evidente: la política exterior y de seguridad sigue siendo una competencia soberana de los Estados miembros, en la que no se ha hecho atribución alguna de competencias a la refundada UE. En consecuencia, la PESC sigue siendo el ámbito por excelencia de la cooperación intergubernamental, que aspira "a una convergencia cada vez mayor de la actuación de los Estados miembros" (art. I-40.1), en la que las obligaciones que asumen los Estados miembros consisten en que "se concertarán en el seno del Consejo Europeo y del Consejo sobre todo asunto de política exterior y de seguridad que presente un interés general con vistas a establecer un enfoque común" (art. I-40.5). Cooperación intergubernamental que se basa además en la regla general de la unanimidad (art. I-40.6). Debe recordarse que, durante la Convención Europea, la propuesta del Presidium en materia de acción exterior (Documento CONV 685/03: Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado Constitucional, de 23-IV-2003) establecía que en materia PESC, cuando la iniciativa fuese propuesta por el Ministro de Asuntos Exteriores de la UE, las decisiones se adoptarían por mayoría cualificada. Pero la oposición radical del Reino Unido y de otros Estados miembros llevó a que, ya en el Proyecto de Tratado que emergió de la Convención, la unanimidad volviese a ser la regla general para la adopción de decisiones en los ámbitos de la PESC. Por ello, se puede considerar que la PESC sigue manteniendo una singularidad especial en el Tratado Constitucional, que presenta peculiaridades intergubernamentales que se manifiestan en los aspectos institucionales, procedimentales, en los actos jurídicos en los que se concreta (p. ej., las leyes y leyes marco europeas no se utilizarán en los ámbitos de la PESC, ex art. I-40.6), así como en su ejecución y control político y jurisdiccional. No se puede considerar, por lo tanto, que se haya logrado la unificación de toda la acción exterior de la UE, pues la intergubernamentalidad de la PESC frente al carácter supranacional del resto de la acción exterior queda garantizada por la cláusula de "no contaminación" entre ambas (art. III-308).

La PESC sigue abarcando "todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad" de la UE" (art. I-16.1, redundando en ello el art. III-294.1), aunque en la práctica estos ámbitos y cuestiones serán los que determinen el Consejo Europeo y el Consejo por unanimidad (art. I-40). Se especifica que la PESC "forma parte integrante de la PESC" (art. I-41.1), lo que augura problemas, ya que se va a reforzar la PESC al servicio de una PESC todavía en buena parte indefinida. Se mantiene que la PESC (art. I-16.1 *in fine*), y más en concreto la PESC (art. I-41.2) también incluirán "la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común". La llegada a este destino se sigue condicionando a una decisión previa y unánime en este sentido del Consejo Europeo y a una posterior decisión de todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. El Tratado Constitucional también mantiene la doble condición de que la PESC no debe afectar el "carácter específico de la seguridad y defensa de determinados Estados miembros", es decir, de los Estados que siguen una política de neutralismo, así como la política exterior y de seguridad de la OTAN y de sus Estados miembros que

también lo son de la UE (art. I-41, apartado 2). Por lo tanto, en estas premisas de la configuración de la PESD en el Tratado Constitucional no se introduce novedad alguna respecto del vigente TUE. Por otra parte, el Protocolo sobre el apartado 2 del artículo I-41 de la Constitución mantiene una situación de ambigüedad respecto de la UEO, pues tras tomar nota en su preámbulo de la doble condición a la que está sometida la PESD, afirma que la UE "elaborará, en colaboración con la UEO, acuerdos de cooperación más intensa entre sí".

Frente a la rigidez que supone la regla de la unanimidad en los ámbitos de la PESC, y especialmente de la PESD (art. I-41.4), el Tratado Constitucional no sólo mantiene todos los mecanismos de flexibilidad que ya existen en el TUE, sino que además los incrementa, pues por un lado las cooperaciones reforzadas se amplían al poder también crearse en los ámbitos de la PESD, aunque con alguna peculiaridad procesal (arts. I-44, III-419.2, III-420.2 y III-422.3) y, por otro, se ha previsto como novedad la posible creación de una cooperación estructurada permanente en el marco de la UE (arts. I-41.6, III-312 y Protocolo sobre la cooperación estructurada permanente), en la que podrán participar los Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes. Estos criterios más elevados implican el desarrollo más intenso de las capacidades nacionales de defensa, de forma que se pueda:

"estar, a más tardar en 2007, en condiciones de aportar, bien a título nacional, bien como componente de grupos multinacionales de fuerzas, unidades de combate específicas para las misiones previstas, configuradas tácticamente como una agrupación táctica, con elementos de apoyo, incluidos el transporte y la logística, capaces de emprender misiones definidas (...) en un plazo de 5 a 30 días, en particular para atender a solicitudes de la ONU, y sostenibles durante un periodo inicial de 30 días prorrogable hasta al menos 120 días".

Otra vía de flexibilidad y asimetría de obligaciones que se refleja en el Tratado Constitucional consiste en que, aunque las decisiones europeas en el ámbito de la PESD, incluidas las relativas al inicio de una misión fuera del territorio de la Unión Europea, se tengan que adoptar por unanimidad (art. I-41.4), su ejecución se podrá encomendar "a un grupo de Estados miembros" (art. I-41.5) "que lo deseen y que dispongan de las capacidades necesarias para tal misión" (art. III-310.1). En este caso, los requisitos que tienen que cumplir este grupo de Estados miembros que voluntariamente quiera ejecutar tal misión y que disponga de los medios para ello, en nada se parecen a los que se exigen para constituir una cooperación reforzada o una cooperación estructurada permanente. Si los Estados del grupo tienen la capacidad y el deseo de llevar a cabo tal misión, nada se lo podrá impedir. Serán además sólo estos Estados miembros que compongan el grupo, en asociación con el Ministro de Asuntos Exteriores de la UE, quienes acuerden entre ellos la gestión de tal misión.

Estos mecanismos de flexibilidad que introduce el Tratado Constitucional en materia PESD responden a que, aunque se imponga a todos los Estados miembros el compromiso de "mejorar progresivamente sus capacidades militares" (art. I-41.3, apartado 2), las disparidades existentes de hecho entre los Estados miembros en materia de capacidades nacionales de defensa son tan enormes que muchos de ellos no podrían, aunque quisieran, participar en misiones de este tipo, sobre todo por carecer de los medios logísticos y de transporte necesarios. Claro que la flexibilidad también

tiene un riesgo evidente, pues si sólo 3 ó 4 Estados miembros disponen en la actualidad de los medios necesarios, la realización de tales misiones, y en definitiva de la PESD, corre el riesgo de depender en exclusiva de ellos, lo que puede alumbrar la imposición de un directorio en la PESD que vaya a definir la UE.

Es destacable que el Tratado Constitucional desarrolle las disposiciones de la PESD, al dotarla tanto de una dimensión interna, como de una dimensión externa. La dimensión interna de la PESD es una auténtica novedad del Tratado Constitucional y se concreta principalmente en la cláusula de defensa mutua (o legítima defensa colectiva), prevista en su artículo I-41.7 y que supone un paso más en la elaboración de la política común de defensa. La aprobación de esta disposición no ha estado exenta de polémica. En el Proyecto de Tratado que surgió de la Convención Europea, su artículo 40.7 disponía lo siguiente:

"Hasta que el Consejo Europeo se pronuncie con arreglo al apartado 2 del presente artículo, se establecerá una cooperación más estrecha, en el marco de la Unión, para la defensa mutua. En virtud de esta cooperación, si uno de los Estados miembros que participa en ella fuera objeto de un ataque armado en su territorio, los demás Estados participantes le prestarán ayuda y asistencia por todos los medios de que dispongan, militares y de otro tipo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En la ejecución de esta cooperación más estrecha para la defensa mutua, los Estados miembros participantes cooperarán estrechamente con la Organización del Tratado del Atlántico Norte. La forma de participación y funcionamiento, así como los procedimientos de decisión propios de esta cooperación, figuran en el artículo III-214".

Esta disposición reflejaba un mecanismo más de flexibilidad, ya que cada Estado miembro era soberano para decidir si quería o no participar en esta cooperación más estrecha para la defensa mutua. Esta fórmula representaba además un equilibrio entre las posiciones divergentes que mantienen los Estados miembros en esta materia. El Reino Unido aceptó su inclusión a cambio de confirmar simultáneamente los compromisos contraídos por la OTAN, mientras que los países que siguen una política de neutralismo también lo hicieron, al reconocérseles expresamente que la ayuda o asistencia debida en caso de ataque armado no tenía porqué limitarse necesariamente a los medios militares. Quedaron dudas, sin embargo, acerca de si la asimetría de obligaciones que esta cláusula voluntaria de defensa mutua planteaba sería o no viable en la práctica.

La redacción de esta disposición resultó alterada en la Conferencia intergubernamental que siguió a la Convención Europea. Por un lado, la Presidencia irlandesa introdujo una coetilla que refleja su tradicional política de neutralidad, al no verse afectada el "carácter específico" de la política de seguridad y defensa de algunos Estados miembros. Por otro lado, se suprimió el carácter "voluntario" de la pretendida cooperación más estrecha en la defensa mutua para los Estados que quisieran asumirla, deviniendo permanente y obligatoria hasta el extremo de convertirse en una auténtica alianza o pacto de defensa mutua entre todos los Estados miembros de la UE. El resultado es el texto del artículo I-41.7 del Tratado Constitucional, que afirma lo siguiente:

"Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros.

Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta".

El texto resultante no deja de plantear algún problema mal resuelto. Se debería haber concretado más el alcance de la frase "sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros", indicando que la "especificidad" consiste en neutralismo; identificando expresamente quiénes son esos "determinados Estados miembros"; y también dejando bien claro tanto lo que deben hacer los demás Estados miembros si alguno de los incluidos en el grupo de "determinados Estados miembros" sufre una agresión armada, como la ayuda y asistencia que cabrá esperar de estos "determinados Estados miembros" si el que sufre la agresión armada es otro Estado miembro.

Convendría igualmente haber especificado que la "agresión armada" deberá provenir de un tercer Estado. Aunque desde la creación de la primera Comunidad Europea no ha existido ningún conflicto armado entre sus Estados miembros, habiendo contribuido la integración europea a ello, hubiera resultado conveniente esta precisión, por muy nimia que sea la posibilidad de contemplar, siquiera sea como hipótesis de futuro, la existencia de un conflicto armado entre dos Estados miembros. El hecho, por ejemplo, de que Grecia y Chipre sean Estados miembros y que se esté negociando la adhesión de Turquía, cuando todavía existe presencia militar turca en el norte de Chipre y no estando tan lejano en el tiempo el conflicto militar que les enfrentó y cuyas heridas y secuelas todavía no se han curado, reforzaría la conveniencia de su inclusión.

La realidad es que la situación actual de Chipre ejemplifica mejor que cualquier otra situación las incertidumbres y límites de esta cláusula de defensa mutua. No es compatible con la PESD que un Estado miembro de la Unión Europea tenga aproximadamente un tercio de su territorio ocupado militarmente por un Estado tercero, con la pretensión además de segregar a la autoproclamada República Turca de Chipre del Norte. Aunque la agresión militar de Turquía a Chipre se produjo en el año 1974 y ha sido condenada por toda la comunidad internacional, la ocupación militar turca del norte de Chipre todavía hoy perdura. En estas circunstancias, se plantea el interrogante de saber si Chipre, Estado miembro de la UE que no lo es de la OTAN y que sigue una política "especial" de neutralismo, puede invocar esta cláusula en defensa de su integridad territorial. Pero la situación también singular de Turquía plantea más interrogantes adicionales. Turquía en la actualidad no es Estado miembro de la UE, aunque sí lo es de la OTAN. En estas condiciones, parece difícil que los 19 Estados miembros de la UE que también lo son de la OTAN vayan a acudir en defensa de un Estado miembro de la UE contra un Estado miembro de la OTAN que, sin embargo, no lo es de la UE. Pero si la cláusula de defensa mutua no puede evitar que un Estado miembro de la UE tenga aproximadamente un tercio de su territorio ocupado militarmente por un Estado tercero, entonces es legítimo preguntarse para qué sirve esta disposición. La persistente ocupación militar turca del norte de Chipre pone en tela de juicio, más que ninguna otra situación imaginable, la viabilidad de la defensa mutua europea.

Pese a estas incertidumbres, debe no obstante señalarse que esta cláusula de defensa mutua para España tiene el beneficio añadido de no excluir a cualquier eventual agresión armada que pudieran sufrir Ceuta y Melilla, que actualmente no están protegidas por el mecanismo de defensa colectiva previsto en el artículo 5 del Tratado de la OTAN.

La dimensión interior de la PESD se complementa muy marcadamente por una disposición que, aunque no forma parte de la PESD, tiene la consideración de "disposición particular" relativa al "ejercicio de las competencias" de la UE. Se trata de la denominada "cláusula de solidaridad" (arts. I-43 y III-329). Conforme a la misma, la UE y sus Estados miembros "actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano". Resulta evidente que la seguridad, en su dimensión interna, queda en entredicho tanto si un Estado miembro sufre "una agresión armada", en cuyo caso sería aplicable la cláusula de la defensa mutua, como si un Estado miembro padece "un ataque terrorista" o si es "víctima de una catástrofe natural o de origen humano", en cuyo caso sería aplicable la cláusula de solidaridad. Convendría haber especificado que la catástrofe, de origen natural o humano, debería ser de grandes dimensiones. En todo caso, el deber de los demás Estados miembros de prestarle asistencia se condiciona a que así lo soliciten las autoridades políticas del Estado miembro víctima del ataque terrorista o de la catástrofe natural o de origen humano. Recibida tal petición, los Estados miembros se coordinarán en el seno del Consejo. A estos efectos, la UE podrá movilizar:

"todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para:

- a) - prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros,
 - proteger las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas,
 - prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista;
- b) prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano".

Resulta obvio afirmar que la cláusula de solidaridad, así configurada, es un complemento natural de la cláusula de defensa mutua. El problema se plantea porque, siendo disposiciones complementarias, desencadenar una actuación conjunta solidaria se condiciona a la petición previa del Estado miembro que se considere víctima. Requisito que, sin embargo, no se exige expresamente en el caso de la cláusula de defensa mutua. Ello plantea el interrogante de saber si, en el caso de que un Estado miembro padeciese una agresión armada en su territorio, los demás Estados pueden acudir en su defensa en ausencia de tal petición previa. Se ha sugerido que ello sí es posible en determinados casos, "porque ese ataque podría ser el prelude de un ataque de mayor consideración que podría afectar a otros Estados". No comparto sin embargo esta opinión. En la cláusula de defensa mutua expresamente se afirma que los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia "de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas". Esta disposición, que también abarca a la legítima defensa colectiva o de terceros, ha sido interpretada por la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que no cabe alegar la legítima defensa de terceros cuando el tercer Estado que sufra la agresión no haya solicitado la ayuda previamente. Obviamente, quedaría más claro si así se hubiese explicitado, tal y como figuraba en el Proyecto de Tratado Constitucional.

También la dimensión externa de la PESD se ha reforzado notablemente con el Tratado Constitucional. La PESD debe ofrecer a la UE una capacidad operativa basada en medios civiles y militares de los Estados miembros, a los que la UE podrá recurrir "*en misiones fuera de la Unión* que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas" (art. I-41.1). Esta disposición se encuentra más desarrollada en el artículo III-309.1, que es del siguiente tenor:

"Las misiones contempladas en el apartado 1 del artículo I-41, en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares, abarcarán las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. Todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio".

Esta disposición amplía notablemente los objetivos de las denominadas misiones de Petersberg, actualmente reguladas en el artículo 17.2 del TUE. Todas estas misiones responden a objetivos propios de operaciones militares, aunque para llevarlas a cabo la UE pueda recurrir "a medios civiles y militares". De la combinación de estas dos disposiciones resulta evidente que la dimensión exterior de la PESD en el Tratado Constitucional se militariza muy notablemente, lo que contrasta con la práctica actual de la PESD. En efecto, de las ocho actuaciones operativas que la UE ha llevado a cabo fuera de su territorio, sólo tres han tenido el carácter de "operaciones militares", mientras que cinco, casi el doble, han sido "misiones de policía". Las misiones civiles de gestión de crisis, que la UE ha llevado a cabo con gran éxito y que según las sucesivas reuniones del Consejo Europeo abarcan las capacidades de policía, el reforzamiento del Estado de Derecho, la consolidación de la administración civil, la protección civil y las capacidades de control o supervisión, no se ven reflejadas en el Tratado Constitucional. Así, por ejemplo, la Misión de la UE en pro del Estado de Derecho en Georgia es difícilmente ubicable en alguno de los objetivos de las actuaciones conjuntas previstas en el artículo III-309.1 del Tratado Constitucional.

Aunque, como se ha indicado, para llevar a cabo estas operaciones fuera de zona la UE utilizará las capacidades civiles y militares de los Estados miembros, el Tratado Constitucional sólo recoge el compromiso de los Estados miembros de "mejorar progresivamente sus capacidades militares" (art. I-41.3, párrafo segundo), no las civiles. Cuando la UE tenga que recurrir a las capacidades militares de sus Estados miembros, lo podrá hacer de diversas formas. En primer lugar, los Estados miembros pondrán a disposición de la UE sus capacidades civiles y militares para contribuir a los objetivos definidos por el Consejo. En segundo lugar, también podrán poner a disposición de la PESD las fuerzas multinacionales que hayan constituido entre sí diversos Estados miembros. (art. I-41.3, párrafo primero). Cabe recordar, a estos efectos, que en los últimos años algunos Estados miembros han desarrollado cooperaciones en materia militar mediante la creación de unidades militares multinacionales que, en ocasiones, incluso las han dotado de cuarteles generales o estados mayores. Entre las unidades militares multinacionales con su propio cuartel general o estado mayor se encuentran Eurocorps (fuerzas terrestres integradas por Alemania, Bélgica, España, Francia y

Luxemburgo), Eurofor (fuerzas terrestres de España, Francia, Italia y Portugal), Euromarfor (fuerzas marítimas de España, Francia, Italia y Portugal), Grupo Aéreo Europeo (Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido) y el Estado Mayor del primer cuerpo germano-holandés (Alemania, Holanda y Reino Unido). Entre las unidades militares multinacionales que carecen de cuarteles generales, se encuentran la fuerza anfibia hispano-italiana y la fuerza anfibia británico-holandesa. En tercer lugar, para realizar "misiones más exigentes", la UE podrá recurrir a las capacidades militares "que cumplan criterios más elevados" resultantes de una "cooperación estructurada permanente en el marco de la Unión" (arts. I-41.6 y III-312).

En definitiva, del Tratado Constitucional la PESD sale muy reforzada, especialmente en su vertiente militar. Ello posiblemente responda al contexto en el que se negoció este tratado, dado que la crisis de Iraq no sólo evidenció la división europea en materia de política exterior, sino que también hizo patente su menor fuerza militar en comparación con la de los Estados Unidos de América. Aun así, aunque esta situación coyuntural haya puesto sobre el tapete estas realidades, ello no justifica el silencio que el Tratado Constitucional guarda sobre la dimensión civil exterior de la PESD, que también ha sido un rasgo distintivo de la UE y que es otro medio complementario para afirmar y promover sus valores e intereses en sus relaciones con el resto del mundo, como anuncia su artículo I-3.4.

Bibliografía

1. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., "Avances de la política exterior de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2, 2002, pp. 199-254.
2. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., "La Política Exterior Común en el proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2004.
3. ÁLVAREZ VERDUGO, M., "La relación de consulta y cooperación entre la Unión Europea y la OTAN", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12, 2002, pp. 471-487.
4. BENOIT, L., "La politique de sécurité et de défense commune dans le Traité instituant une Constitution pour l'Europe", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 486, 2005, pp. 155-162.
5. BERMEJO GARCÍA, R., "La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de Ámsterdam", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 1998-3, pp. 3-20.
6. BERMEJO GARCÍA, R., "La cláusula de defensa mutua: ¿un paso adelante hacia una auténtica política de seguridad y defensa?", *Tiempo de Paz*, 75, 2004, pp. 33-45.
7. BUZELAI, A.; VIGNES, D., "L'Union Européenne au-delà de la riposte armée. De la prévention de crises à leur gestion civiles", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 452, 2001, pp. 608-613.
8. CAMILLERI, A., "Le Traité de Nice et la politique européenne de défense", *Revue des affaires européennes*, 2000, pp. 389-397.
9. CARTAGENA NÚÑEZ, I., "La OTAN, la UE y el vínculo transatlántico", *Cuadernos de Estrategia*, 129, 2004, pp. 59-79.
10. CASAJUANA, C., "Política Europea de Seguridad y Defensa", *Política Exterior*, 97, 2004, pp. 127-138.
11. CEBADA ROMERO, A., *El Alto Representante de la PESC y la nueva Política Europea de Seguridad y Defensa*, Madrid, Dykinson, 2003, 160 págs.
12. DEHOUSSE, F.; GALLER, B., "De Saint-Malo à Fera: les enjeux de la renaissance du projet de défense européenne", *Studia Diplomatica*, 52/4, pp. 89 y ss.
13. DUMOULIN, A.; MATHIEU, R.; SARLET, G., "Six scénarios pour la PESD", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 463, 2002, pp. 676-687.
14. FERNÁNDEZ SOLA, N., "La política exterior y la proyección externa de la Unión Europea. Impacto de los trabajos de la Convención Europea", *Revista de Estudios Políticos*, 119, 2003, pp. 381-416.
15. GARCÍA PÉREZ, R., *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*, Madrid, UNED e Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2003, 157 págs.
16. GARCÍA PÉREZ, R., "La PESD en el Proyecto de Tratado Constitucional". En: J. Pueyo Losa (ed.), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Ed. Tórculo, 2003, pp. 259-312.

17. GNESOTTO, N., (ed.), *EU Security and Defence Policy. The first five years (1999-2004)*, Institute for Security Studies, París, 2004.
18. GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "La política europea de seguridad y defensa después de Niza", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9, 2001, 197-238.
19. GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "De las Declaraciones a los hechos: las primeras operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 2003, pp. 653-682.
20. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., "El proceso de toma de decisiones en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 8, 2000, pp. 383-415.
21. HERRERO DE LA FUENTE, A., "La Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, 186, 2000, pp. 103-126.
22. HERRERO DE LA FUENTE, A., "La Política Exterior y de Seguridad Común tras la cumbre de Niza. La Política Europea de Seguridad y Defensa", *Noticias de la Unión Europea*, 182, 2003, pp. 63-79.
23. JORGE URBINA, J., "Reflexiones en torno a la configuración de una política de seguridad y defensa en el seno de la UE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 10, 2001, pp. 439-471.
24. LEITA, F., "La Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea. En: J. Pueyo Losa (ed.), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Ed. Tórculo, 2003.
25. MÉNDEZ DE VIGO Y MONTOJO, P., "El debate de las capacidades militares", *Cuadernos de Estrategia*, 129, 2004, pp. 169-197.
26. NOGUIER, A., "La gestion civile de crises par l'Union Européenne. L'intégration des États-majors et des forces de police", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 452, 2001, pp. 614-617.
27. PALOMARES SERNA, G., (ed.), *Política de seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 259 págs.
28. POZO SERRANO, P., "La operatividad de la Unión Europea en la gestión de crisis: evolución y futuro en los trabajos de la Convención", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 2003,
29. RAMÓN CHORNET, C., "Innovaciones del Tratado Constitucional de la UE en la política europea de seguridad: el artículo I-43", *Tiempo de Paz*, 75, 2004, pp. 46-56.
30. RAMÓN CHORNET, C., (Coord.), *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 219 págs.
31. REMIRO BROTONS, A., "¿Qué ha significado el Tratado de Ámsterdam para la PESC?", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-29, 1998, pp. 71 y ss.
32. ROLDÁN BARBERO, J., "La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la Unión Europea". En: D. J. Liñán Noguera (dir.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Granada, Universidad de Granada, 2003, pp. 115-131.
33. SALOMÓN, M., "La dimensión de prevención/gestión de conflictos de la PESC: el desafío de la ampliación". En: Concepción Escobar Hernández (Coord.), *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2003, pp. 345-353.
34. SERRA, N., "El progreso de la política de defensa europea", *Política Exterior*, 83, 2001, pp. 95-112.
35. SOLANA MADARIAGA, J., "Desafíos de la defensa europea", *Política Exterior*, 79, 2001, pp. 73 y ss.
36. SOLANA MADARIAGA, J., "La Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue opérationnelle", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 457, 2002.
37. TORRENT MACAU, R., "La acción exterior de la Unión". En: Enoch Albertí Rovira (dir.); Eduard Roig Molés (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 419-448.



Constitución Europea y terrorismo

 **Antonio F. Fernández Tomás**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Castilla-La Mancha



Sumario: Introducción.- 1.- Actos de terrorismo y reacción de los Estado miembros en el marco de la Unión Europea. 1.1 Estrategia Europea de Seguridad (EES), Objetivos Estratégicos y Plan de Acción Revisado contra el terrorismo en la Unión Europea. 1.2 La Estrategia Europea de Seguridad (EES). 1.3 El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicial. 2.- El Plan de Acción Revisado y las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales. 2.1 La Decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002. 2.2 La Decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002. Conclusión.



Introducción

Tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, la Unión Europea adoptó un primer Plan de Acción antiterrorista. El objetivo era entonces ayudar a los norteamericanos a resolver los problemas causados por el terrorismo islámico y a prevenir su reiteración. Tras el 11-M, en el seno de la Unión se produce un mayor acercamiento político entre los EE. MM. que facilita la entrada en vigor de ciertas decisiones adoptadas tras el 11-S, así como la adopción de otras nuevas. El Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2004 adopta una Declaración contra el Terrorismo, dentro de la cual se formula una Estrategia Europea de Seguridad (EES) que incluye el Plan de Acción Revisado de la Unión Europea. En él se incluyen una serie de objetivos estratégicos y actuaciones de carácter táctico. Dentro de estas últimas destacan ciertas medidas legislativas, así como otras medidas operativas de cooperación policial y judicial. Con todo ello, se intenta componer un modelo europeo de respuesta que cobre autonomía respecto del rechazable modelo de “guerra contra el terror” preconizado por el Gobierno Bush.

A su vez, tras el éxito obtenido por la primera “Convención”, que redacta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para que sea aprobada en la Cumbre de Niza, en diciembre de 2000, una segunda Convención trabaja en la redacción de un borrador constitucional, que finalmente va a ser adoptado por la una Conferencia Intergubernamental, siendo denominado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El proyecto constitucional y la Estrategia antiterrorista van creciendo por tanto como dos procesos paralelos en la Unión Europea, y es lógica la existencia de una recíproca interacción entre ambos.

El *modelo norteamericano*, concibe el terrorismo como un problema de *defensa*, y aplica para su “solución” fórmulas militares. La actuación de las coaliciones lideradas por los EE. UU. en Afganistán e Irak pone de manifiesto las pautas de ese modelo que no respeta ni la Carta de las Naciones Unidas, ni el trato que el Derecho internacional humanitario exige para los combatientes y prisioneros de guerra. En el ámbito *externo*, el modelo norteamericano intenta encubrir los fallos de una política de seguridad interna con un recurso fácil a la superioridad militar. Pero los objetivos formulados por la *Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América*¹ van mucho más allá de una eventual respuesta a la amenaza terrorista, defendiendo el derecho a intervenir en cualquier Estado cuyo modelo no se ajusta al propuesto por los propios norteamericanos. El modelo norteamericano de respuesta al terrorismo se basa en la represalia militar, (Afganistán) y en la “guerra preventiva” (Irak). Sin perjuicio de la calificación que merezcan con arreglo al Derecho internacional estas actuaciones, en lo relativo a la lucha contra el terrorismo hasta ahora sus métodos no han demostrado mayor eficacia que los vinculados a la *rule of law*. Pese a las recientes elecciones, el Irak posterior a la intervención armada de la coalición es un nuevo Estado fallido que constituye el caldo de cultivo ideal para las huestes de Al-Qaeda. Luego paradójicamente la intervención militar en Irak, lejos de ser una nueva victoria en la “guerra contra el terror”, constituye un error estratégico en esa lucha. Y es que las intervenciones armadas perjudican la estabilidad de las relaciones internacionales añadiendo nuevos problemas geoestratégicos susceptibles de repercutir gravemente en terceros Estados, como demuestran lamentablemente en España los atentados del 11-M.

En el ámbito que debería estar sujeto a su *jurisdicción interna*, la “guerra contra el terror” suspende las garantías propias del Estado de Derecho y es capaz de originar situaciones tan anormales como las sufridas por los “combatientes ilegales” capturados en Afganistán, como revela la situación de los presos en Guantánamo. El modelo americano suprime las garantías del Estado de derecho, al impedir el acceso de los detenidos a un abogado y a un juez independiente e imparcial. A juzgar por las privaciones sufridas por los prisioneros talibanes en Guantánamo, así como por las repugnantes violaciones de derechos humanos acaecidas en las cárceles iraquíes, cabría pensar que los norteamericanos conciben la lucha contra el terrorismo como una guerra en la que no rigen las reglas protectoras de los derechos fundamentales. Parece como si para la Casa Blanca no importara que sus métodos se ajustasen a las reglas del derecho siempre que resultasen eficaces.

• 1 The National Security Strategy of the United States of America, septiembre 2002. Puede verse en el sitio <http://www.whitehouse.gov>.

Por el contrario, *el modelo europeo* concibe la respuesta al terrorismo como un problema de seguridad interior. La respuesta que el marco jurídico internacional puede ofrecer frente a los actos de terrorismo debe basarse en el principio de cooperación, no en las supuestas excepciones al principio de no intervención. Es conveniente comparar con la norteamericana la actitud del gobierno español tras el 11-M. ¿Alguien ha llamado a la legítima defensa europea frente al ataque armado procedente de algún Estado árabe tras el 11-M? ¿O más bien se ha intentado hacer frente al problema por vía policial y judicial? ¿Se ha promovido una intervención armada en Marruecos, o por el contrario, se ha solicitado la cooperación policial del Estado magrebí? ¿No se ha llevado a cabo precisamente un acercamiento a Marruecos para facilitar el flujo de información policial antiterrorista entre el Magreb y Europa? ¿No será la cooperación una vía de solución más adecuada que la intervención armada? Precisamente durante su comparecencia ante la Comisión Parlamentaria que investiga los hechos del 11-M, el Presidente Zapatero ha salido al paso de eventuales imputaciones de responsabilidad al Estado marroquí revelando la estrecha colaboración prestada por las fuerzas de seguridad marroquíes, primero tras el 11-S, y luego tras el 11-M².

El modelo europeo de respuesta al terrorismo se diferencia pues del norteamericano, porque no concibe el terrorismo como un problema de defensa nacional, sino de *seguridad interior*. Ello implica la necesidad de soluciones policiales, no militares, y exige el refuerzo de las fuerzas y cuerpos de seguridad de cada Estado, así como el incremento de la cooperación policial entre los diversos Estados miembros (EE. MM.) de la Unión Europea, especialmente en el terreno del intercambio de información y de las actuaciones conjuntas de policías pertenecientes a varios EE. MM. Para ser eficaz en tareas de prevención, el intercambio no sólo debería ser de información, sino también de los análisis desarrollados a partir de esa información. Como ha podido afirmar Javier Solana, el corazón de la concertación europea está en el intercambio de información. “La gran batalla contra el terrorismo internacional no tiene como centro de gravedad la lucha armada o la guerra, ni la acción militar. Tienen como centro de gravedad el intercambio de información y la confianza entre los países que intercambian información”.

A su vez, una actuación judicial eficaz que apoye la lucha policial contra el terrorismo precisa una modernización importante de las normas y procedimientos legales. A ello responden ciertas decisiones marco adoptadas por la Unión Europea, las más importantes de las cuales son la decisión marco sobre terrorismo y la decisión marco sobre la euroorden. No obstante, en un Estado de Derecho –o en una Comunidad de Derecho como la Unión Europea- la actuación de los cuerpos de seguridad debe estar sujeta a un control político y a un control judicial. En un Estado de Derecho, los perseguidos por la justicia poseen ciertas garantías formuladas por los más elevados parámetros del sistema. Así, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye en su Parte II

• 2 Desde el 11-S al 11-M, 165 informes relativos a la amenaza terrorista en España. Desde el 11-M, 118 solicitudes de información atendidas, 231 informes sobre personas implicadas en los atentados de Madrid, 280 teléfonos marroquíes identificados, 363 teléfonos españoles identificados como contactados por personas relacionadas con los atentados de marzo (“*El País*”, 14 de diciembre de 2004).

las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (arts. II-61 a II-114), dentro de las cuales se contemplan las relativas a la Dignidad (Título I), las Libertades (Título II), y la Justicia (Título VI). Dentro de cada uno de estos títulos existen derechos y libertades fundamentales que pueden quedar afectados en la persecución de un delito de terrorismo. Su inclusión en la Parte II de la Constitución europea supone una garantía de su respeto al más alto nivel. Ahora bien, la extensión de tales derechos y libertades no es ilimitada, y puede verse constreñida en determinados supuestos de modo razonable y proporcionado. En suma, el modelo europeo de represión del terrorismo trata de mantener un equilibrio entre la modernización de las normas que permitan una agilización de los procesamientos penales y entrega de delincuentes a los órganos judiciales de otros EE. MM., y las posibilidades de defensa del acusado durante tales procesamientos.

Hay que subrayar otra diferencia básica entre el sistema penal norteamericano y el europeo, cual es el mantenimiento en el primero de la pena capital y del llamado “corredor de la muerte”. Por el contrario, la máxima pena no ha sido aplicada desde 1983 en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea. El art. II-62.2 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa refuerza esta situación al reiterar que nadie podrá ser condenado a muerte ni ejecutado en la Unión Europea. De modo coherente con tal premisa, la jurisprudencia del TEDH (a partir de la sentencia *Soering*³), considera la entrega de un condenado que corra el riesgo de ir a parar al “corredor de la muerte” contraria a las obligaciones derivadas del CEDH para un Estado parte, lo cual equivale a considerar la permanencia en el citado corredor como un “trato inhumano o degradante”, contrario al art. 3 del CEDH. Esta situación jurídica conlleva ciertas consecuencias a la hora de plantear la extradición de un delincuente a los EE. UU. (Acuerdos de junio de 2003), pues algunos Estados miembros de la UE condicionan la extradición del mismo a la seguridad de que no le será aplicada la pena capital⁴.

• 3 *Soering v. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, serie A, nº 161.

• 4 Durante las sesiones del Consejo (Justicia e Interior) de 5 y 6 de junio de 2003 se adoptó el texto de un *acuerdo de extradición y cooperación judicial mutua entre la Unión Europea y los Estados Unidos*, firmado el 25 de junio de 2003). Este acuerdo completará los ya existentes acuerdos bilaterales entre los EE.UU. y los EE.MM. de la UE. Junto al texto del acuerdo, figura una declaración de Portugal en la que se afirma lo siguiente: “Con arreglo a su derecho constitucional, Portugal no recurrirá a la facultad prevista en el artículo 13 del Acuerdo de Extradición y no concederá la extradición cuando el delito está castigado con pena de muerte. Sin embargo, Portugal podrá someter la extradición a la condición de que, con arreglo al derecho del Estado requirente, vinculante para sus tribunales y autoridades competentes para la ejecución de las penas, no sea posible legalmente considerar la aplicación de la pena de muerte al caso, o no resulte legalmente posible aplicar dicha pena, cuando haya sido ya impuesta previamente a la solicitud de extradición”. Reproducida en comunicado de prensa 9845/03 (Presse 150), en <http://ue.eu.int/newsroom/loadbook.asp?BID=86&LANG=7>

1. Actos de terrorismo y reacción de los Estados miembros en el marco de la Unión Europea

El Parlamento Europeo, en una resolución sobre la estrategia seguida contra el terrorismo un año después del 11-S, afirmaba que “la turbulencia diplomática, social y económica ocasionada por las intervenciones torpes puede dar lugar a reacciones que podrían obstaculizar los esfuerzos futuros para garantizar la resolución pacífica de los conflictos”, manifestando su nula fe en que “una estrategia de ataques preventivos sea la manera más eficaz de combatir el terrorismo”, pues “el concepto de seguridad colectiva se basa principalmente en planteamientos no militares para la prevención de conflictos con objeto de eliminar las raíces de los mismos en vez de intentar combatir los fenómenos que de ellos se derivan”. Los gobiernos europeos, reunidos durante la Cumbre de 25 y 26 de marzo de 2004, pocos días después de los atentados del 11-M, son coherentes con la tesis de que el terrorismo islámico forma una red desterritorializada, y por tanto actuar militarmente contra el territorio de un Estado no conduce a nada útil para acabar con ella. ¿Qué modelo de respuesta adoptan los Estados miembros en el marco de la Unión Europea?

1.1 Estrategia Europea de Seguridad (EES), Objetivos Estratégicos y Plan de Acción Revisado contra el terrorismo en la Unión Europea

Tras el 11-S la Unión Europea diseñó un primer Plan de Acción contra el terrorismo internacional que abarcaba una serie de medidas legislativas junto a otras operativas. Los atentados del 11-M sirvieron de acicate para que los gobernantes de la UE aceleraran de nuevo la iniciativa anteriormente emprendida. Es así como, quince días después de la matanza de Atocha, se reúne el Consejo Europeo los días 25 y 26 de marzo. Las Conclusiones de la Presidencia del mencionado Consejo recogen una “Declaración contra el terrorismo”, un “Plan de Acción Revisado” y una “Declaración sobre la Cláusula de Solidaridad”. Este conjunto de textos es de una importancia política incuestionable. Sin embargo, no puede ocultarse que resultan documentos de redacción apresurada.

Se marcan en estos textos una serie de objetivos en política exterior y en política de seguridad de la Unión. En el marco de la política exterior se busca el fortalecimiento del consenso internacional y la masiva ratificación de los convenios internacionales contra el terrorismo. En el marco de la política de seguridad preocupa especialmente el control de las fronteras exteriores de la Unión, reforzando tanto la seguridad en el transporte internacional, como la restricción del acceso a los recursos financieros por parte de las organizaciones terroristas⁵. Al mismo tiempo, se persigue optimizar la eficacia de los sistemas de información (SIS, SIS II, VIS) vinculados al desarrollo del acuerdo de Schengen. Finalmente, son básicos los textos legislativos relativos a la tipificación de

• 5 El 5 de noviembre de 2004 el Consejo Europeo adoptó el llamado Programa de La Haya, que prevé la adopción de ambiciosas medidas en el campo del intercambio de información, control de fronteras, seguridad en los documentos y cooperación policial y judicial.

conductas constitutivas de delito de terrorismo, agilización del procesamiento de los acusados de tales delitos, y modificación del marco genérico del blanqueo de capitales para adaptarlo a los problemas planteados por la financiación del terrorismo.

En líneas generales es preciso formular dos observaciones sobre la legislación comunitaria en estas materias. En primer lugar, estas normas no son directamente aplicables. Se trate de decisiones marco (como las relativas al terrorismo y a la euroorden), o se trate de directivas (como las relativas al blanqueo de capitales), es preciso que se produzca una transposición de la norma comunitaria a los ordenamientos internos para su plena aplicación. En segundo lugar, la mayoría de estas normas comunitarias (con excepción de la decisión marco sobre terrorismo) no han sido diseñadas exclusivamente para ser aplicadas a conductas constitutivas de un delito de terrorismo, sino a actividades diversas en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada. Ello otorga a estos textos jurídicos un carácter de instrumentos neutros, dentro de un marco más amplio de política legislativa que el determinado por la lucha contra el terrorismo.

1.2. La Estrategia Europea de Seguridad (EES)

Dentro de la Estrategia Europea de Seguridad existe una serie de Objetivos Estratégicos, para cuya consecución (ya a un nivel "táctico"), sería preciso un Plan de Acción compuesto básicamente por ciertas medidas legislativas europeas, de necesaria transposición a los ordenamientos internos, así como por un refuerzo de la cooperación operativa entre las instituciones de la Unión Europea y los correspondientes órganos nacionales. Es precisa una revisión del estado de transposición al derecho interno y aplicación práctica de las normas aprobadas tras el 11-S. De ahí el nombre de Plan de Acción "*Revisado*", pues su contenido es doble. De un lado lograr la plena aplicación de lo ya aprobado. De otro adoptar nuevas medidas legales complementarias y modificar alguna de las anteriores. Los textos del Consejo Europeo incluyen dentro de la denominada Estrategia Europea de Seguridad tres géneros de actuaciones.

En primer lugar, la coordinación interinstitucional. Hay en la EES un evidente refuerzo de la vertiente institucional creando una cadena de toma de decisiones que va desde el propio Consejo Europeo hacia el Secretario General/Alto Representante de la Unión Europea, a cuya propuesta se decide el nombramiento de un Coordinador de la lucha contra el terrorismo, que recaerá en el holandés Gijss De Vries, directamente dependiente de Javier Solana. A ello se añadiría el eterno problema de la coordinación. Existen interacciones entre las actuaciones de los ministerios de Interior, Exteriores, Defensa, Justicia y Economía y Hacienda. Cada uno de ellos tiene aspectos del problema bajo sus competencias, pero ninguno de ellos puede abordar con éxito la tarea por sí sólo. La coordinación de las actuaciones de todos esos departamentos bajo una mano única constituye una necesidad de primer orden para poder actuar rápida y eficazmente. Dicha necesidad tienen además en el marco de la UE una dificultad adicional en la medida en que en todos los ámbitos mencionados hay competencias compartidas entre los EE. MM. y la UE, sin que sea nítido el reparto de las mismas

entre los Estados y la organización, sino más bien fruto de una dinámica de atribución competencial progresiva. La conclusión lógica en este ámbito debería ser pues, el refuerzo de la coordinación interinstitucional, tanto en el plano europeo, como en el de la coordinación de las instituciones equivalentes de los diversos EE. MM., entre sí y con las europeas.

Dentro de una Estrategia Europea a largo plazo es vital abordar las causas del fenómeno terrorista, intentando atajarlas de raíz. En esa línea se hace conveniente la actuación de la UE en el marco de la *PESD*, participando en la estabilización de los conflictos regionales, desde el conflicto palestino a los Balcanes, que puedan constituir un caldo de cultivo idóneo para el nacimiento de nuevas organizaciones terroristas o el reclutamiento de nuevos efectivos para las ya existentes. En ese orden de cosas tiene encaje una política de prevención, mantenimiento y consolidación de la paz directamente llevada a cabo por la Unión Europea en los Balcanes⁶, que ya ha comenzado en Bosnia⁷ y Macedonia⁸. El objetivo político sería que la población de estos países diferenciara las misiones de paz de la Unión Europea de las fuerzas armadas de ciertos Estados. Al propio tiempo, se trata de que la Unión Europea vaya asumiendo las propias capacidades de defensa y seguridad en su zona geoestratégica sin necesitar la colaboración de potencias ajenas a la misma, como alguna de las que forman parte de la OTAN.

A su vez, el art. II-309 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa prevé que “Todas esas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”. La enumeración de tipos de misiones que se efectúa en la primera parte del artículo es muy amplia, comprendiendo las humanitarias, de rescate, las de asesoramiento y asistencia militar, prevención de conflictos y mantenimiento de la paz, misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de la

-
- 6 En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa desaparece la previsión de subordinación de la defensa europea a la OTAN, en su día formulada por el art. 17.1.3 del TUE, tanto en el actual art. I-16, como en los relativos a la PESC (III-294 y ss.) y a la PESD (III-309 y ss.). El art. 17.2 TUE preveía las llamadas *Misiones Petersberg* (misiones humanitarias, de gestión de crisis, de mantenimiento y de restablecimiento de la paz). Dicho articulado fue desarrollado por medio de posiciones comunes del Consejo, y sobre todo por las conclusiones adoptadas en el Consejo de Colonia en 1999, en las cuales se afirmó que “el Consejo debe tener la capacidad de tomar decisiones en toda la serie de tareas de prevención de conflictos y gestión de crisis definidas en el TUE”. Estas fuerzas de intervención europeas tienen capacidad autónoma para ejecutar mandatos de la UE, siendo operaciones militares llevadas a cabo por la Unión sin el auxilio de ninguna otra Organización Internacional. En el Consejo Europeo de Sevilla (2002), la UE confirmó que estaba en condiciones de “asumir operaciones de gestión de crisis” y asumió la Misión de Policía (MPUE) en Bosnia, relevando a la correspondiente OMP de la ONU el 15 de diciembre de 2003 (Operación PROXIMA).
 - 7 El Consejo de Seguridad de la ONU ha adoptado el 22 de noviembre de 2004 su Resolución 1575 (2004), que abre la vía necesaria para la operación ALTHEA de la UE en Bosnia-Herzegovina. En virtud de la aplicación de esta resolución, la fuerza de la OTAN llamada SFOR, que en su día sustituyera a la onusiana UNPROFOR tras los acuerdos de paz de Dayton, ha sido reemplazada por la nueva EUFOR el 2 de diciembre de 2004. La fuerza de la Unión Europea cuenta con 7.000 efectivos.
 - 8 La primera operación de “gestión de crisis” en la que la UE sustituye a la OTAN ha sido la “Operación Concordia” iniciada en la primavera de 2003 en Macedonia, en virtud de la cual las fuerzas de la UE han sustituido a las de la OTAN en ese país.

crisis, restablecimiento de la paz, y estabilización al término de un conflicto. La variedad de posibilidades de colaboración de tales misiones con las fuerzas de seguridad del Estado territorial es tan amplia que se ha preferido recurrir a una cláusula abierta y una mención a título de ejemplo en la que no se menciona el consentimiento previo del Estado territorial para que la actuación de las fuerzas europeas pueda llevarse a cabo. Obsérvese a este respecto la sutil diferencia entre este supuesto –relativo a la actuación de tales fuerzas en un Tercer Estado- y el previsto en el III-329 (Aplicación de la Cláusula de Solidaridad), que exige “la petición de las autoridades políticas” del Estado que es víctima del ataque terrorista para enviar fuerzas cuando tal Estado es un Estado miembro. Ciertamente, la existencia de un concepto tan fluido como el de “gestión de crisis”, que en el marco precedente de la OTAN ha servido para que esta organización asumiera operaciones “no artículo 5”, esto es, más allá de cualquier posible actuación en el marco de la legítima defensa, hace cuestionarse sobre si sería necesario el previo consentimiento del Estado territorial⁹ para que pudiera llevarse a cabo una intervención (perdón, una operación) de este tipo.

Dentro del ámbito de la política exterior comunitaria, se adopta como anexo final a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de marzo de 2004 una “*Declaración sobre la solidaridad contra el terrorismo*” cuyo tenor literal despertó cierto eco en los medios de comunicación. Su redacción parece evocar subliminalmente el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte en la medida en que hace una llamada a algo que aparenta ser una “legítima defensa” colectiva contra el terrorismo (en el sentido del conocido precepto del Tratado de Washington), pero que sin embargo no pasa de ser una “legítima ayuda” que todos los EE. MM. de la UE prestarán conjuntamente al Estado miembro víctima de un atentado terrorista, o una catástrofe natural. En caso de producirse dicho supuesto, la Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, “incluidos los medios militares puestos a su disposición por los EE. MM.”. Ubicada en su contexto, que no es otro que el art. 42 del entonces proyecto constitucional europeo, la declaración no pasaba de ser un texto político que ponía de manifiesto la importancia de la solidaridad colectiva ante la catástrofe sufrida por un pueblo amigo, y no era merecedor de suspicacia alguna, puesto que se integra plenamente dentro marco constitucional europeo, no siendo más que una glosa del hoy art. I-43 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y ello porque la actuación conjunta de los restantes EE. MM. prevista en el articulado constitucional, tenga como fin el de prevenir la amenaza terrorista, el de proteger a las instituciones democráticas y a la población civil, o el de asistir al Estado víctima en su territorio, *se efectuará siempre a petición de sus autoridades políticas*. Ello implica un claro límite a la “solidaridad colectiva” interpuesto por la propia soberanía del Estado víctima, quien posee “la competencia exclusiva (...) para solicitar la aportación de asistencia común”, y por tanto se aleja de los contornos de una posible potenciación de la “injerencia humanitaria” en asuntos de un Estado víctima del terrorismo. Desde una

• 9 CARDONA LLORÉNS, J., “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, *CEBDI*, vol. VI, 2002, pp. 765-891.

óptica de Derecho Internacional Público, se trataría pues de una variante más de la “asistencia humanitaria” a un Estado que sufre un atentado o una catástrofe. En estos casos suelen emplearse efectivos de las fuerzas armadas, sí, pero combinados con los proporcionados por las ONG, y actuando en labores de vigilancia del orden público, socorro, y asistencia a las víctimas.

Finalmente, el Capítulo VIII (*Aplicación de la cláusula de solidaridad*) del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye un solo precepto, el art. III-329, a cuyo tenor es el propio Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, quien adoptará, en su caso, la iniciativa correspondiente por la vía técnica de una decisión europea, informando seguidamente al Parlamento Europeo. Así pues, la decisión que pudiera adoptarse sería siempre una decisión institucional colectiva con todas las garantías que los diversos controles de poder democráticos establecen en los mecanismos de adopción de decisiones propios del ordenamiento europeo. Y en cualquier caso, reitera el punto 1 del art. III-329, la prestación de la eventual asistencia se efectuaría siempre “a petición de sus autoridades políticas”. No hay pues, lugar ninguno para pensar que estos preceptos dan pie a un hipotético fomento de la injerencia armada en asuntos de otros Estados miembros con la excusa de que el gobierno de uno de ellos fuera incapaz de controlar la actuación de las organizaciones terroristas que operan en su territorio. Lo chocante es que no exista una previsión paralela cuando el ataque terrorista afecte a un Estado Tercero ubicado dentro de la zona de interés geoestratégico de la Unión Europea.

Dentro del marco que supone la Estrategia Europea de Seguridad se formulan algunos Objetivos Estratégicos más concretos dentro del marco de la PESC, tanto en el ámbito genérico de la Política Exterior, como en el de la Política Comercial. Así, en la primera vertiente, sería preciso fortalecer el consenso en el afianzamiento de la red convencional antiterrorista sustentada por las Naciones Unidas logrando la mayor participación posible en los diez tratados antiterroristas hasta ahora existentes, amén de la celebración de un nuevo convenio general en la materia. Por otra parte, dentro de la *Política Comercial* comunitaria se hace precisa la inclusión de una *cláusula antiterrorista* –del tipo de la conocida “democracia/derechos humanos”– que permita suspender la ayuda financiera y las preferencias arancelarias o comerciales otorgadas al gobierno de un Estado que apoya o sirve de refugio a organizaciones terroristas, o que no colabora suficientemente en la lucha contra el terrorismo internacional.

1.3. El Refuerzo de la Cooperación Operativa en el ámbito policial y judicial

En este marco es necesario, en primer lugar, *optimizar la eficacia de los sistemas de información*, esto es, los Sistema de Información de Schengen (SIS y SIS II), el Sistema de Información de Visados (VIS), y en un futuro próximo el intercambio de información personal en lo relativo a los datos biométricos. El Sistema de Información de Schengen (SIS) es definido como “una compleja base de datos que posibilita el intercambio de datos entre las autoridades policiales y judiciales pertinentes en el ámbito de las investigaciones sobre personas y bienes. Información

relacionada, por ejemplo, con individuos sobre los que penden órdenes de detención o extradición, o sobre obras de arte y vehículos sustraídos”. Este sistema es aplicado por los trece países con fronteras exteriores de la Unión que están dentro del sistema de cooperación reforzada que supone el Acuerdo de Schengen (los quince, menos Reino Unido e Irlanda), de 14 de junio de 1985, completado por un Protocolo, de 25 de junio de 1991, relativo a su aplicación. Estos dos tratados básicos son completados por una serie de normas de derecho derivado que componen lo que se suele denominar el “acervo de Schengen”. Esas medidas adoptadas por las instituciones deben aceptarse en su conjunto por cualquier nuevo Estado que sea candidato a adherirse al acuerdo de Schengen. La limitación de dicho acervo viene establecida por la Decisión del Consejo 1999/435/CE.

La estricta aplicación del acervo de Schengen viene motivada por el hecho de que, al suprimirse las fronteras interiores entre los EE.MM. que están dentro del acuerdo de Schengen, quien se infiltre dentro de ese espacio ya no va a ser previsiblemente controlado en ninguna otra frontera estatal. La libre circulación de las personas por el territorio de los Estados Schengen exige, por tanto, como contrapartida, no sólo el refuerzo de las fronteras exteriores, sino también el incremento de la cooperación policial. El intercambio de información es el elemento más importante de toda la cooperación entre servicios policiales. La aplicación del sistema de Schengen ha sido especialmente importante en materia de inmigración ilegal, de tráfico de estupefacientes y de otras formas de criminalidad organizada, incluido el terrorismo.

La cooperación policial entre los EE.MM. debe tener lugar, obviamente en las fronteras exteriores de la Unión, en cuyo ámbito existe ya una propuesta de reglamento para crear una *Agencia Europea para la Gestión de las Fronteras*, pero asimismo debe funcionar adecuadamente dentro del territorio de la Unión Europea. Para ello, desde la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen, en 1995, se ha concluido una serie de *acuerdos bilaterales* entre Estados vecinos, especialmente para hacer frente a la delincuencia organizada en zonas fronterizas internas. Es así como funcionan los sistemas bilaterales de asistencia mutua entre autoridades centrales, y la utilización del SIS de tal forma que un Estado pueda lograr que se inicien actuaciones policiales en otro Estado miembro conducentes a una detención. Finalmente, tanto en este ámbito como en el de EUROPOL y en EUROJUST son básicos los llamados “funcionarios de enlace”, destinados a representar los intereses de un EE. MM. en otro a nivel policial y judicial, facilitando los necesarios contactos a los que se ha hecho referencia.

Por último, de modo concordante con las iniciativas ya adoptadas en los EE. UU., está prevista la adopción de normas que plasmen la propuesta de la Comisión relativa a la incorporación de los datos biométricos de las personas en pasaportes y visados de la UE. A iniciativa del Comisario para Asuntos de Justicia e Interior, Antonio Vittorino, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre la lucha contra el terrorismo que propone la creación de un *Registro Europeo de Antecedentes Penales*, para mejorar los intercambios de información policial. En dicho registro figurarían todas las “infracciones terroristas y relativas a un grupo terrorista, de las cuales los EE. MM. tengan conocimiento, incluida la participación en las actividades de un grupo terrorista mediante cualquier forma de financiación, así como la incitación, la complicidad y la tentativa”. También propone la

Comisión que la UE adopte una norma que obligue a los operadores telefónicos y a los proveedores de Internet a conservar los datos de las operaciones realizadas durante un periodo de dos o tres años, a fin de facilitar las eventuales investigaciones policiales.

A comienzos de 2005 la Comisión ha adoptado una propuesta de reglamento relativo al *sistema de información sobre visados (VIS)* y el intercambio de datos entre Estados miembros sobre visados para estancias de corta duración. El VIS será un sistema de intercambio de información y proporcionará un instrumento destinado a mantener una política común en la materia. Facilitará igualmente el control en las fronteras exteriores y supondrá la creación de una base de datos europea, conectada a los sistemas nacionales, a la que podrán tener acceso las autoridades competentes de los Estados miembros, de tal modo que contribuya a la seguridad interior y facilite la lucha contra la inmigración clandestina. Los datos almacenados por el sistema serán, no obstante, de tipo tradicional, esto es, alfanuméricos, fotográficos y dactiloscópicos. No se hace referencia en esta materia, por tanto, a los datos biométricos.

El último aspecto táctico mencionado en los textos del Consejo Europeo del 25-26 M viene referido al refuerzo de las capacidades operativas de *Europol* y *Eurojust*. Dichos instrumentos fueron creados hace años. En el caso de EUROPOL, por el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía, con sede en La Haya. Sin embargo, la mencionada oficina no inició sus actividades hasta el 1 de julio de 1999. En los años posteriores hay una copiosa serie de Actos, Decisiones y Declaraciones del Consejo, así como posteriormente Actos del Consejo de Administración de Europol y Actos de la Autoridad de control común de Europol que configuran un acervo compuesto en su mayor parte por actos atípicos.

EUROPOL es una gigantesca base de datos que debería ser común a las policías de los EE. MM. partes en el convenio Europol, si bien, mediante acuerdos específicos también puede recibir y transmitir datos a terceros Estados. La base de datos está gestionada por una oficina, a cuyo frente está un Director –nombrado por el Consejo– y un Consejo de Administración, compuesto por un representante de cada Estado miembro. Al margen de esa estructura orgánica interna existe una autoridad de control común independiente que supervisa las actividades de la oficina con el fin de poder garantizar que el almacenamiento, el tratamiento y el uso de los datos personales no perjudica los derechos fundamentales de las personas, aspecto éste en el que la Comisión y sobre todo el Parlamento Europeo ponen especial énfasis. Se trataría ahora de incentivar su uso, desarrollando la figura del corresponsal nacional que tiene acceso a esas bases de datos, así como las relaciones mutuas entre las dos redes. Al propio tiempo hay que acentuar su sinergia con los denominados equipos de investigación policial conjunta. Con todo ello se podría desarrollar un considerable cúmulo de información que cumpliría una importante función preventiva.

2. El Plan de Acción Revisado y las medidas legislativas en la Unión Europea. El equilibrio entre la represión del terrorismo y la protección de los derechos fundamentales

Si dentro de esa Comunidad existe un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que permite a los delincuentes traspasar con facilidad las fronteras nacionales internas a la Unión sin ser objeto de control policial, para conseguir los objetivos marcados dentro de esta “nueva” situación es necesario cambiar las normas que establecían procedimientos excesivamente lentos, inseguros e imbuidos de un excesivo respeto por la soberanía judicial del Estado para la entrega de delincuentes entre Estados miembros. Si es acertado criticar la incertidumbre, la dilación y los límites que conllevan los procedimientos de extradición, la solución lógica a ese problema debe venir por la vía de una transformación de los procedimientos de entrega de detenidos en el marco de una Comunidad de Derecho. En un marco común en el que todos los Estados soberanos son igualmente democráticos y garantizan de modo paralelo la protección de los derechos fundamentales, la mayoría de las precauciones tradicionalmente establecidas en materia de extradición están de más y no hacen sino dificultar el logro de los objetivos comunes.

En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dentro del Capítulo IV relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, existe una primera sección sobre disposiciones generales, entre las que se encuentran los arts. III-257 y III-262. Entre ellos existe un sutil equilibrio al que conviene hacer referencia, pues si bien según el art. III-257 “la Unión se esforzará por garantizar un nivel adecuado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia (...) así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”, ello se entenderá sin perjuicio de “las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (III-261). Por tanto, de un lado la Unión se encargará de proporcionar un marco común legislativo, así como de promover la cooperación entre los Estados en el seno de órganos e instituciones. Pero de otro, siguen siendo los propios Estados quienes conservan las competencias primordiales en la materia, lo cual permite afirmar que siguen siendo los Estados quienes gobiernan su propia seguridad. Es por tanto ese equilibrio de competencias entre la Unión y los EE. MM. el que va a marcar la dinámica en la materia.

Pero hay otro equilibrio que también preocupa a las instituciones europeas. En la Unión Europea la represión del terrorismo debe efectuarse sin merma de la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Esa premisa constituye el sello distintivo más relevante del modelo europeo de respuesta frente al terrorismo frente al norteamericano. Para que el respeto de los derechos fundamentales sea verosímil deben existir controles a varios niveles. Además del control judicial de los actos de las instituciones, y de los actos de los EE. MM. en el desarrollo y la ejecución de los actos comunitarios, el Parlamento Europeo exige un control de la actuación policial y judicial para acreditar que se respetan los derechos fundamentales durante las respectivas actuaciones.

Hay que entender que la preocupación del PE no se refiere tan sólo a que quienes sean acusados de un delito de terrorismo en el interior de un Estado miembro sean capaces de beneficiarse de una tutela judicial efectiva y un juez independiente e imparcial, sean presumidos inocentes mientras no se demuestre lo contrario, y no sean condenados dos veces por el mismo delito, o no sean acusados de la comisión de conductas que no constituían delito previamente a los hechos juzgados (Título Sexto “*Justicia*”, Parte II). Además de todo ello, al PE le preocupa que en nombre de la seguridad ciudadana los poderes públicos impongan excesivas restricciones al ejercicio de los derechos y libertades públicas, y que las disposiciones adoptadas por los EE. MM. en esa línea “afecten directa o indirectamente a ciertos grupos vulnerables y a los movimientos sociales”, detallando entre los más afectados a los sindicatos, las asociaciones de defensa de los derechos fundamentales, los inmigrantes y los refugiados.

El modelo europeo persigue, por una parte *armonizar la tipificación del terrorismo* en las legislaciones de los EE. MM., y por otra *agilizar la entrega de detenidos* entre los diversos EE. MM., en toda la medida compatible con el respeto a los derechos fundamentales. El nuevo modelo legislativo busca sustituir la extradición (aunque ya estuviera sujeta a procedimientos simplificados entre los EE. MM. de la Unión¹⁰), por una orden de detención y entrega europea que permita una eficacia simultánea de las decisiones judiciales en el ámbito de los veinticinco. En estas dos materias, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su Parte III, establece unos principios básicos sobre la *cooperación judicial en materia penal* a los que conviene hacer referencia. Se trata, por un lado, del *principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales* en todas sus formas, sentado en el art. III-270.1.a), previéndose que para adoptar normas mínimas en la materia se adopten las correspondientes leyes marco europeas con el fin de conseguir la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Por otro lado, el art. III-271, asegura que la ley marco europea podrá establecer *normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales* en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, mencionando entre los ámbitos delictivos de este género al terrorismo, el tráfico ilícito de armas y el blanqueo de capitales.

Pero no sólo es precisa una armonización de los tipos penales en materia de terrorismo y una agilización de los procedimientos de entrega de detenidos. También es preciso incidir en la financiación del terrorismo. La legislación sobre blanqueo de capitales es un instrumento útil pero de alcance limitado. De un lado porque no contempla sanciones penales, sino administrativas. De otro porque se aplica para desentrañar una maraña de operaciones ya realizadas, aunque su pista pueda conducir a los autores materiales de un delito de terrorismo. Es preciso por tanto completarla a dos niveles. Por una parte con las modificaciones adecuadas de los Códigos Penales en los que se establezcan los tipos relativos a las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo y el

• 10 Como los contemplados en el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995 (DO, C 78, de 30 de marzo de 1995). Téngase en cuenta, asimismo, el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996 (DO, C 313, de 23 de octubre de 1996), adoptado sobre la base del art. 31 del TUE.

blanqueo. Por otra con una legislación que permita bloquear los fondos ligados a organizaciones terroristas, para poder actuar con una finalidad preventiva, esto es, cortando la financiación antes de que se produzcan los atentados alimentados con ella. Es inviable en el reducido marco de este trabajo efectuar una referencia más amplia a este conjunto normativo.

2.1. La decisión marco sobre terrorismo, de 13 de junio de 2002

El 19 de septiembre de 2001 fue propuesta por la Comisión para su aprobación por el Consejo la decisión marco sobre terrorismo. La propuesta de la Comisión fue aprobada con ciertas variaciones por el Consejo el 13 de junio de 2002. Las decisiones marco, en virtud de lo establecido en el art. 34.2.b) del TUE, carecen de efecto directo, por lo cual, a semejanza de las directivas, no es posible una aplicación directa de sus disposiciones a los particulares sin intermediación de una norma nacional. No obstante, a diferencia de las directivas, no cabe invocar un efecto directo vertical de sus disposiciones por el particular cuando un Estado miembro haya incumplido la obligación de trasponer su contenido o lo haya hecho incorrectamente, pues el art. 34.2 TUE, en sus apartados b) y c), es taxativo al afirmar que las directivas y decisiones marco en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal “no tendrán efecto directo”, a diferencia del art. 249 (ex 189 TCE), que conserva la primitiva redacción relativa a las directivas (en el ámbito del TCE) y no incluye expresamente ese inciso. Será preciso pues llevar a cabo una constante labor de seguimiento de la actividad de transposición, tarea que lleva a cabo la Comisión, en su caso el Consejo, y en la escasa medida de sus competencias –contempladas por el art. 35.7, en relación con el 34.2 del TUE- el propio Tribunal de Justicia.

Todavía hoy, tan sólo seis de los Estados miembros de la Unión (Alemania, Italia, España, Reino Unido, Francia y Portugal) poseen legislación específica o tipos penales especiales sobre terrorismo. Y es que sólo dos de los Estados miembros (España y el Reino Unido) han sido incapaces de erradicar el terrorismo de su suelo. En los Estados sin legislación específica, la mayoría de las conductas constitutivas de un acto de terrorismo se castigan como delitos comunes, aunque no son perseguidas como tales, normalmente, la mera participación una organización de este tipo. Ciertamente, la mayor parte de las conductas constitutivas de un delito de terrorismo podrían ser constitutivas de delitos comunes. De hecho, la conducta constitutiva de un homicidio o de un secuestro constituye un delito común bajo el parámetro de cualquier código penal, sin necesidad de llevar aparejada ninguna intención especial. Sin embargo, lo que distingue a un delito de terrorismo de un delito común es el elemento subjetivo, la intencionalidad inherente al delito terrorista (intimidar a la sociedad y/o destruir las estructuras políticas de un Estado). Ante esa situación, es conveniente un esfuerzo armonizador de legislaciones penales en esta materia, estando previsto, en el art. III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el establecimiento de normas mínimas por medio de una ley marco europea. Además, así se evitarían situaciones que pueden romper el

requisito usual (doble tipificación, o “doble criminalización”) en un procedimiento de extradición¹¹, y que pudieran provocar una instintiva repugnancia en el juez que debiera ejecutar resoluciones judiciales ajenas ordenando la entrega de un detenido, cuando no se diera esa misma tipificación de la conducta en su propio derecho penal. Sin embargo, la euroorden va a suponer un cambio diametral y un importante avance en la concepción de la situación.

Introducir un concepto único de terrorismo en las legislaciones de todos los Estados miembros de la Unión Europea no es imprescindible para reprimir adecuadamente las conductas constitutivas de un delito de terrorismo en el marco de la Unión. Se puede emplear otra vía técnica consistente en unificar un listado de conductas (homicidio, lesiones, secuestro, apoderamiento ilícito de aeronaves o buques, fabricación, tenencia ilícita o adquisición de armas o explosivos, destrucciones masivas, incendios, explosiones, y las demás previstas en el art. 1 de la decisión marco 2002/475/JAI, incluida la amenaza de llevar a cabo cualquiera de las anteriores conductas), que de suyo constituyen delitos comunes, y armonizar unos elementos intencionales añadidos (intimidar gravemente a la población, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente las estructuras políticas de un país) susceptibles de convertir esas conductas (ordinariamente constitutivas de delitos comunes) en delitos de terrorismo cuando se adicione tal elemento subjetivo. Esta vía facilita la persecución de los delitos de terrorismo en los países todavía reacios a adoptar una legislación especial en la materia.

La dificultad inherente a la tipificación del terrorismo deriva de su carácter de delito de intención, pues para que exista, es preciso que la conducta –que constituye el elemento objetivo del delito- sea cometida con los señalados fines –elemento subjetivo- de intimidar a la sociedad o destruir las estructuras políticas de un país. Sin perjuicio de lo anterior, en la mayoría de las ocasiones, las conductas constitutivas de los delitos de terrorismo producen daños en otros bienes jurídicos protegidos diferentes de la paz y la seguridad ciudadanas, como la integridad física y psíquica de las personas o el ejercicio de las libertades públicas, por lo cual, aun sin que existiera el elemento subjetivo, ya serían conductas que llevarían aparejado un reproche penal. Ahora bien, en la medida en que existe un elemento diferencial insertado en ellas es posible tipificarlas de un modo distinto y sancionarlas con penas proporcionadas a su mayor gravedad, como las previstas en el art. 5 de la directiva.

Al margen de lo anterior, la mera participación en una organización o grupo terrorista, y con más motivo el hecho de dirigirla o crearla, es, de suyo, constitutiva de delito (delito de participación). Y requiere el empleo legal de un concepto de organización o grupo terrorista. Para evitar el debate político que pudiera acarrear la definición del término “organización terrorista”, la norma comunitaria no hace sino adaptar el concepto previo de “organización criminal”, ya contemplado en la Acción Común del Consejo de 21 de diciembre de 1998. Según ésta, aquélla sería una “asociación

• 11 Ello no obstante, como veremos, una de las características peculiares de la euroorden consiste en prescindir de la exigencia de la doble criminalidad o doble tipificación, tal y como establece, para un amplio listado de delitos, el art. 2.2 de la decisión marco, de 13 de junio de 2002, sobre la euroorden.

estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos”. Si al texto anterior le añadimos la palabra terrorismo (“delitos de terrorismo”), compondremos fácilmente el concepto de “grupo terrorista” incluido inicialmente en la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 (2001/931/PESC). De allí pasa a ser reproducido casi literalmente en el art. 2 de la directiva (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), del modo siguiente: “organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”. Consecuentemente, el art. 2 de la directiva incluye entre los delitos relativos a un grupo terrorista, tanto la dirección del mismo, como la mera “participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”.

No obstante, quizá el aspecto más endeble de la estructura jurídica construida por la directiva 2002/475 sea el integrar en el elemento objetivo del tipo una locución que estaba de más, y que procede precisamente del art. 1.3 de la Posición Común 2001/931/PESC. Me refiero a la consideración de que acto terrorista es (¿solamente?) el “acto intencionado que, *por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional*, tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de (...)”. Que la resaca del 11-S pudiera influir en la conceptualización inicial en la Posición Común de ese requisito –que parece referirla tan sólo a un atentado masivo- puede ser disculpable, partiendo del intento de reflejar jurídicamente aquél gran atentado. Pero no que haya pasado a formar parte del concepto finalmente formulado por el art. 1.1 de la directiva 2002/475/JAI, dejando fuera del tipo –aparentemente- a las conductas terroristas de carácter aislado o no masivo. En una interpretación literal del tipo, quedarían fuera del mismo aquellas gravísimas conductas listadas en el propio art. 1, incluso llevando involucrada una inequívoca intención terrorista, si no producían un resultado tan tremendo como para *lesionar gravemente* (dice el texto definitivo) a un país o a una organización internacional. ¿Qué ocurre entonces con la bomba lapa bajo el coche de un concejal, con el secuestro de un funcionario de prisiones, o con la amenaza a un profesor de la Universidad del País Vasco? ¿Son suficientemente lesivas para un país, teniendo en cuenta la naturaleza y el contexto de tal conducta? ¿O no son delitos de terrorismo según la norma europea?

Para la mejor aplicación de esta decisión marco pareció conveniente la elaboración de un listado de organizaciones terroristas por el Consejo, en la ya citada Posición Común de 28 de diciembre de 2001¹², adoptada cuando ya existía una propuesta de Decisión marco sobre terrorismo

¹² La Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/93/PESC; -DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001), incluye como Anexo un listado de personas, grupos y entidades. Dentro de los grupos y entidades están los irlandeses, sólo un par de grupos islámicos (Hamas y Djiĥad islámica Palestina), ETA y las entidades de su entorno KAS, Ekin, Kaki, Jarrai-Haika-Segi y Gestoras Pro-amnistía, pero no estaban originalmente Herri Batasuna ni Euskal Herritarrok.

adoptada por la Comisión, pero todavía no se había producido la intervención final del Consejo. En ausencia de una definición más precisa de organización o grupo terrorista puede ser muy conveniente ilustrar la norma con un anexo de este tipo. Ahora bien, es discutible si para confeccionar ese listado o para modificarlo con nuevas inclusiones, era necesario emplear un procedimiento de urgencia, esquivando la participación del Parlamento Europeo en el control de la inclusión, o no, de una organización en el mismo.

Pero es una lástima que la aplicación de esta importante Decisión marco se vea tan ralentizada por los propios Estados miembros de la Unión como pone de relieve el informe de la Comisión de 8 de junio de 2004¹³. Estamos ante un informe que evalúa la incorporación normativa de la decisión marco en los ordenamientos nacionales durante el periodo comprendido entre el 11-S y el 11-M, aunque esté fechado en junio de 2004. Los criterios de evaluación de la transposición de la decisión marco han sido flexibles, pudiendo considerarla transpuesta siempre que exista una norma nacional que pueda interpretarse en el sentido exigido por la Decisión. Por otra parte, la Comisión pone de relieve la escasez de sus competencias en el marco del Título VI del TUE, que no le permiten iniciar un procedimiento de infracción contra el Estado miembro responsable de un incumplimiento de su obligación de transponer. Estamos pues ante un informe cuyas únicas repercusiones pueden ser políticas, si bien, con la situación originada por el 11-M, eso no debe ser motivo de desdén. Ello no obstante, la Comisión debe limitarse a “invitar” a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a realizar una transposición rápida y completa, así como a informar al Consejo de las medidas adoptadas por éstos y de la valoración que merecen.

El resultado de la transposición hasta el mes anterior al 11-M es descorazonador, si es que es verdaderamente fiable el informe. Respecto a la incorporación del contenido del art. 1, la Comisión indica que sólo ocho Estados “han tipificado específicamente los delitos de terrorismo como categoría separada, aunque hay diferencias en cuanto al grado y método de aplicación, mientras que Irlanda está modificando su legislación en ese sentido”. Esto es, que muy pocos de los Estados que antes del 11-S no tenían legislación especial parecen dispuestos a tenerla luego. Ello no obstante, el hecho de que, según la Comisión, Alemania “parece no haber transpuesto esta disposición”, y el Reino Unido “prevé sólo un número limitado de delitos de terrorismo concretos (...), aplicando una definición general de terrorismo”, unido a los inconvenientes ya señalados en la defectuosa redacción del elemento objetivo según el art. 1 de la Decisión marco, induce a pensar que, o bien el informe no refleja debidamente la situación jurídica de todos los EE. MM., o bien alguno de ellos no ha incorporado intencionadamente el concepto propuesto por la Decisión marco, so pena de empeorar sus propias posibilidades de perseguir internamente tales delitos, dado que su legislación punitiva es más correcta técnicamente que la propuesta.

• 13 Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (SEC(2004)688); Bruselas, 08.06.2004; COM(2004)409 final.

Más optimismo produce el análisis de la recepción del contenido del art. 2 (“Delitos relativos a un grupo terrorista”), puesto que “la mayor parte de los Estados miembros tienen o tendrán una legislación que penalice separadamente” los delitos de participación. Ello es básico desde una óptica preventiva, pues permite perseguir la participación en el grupo terrorista antes de que de ella se derive una conducta que puede ser fatal para terceras personas. La excepción viene constituida por Suecia y Dinamarca, que no castigan específicamente esas conductas, aunque en determinados casos quienes las cometan pueden ser encausados como coautores. Impresión agri dulce pues, ante la modestia de los resultados conseguidos, y prudente reserva respecto a un juicio de valor más sentado sobre la transposición de esta Decisión, abriendo la puerta al optimismo la posibilidad de que, tras el 11-M, nuevos Estados miembros hayan decidido cambiar de actitud y colaborar más estrechamente en la incorporación normativa de los contenidos de la Decisión marco.

2.2. La decisión marco sobre la euroorden, de 13 de junio de 2002

La decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI), es el instrumento más importante de cooperación judicial en la lucha antiterrorista que se ha construido en la Unión Europea. Con origen en las previsiones formuladas casi dos años antes del 11-S, en el Consejo de Tampere (octubre de 1999), ha sido sin embargo la onda expansiva originada en Nueva York, Washington y Pensylvania, la que ha dado impulso a su puesta en marcha tras el Consejo de Gand (octubre de 2001). Basándose en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, su objetivo consiste en la ejecución recíproca de las órdenes de detención y entrega, sin diferenciar entre solicitudes de detención preventiva y solicitudes de entrega de un condenado. En el fondo, por tanto, aunque en términos políticos se hable de “sustituir” la extradición por una “entrega”¹⁴ más directa mediante el expediente de la euroorden, no estamos ante una invención jurídica totalmente nueva, sino ante un procedimiento especialmente acelerado de extradición (una *turboextradición*). Este nuevo procedimiento va a convivir con los tradicionales, pues la aplicación de la euroorden, sólo podrá hacerse entre los EE. MM. que la incorporen debidamente a su derecho interno, y funcionará de modo más frecuente en relación con determinados delitos (los treinta y dos incluidos en el listado del artículo 2.2 de la Decisión marco), si es que son todos incorporados en las leyes de los EE. MM. que la transpongan, pues alguno ha manifestado claramente su deseo de limitar el catálogo, restando para alguno de los demás supuestos la anciana construcción jurídica que protege a ultranza la soberanía judicial de cada Estado.

• 14 La propia Exposición de Motivos de la española Ley 3/2003, de 14 de marzo, se hace eco de ese planteamiento cuando afirma que la Ley “tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega”.

Estamos ante una aplicación del principio de libre circulación de resoluciones judiciales en materia penal en el marco del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho principio ha sido formulado ahora en el art. III-171 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, quizá no sin cierto rubor por el asistemático modo de proceder comunitario, que primero formula el principio en un instrumento legislativo de derecho derivado, y sólo más adelante en uno de los Tratados Constitutivos, como el que establece una Constitución para Europa. En buena lógica, no sólo la formulación en el derecho originario hubiera debido preceder a la del derecho derivado, sino que también la armonización de normas penales sustantivas hubiera debido preceder al principio procesal de reconocimiento mutuo de las sentencias que aplican tales normas. No habiendo sido así, la situación creada acusa cierta incoherencia. Pero en cualquier caso, debe quedar claro que, como afirma la exposición de motivos de nuestra ley: “los mecanismos tradicionales de cooperación judicial tienen que dejar paso a una nueva forma de entender las relaciones entre sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. Aquí es donde se inserta el principio del reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados”.

La situación así creada ha sido duramente criticada por un importante sector de la doctrina alemana¹⁵, que se pregunta con forzado dramatismo cómo es posible que un principio rector de la libre circulación de mercancías acabe siendo un principio rector de la jurisdicción penal, en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No puede negarse que la falta de armonización previa de las normas penales sustantivas produce una importante distorsión cuando se unifican las normas procesales que deberían facilitar la aplicación de aquéllas. Ahora bien, lo más constructivo no es dolerse porque alguien haya puesto el carro delante de los bueyes, sino poner de nuevo los bueyes en su sitio en el más breve plazo posible, esto es, hacer efectivas las previsiones del art. 31. e) del TUE sobre “la adopción de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”. A ello se dirige, ampliando los sectores objeto de armonización, el artículo III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, mediante el empleo del nuevo instrumento constituido por la ley marco europea.

La euroorden es una resolución del juez de un Estado miembro (Estado emisor), dictada con vistas a la entrega de una persona que es buscada en otro Estado (Estado de ejecución), bien para ser puesta a disposición judicial y proceder a su procesamiento penal, bien para proceder a dictar las medidas necesarias para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad. Por tanto, no sólo la orden de búsqueda, sino también la solicitud de entrega dictada por el juez de un

• 15 Ciento veintitrés profesores de Derecho Penal alemanes han firmado –al mejor estilo luterano– unas tesis contrarias a la trasposición de la euroorden, pues a su juicio plantearía problemas de inconstitucionalidad. Las dos primeras tesis son glosadas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004, p. 3. El autor más representativo es SCHÜNEMANN, “Ein Gespenst geht um Europa –Brüsseler ‘Strafrechtspflege’ intra muros–”, en *Goldamers Archiv*, 2002, p. 511 y ss., llega a hablar de “lobo con piel de cordero” y “caballo de Troya”, refinándose a la euroorden.

Estado miembro *podrá*¹⁶ ser ejecutada directamente por el juez de otro Estado miembro sin tener que pasar por el correspondiente procedimiento de extradición. Sin embargo, la ejecución de la euroorden no será mecánica (por tanto no será tan automática como pretende la Exposición de Motivos de la Ley 3/2003), como está demostrando la práctica en Bélgica y Francia, sino que el funcionario judicial competente deberá, antes de dictar orden de entrega de la persona requerida, examinar si concurre alguno de los supuestos en los que no es posible la entrega, o bien tomar una decisión en el marco de sus propias competencias en aquellos supuestos en los que la entrega sea potestativa y dependa de su decisión.

La autoridad judicial emisora de la orden será la competente en virtud del derecho del Estado miembro emisor (art. 6.1). Y la autoridad judicial de ejecución de la orden será la competente según el derecho del Estado de ejecución (art. 6.2). A juzgar por los términos de la Decisión marco, por la regulación existente en nuestras normas de incorporación y por nuestra propia práctica judicial, la *emisión* de una euroorden está *descentralizada* dentro del sistema, esto es, está al alcance de cualquier juez de lo penal competente en el conocimiento de un delito. Así debe interpretarse el art. 2.1 de la Ley 3/2003 cuando describe como “autoridad judicial de emisión” al “juez o tribunal que conozca de la causa”, a la luz de la propia Exposición de Motivos (“la orden europea de detención y entrega, [que] puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta”). Por el contrario, la *ejecución* de una euroorden –al menos en el caso español– será *centralizada*, pues tras la recepción y tramitación de la solicitud y la instrucción del procedimiento por los Juzgados Centrales de Instrucción, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (LO 2/2003, artículo único, modificativo de los artículos 65 y 88 de la LOPJ). La propia exposición de motivos de la LO 2/2003 apunta a la explicación principal de esta centralización de las ejecuciones. Al ser la Audiencia Nacional la competente en los procedimientos judiciales de extradición pasiva (y ser la ejecución de una euroorden un supuesto especial o abreviado de extradición pasiva), lo lógico es añadir la nueva competencia a la que ya poseía la Audiencia Nacional. A mayor abundamiento, la propia competencia de la AN sobre los delitos más importantes del listado que permite ejecutar una euroorden sin necesidad de que exista doble tipificación, hace especialmente sensata esta atribución de competencia, pues permitirá unificar doctrina en un periodo inicial de aplicación de este nuevo procedimiento.

Quien dicta la resolución de detención o entrega en el Estado emisor de la euroorden es pues, en todo caso, un juez. Nunca un órgano del Ejecutivo. Una de las principales ventajas del nuevo sistema sobre el tradicional de extradición es, por tanto, ésta total judicialización del procedimiento, o si se prefiere, la despolitización del mismo, eliminando la posibilidad de que la autoridad política en el

-
- 16 El juez competente del Estado de ejecución no está obligado, sin más, a proceder a la ejecución automática de la euroorden, disponiendo de las posibilidades otorgadas por los arts. 3 (“motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea”), y 4 (“motivos para la no ejecución facultativa de la orden de detención europea”), en los cuales estará obligado a no ejecutar la euroorden, o bien podrá no hacerlo. Véase, GONZÁLEZ CANO, M. I., “La ejecución condicionada del mandato de detención y entrega europeo”, *Unión Europea Aranzadi*, BUE 1/2 2002, pp. 5-15.

Estado de ejecución pueda interferir en la decisión final de entrega. Ello no impide que el juez competente pueda necesitar un cierto auxilio administrativo para la recepción o la transmisión de las euroórdenes. Para ello, el Estado miembro designará una autoridad central –el Ministerio de Justicia en nuestro caso- para que lleve a cabo estas actuaciones. A eso debe limitarse la actuación administrativa, tanto en el Estado emisor como en el de ejecución, si bien, como única fisura ante el factor político, excepcionalmente, en el supuesto de concurrencia de solicitudes entre una euroorden emitida por el juez de un Estado miembro, y una solicitud de extradición emitida por el juez o el órgano gubernativo de un tercer Estado (art. 23.2, Ley 3/2003), la autoridad judicial de ejecución española “suspenderá el procedimiento y remitirá toda la documentación a la Autoridad Central. La propuesta de decisión sobre si debe darse preferencia a la orden europea o a la solicitud de extradición se elevará por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros, rigiéndose este trámite por la Ley de Extradición Pasiva”.

Así pues, sólo en el caso de esta especial concurrencia decidiría el Gobierno cuál prevalece, basándose en criterios políticos de decisión. En mi opinión, puesto que el supuesto más probable de concurrencia externa es el de una petición norteamericana de extradición confluyente con la euroorden emitida por el juez ordinario de un Estado miembro, no estaría de más que la “vieja” y la “nueva” Europa unificaran criterios en el marco de la PESC. Podría ser un modo de continuar la construcción de una política judicial común con repercusiones exteriores y de seguridad, que ya ha comenzado con la negativa europea a extraditar sin condiciones cuando hay riesgo de aplicación de la pena de muerte al extraditado, como se deduce del punto 13 de la exposición de motivos de la Decisión marco sobre la euroorden, en relación con el art. 23.4 de la misma.

Por lo que respecta a su ámbito material de aplicación, la Decisión marco señala un *umbral cuantitativo mínimo* para la aplicación del nuevo mecanismo. Así, la orden de búsqueda no podrá dictarse sino por “hechos para los que la ley del Estado miembro *emisor* señale una pena (...) de al menos doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena (...) no inferior a cuatro meses” (art. 2.1).

A partir de ahí se abren –en ambos casos dentro del mecanismo de la euroorden- dos opciones dentro del Estado de *ejecución*. La primera prescinde de la tradicional exigencia de la doble criminalidad (esto es, que la conducta enjuiciada constituya delito tanto en el Estado emisor como en el de ejecución) para los treinta y dos delitos comprendidos en el listado del art. 2.2 de la Decisión marco. Bastará, por tanto, que la realización de la conducta constitutiva de uno de esos delitos por la persona buscada esté castigada en el Estado *emisor* con una pena de al menos 3 años, para que la entrega pueda ser ejecutada por el juez del Estado miembro requerido aunque tal conducta no esté penada en el Estado de ejecución. No se aplica por tanto en esta primera opción el requisito de la doble tipificación. La enumeración de tipos comprendidos en el listado de treinta y dos delitos comprende, además del terrorismo, muchos otros ligados a la criminalidad organizada.

A mi juicio, sin embargo, la excesiva amplitud del listado del art. 2.2 supone un error de cálculo considerable, pues está perjudicando notoriamente la velocidad –y la integridad- en la incorporación de la Decisión marco por algún Estado miembro. El caso más significativo es el de Italia, nada interesada en la aceleración de procedimientos penales sobre determinados delitos respecto de cuya eventual comisión podrían recaer acusaciones sobre miembros del Ejecutivo. Pero quizá no sea el único.

Se ha señalado también –analizando el listado de la euroorden desde el prisma antiterrorista- que resulta sorprendente la no inclusión en el listado del art. 2.2 de delitos tales como los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima o contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, esto es, los que motivan la existencia de los respectivos convenios de la red convencional antiterrorista de las Naciones Unidas. A mi juicio, sin embargo, tal crítica es inconsistente, puesto que, pese a su no inclusión *expressis verbis*, puede entenderse realizada una tácita remisión, desde la Decisión marco sobre la euroorden a la Decisión marco sobre terrorismo, y de ésta a la red convencional de la que forman parte los EE. MM. de la Unión, desde el momento en que la segunda rúbrica del listado de los treinta y dos delitos del art. 2.2 de la Decisión marco sobre la euroorden es simplemente “terrorismo”. Obsérvese que no hay *un* delito de terrorismo, sino una serie de conductas que pueden constituir *delitos* de terrorismo. Luego, en ausencia de un concepto específico de terrorismo formulado a efectos de permitir la detención y entrega de personas en el marco de la euroorden, parece clara la necesidad de remitirse interpretativamente, en primer lugar a la Decisión marco sobre terrorismo, adoptada el mismo día que la correspondiente a la euroorden, y subsidiariamente a la red convencional multilateral concertada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, incluidos los trabajos actualmente en curso con el fin de unificar un concepto de terrorismo.

La segunda opción –dentro de la aplicación de la euroorden- mantiene la exigencia de *doble tipificación* para la entrega del autor (o de la persona acusada de la comisión) de uno de los restantes delitos. Habrá que entender por tales, tanto los que superen el umbral mínimo formulado por el art. 2.1 (12 meses y 4 meses, respectivamente), y no estén enumerados en el art. 2.2, como los listados en el 2.2 cuando superen el umbral mínimo pero, por el menor grado de participación en el delito u otras circunstancias, la pena solicitada –o pendiente de cumplimiento- en el Estado emisor fuera menor de tres años. En estos dos supuestos, el art. 2.4 *permite* supeditar la entrega de la persona buscada al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la euroorden sean constitutivos de delito no sólo en el Estado *emisor* sino también en el Estado *de ejecución*.

La *aplicación* del mecanismo de la euroorden entre dos Estados miembros exige la incorporación de la Decisión marco en el ordenamiento de cada uno de ellos. En febrero de 2004, sólo ocho EE. MM. habían incorporado la orden de detención, a saber: Reino Unido, Irlanda, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Suecia. En Francia, la recepción de la euroorden exigió una reforma constitucional tras el correspondiente pronunciamiento del Conseil Constitutionnel, lo cual

retrasó ligeramente su recepción, llevada a cabo mediante ley de 9 de marzo de 2004. Por otra parte, Hungría también ha adoptado la normativa precisa para la incorporación y otros siete EE. MM. habían iniciado el proceso a lo largo de 2004. Dentro de ese contexto general de cumplimiento resulta llamativa la actitud negativa de Alemania, motivada por las fuertes críticas doctrinales a las que se ha hecho referencia y su influencia en el Bundestag.

La aplicación judicial de las órdenes de detención y entrega hasta el momento ha sido más bien escasa. Se ha ejecutado en Bélgica contra los miembros de ETA Juan López Gómez y Diego Ugarte López de Arkute. En cambio, en Francia, el Tribunal de Apelación de Pau ha rechazado la petición de entrega del juez Garzón en lo que hubiera sido la primera aplicación de la euroorden con Francia como Estado de ejecución, dirigida contra tres activistas de la organización juvenil Segi, no sólo proscrita en España por formar parte del entorno de ETA, sino asimismo incluida en el listado de la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. La prensa española había dado cuenta de la detención de los tres activistas, pero pese a la decisión inicial favorable de una magistrada, la Sala correspondiente del Tribunal de Apelación de Pau, presidida por M. Henri Suquet ha rechazado la aplicación de la euroorden basándose en que los hechos de los que se acusa a las personas reclamadas se han cometido, parcialmente, en territorio francés.

La explicación parece estar relacionada con el hecho de que la ley francesa de procedimiento penal prevé la competencia del juez francés si los hechos supuestamente delictivos han sido cometidos en territorio francés. Sin perjuicio de la conveniencia de un detenido estudio de la redacción de la norma francesa, es evidente que el art. 7.a de la Decisión marco incluye, entre los “motivos de no ejecución *facultativa* de la orden de detención europea”, el siguiente: “cuando la orden de detención europea contemple infracciones que: a) el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo”. Luego parece claro que, incluso en el caso de una correcta transposición de la Decisión, el juez ordinario de un Estado miembro *podría* negarse a ejecutar la orden de detención. Ahora bien, por la misma razón, el juez de casación *podría* decidir lo contrario. El problema, sin embargo, podría plantearse en el caso de que el legislador francés hubiera efectuado una transposición incorrecta, *obligando* al juez interno a tomar una decisión negativa en este caso, y privándole de una facultad discrecional de decisión en perjuicio de la eficacia y finalidad de la norma comunitaria.

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea ha sido felizmente incorporada como Parte II, al proyectado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. La inserción de la Carta en el nuevo tratado único ha puesto fin a las especulaciones relativas al valor jurídico de las disposiciones de aquella, aunque no solucionará todos los problemas relativos a su eficacia, relacionados, de un lado con la escasez de vías de recurso, y de otro con la estrechez de miras con

la cual el ordenamiento comunitario contempla la legitimación activa de los particulares frente a los actos normativos adoptados por las instituciones en el ámbito de los escasos recursos actualmente existentes, situación que no ha variado un ápice con la adopción de la Carta.

Si una euroorden es un acto de aplicación de una norma comunitaria (la Decisión marco que la regula) llevado a cabo por un juez nacional, éste, al adoptar su decisión se convierte en un órgano comunitario, en la medida en que aplica una de las normas de este ordenamiento. Por tanto, deberá respetar los mencionados derechos fundamentales a la hora de adoptar las resoluciones de emisión o de ejecución correspondientes, de conformidad con la Decisión marco, y con el art. II-111.1 de la Constitución Europea, pues estaríamos ante actos de órganos de un Estado miembro “que aplican el Derecho de la Unión”. Esta previsión está expresamente contemplada en diversos preceptos de la decisión, como el art. 1.3 de la misma, el cual recuerda la obligación de reconocer los derechos fundamentales (art. 6 del TUE y I-9 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

Ese especial cuidado por la protección de los derechos fundamentales de la persona que se convierta en sujeto pasivo de una euroorden se pone de relieve en otros preceptos de la Decisión marco, por ejemplo, en los arts. 3 y 4, que contemplan motivos para la no ejecución obligatoria (en todo caso) o facultativa (a discreción del juez) de una orden de detención europea. O bien en el art. 5, que recoge las especiales garantías que deberá dar el Estado emisor de la euroorden en casos particulares, como el de ejecutar una resolución judicial dictada en rebeldía (art. 5.1), el de las condenas a perpetuidad (art. 5.2), o el de la orden de detención dictada contra un nacional del Estado miembro de ejecución (art. 5.3). A su vez, los arts. 9 a 25 regulan con prolijidad el procedimiento para la entrega de la persona buscada, dentro del cual se contemplan el derecho a la información sobre la acusación, el derecho a la asistencia letrada (art. 11), la audiencia de la persona buscada (art. 14), la posibilidad de que esa persona se oponga a su detención y entrega (arts. 14 y 17.3) y se abra, por tanto, trámite contradictorio (máximo 60 días, art. 17.3), al finalizar el cual el juez de ejecución deberá dictar la correspondiente decisión al respecto (art. 15). De igual modo se regula la concurrencia de solicitudes (art. 16), tanto si éstas pertenecen a dos Estados miembros, como si la concurrencia se produce entre una euroorden y una solicitud de extradición cursada por un tercer Estado. Por otra parte, el preámbulo (punto 13) establece que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado tercero en el que corra peligro de ser sometido a pena de muerte, tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, actuación que cabría bajo el paraguas protector de la suspensión de la entrega por motivos humanitarios prevista en el art. 23.4, y, en general, bajo la cobertura de las obligaciones que el CEDH (del que forman parte todos los EE. MM., y al que deberá adherirse la Unión en virtud de lo dispuesto en el art. I-9.2 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa) establece para los Estados partes.

En caso de que se pretenda impugnar la conformidad del acto del órgano estatal de aplicación (la resolución del juez del Estado de emisión, o del Estado de ejecución) con los preceptos de la norma comunitaria que lo fundamenta, lo oportuno será la impugnación de la resolución judicial por las vías de recurso internas y, en su caso, la solicitud de elevación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal

de Luxemburgo. El problema, sin embargo, es que en estas materias comprendidas en el Título VI del TUE, la competencia prejudicial del TJCE no es automática, sino que depende de la declaración facultativa prevista en el art. 35.2 del TUE, lo cual puede conducir a una indeseable diversidad de situaciones entre los EE. MM.. La cuestión de las garantías a otorgar a los justiciables se complica especialmente si tenemos en cuenta que, al carecer de efecto directo, la propia decisión marco no podría ser invocada como norma aplicable ante el juez nacional por el particular interesado en impugnar el acto de aplicación de la misma más que como parámetro de validez de aquella (art. II-112.5 de la Constitución Europea). Ello conduciría a que el juez ordinario, consultando por vía prejudicial al comunitario, podría dejar sin aplicación aquello en lo que la norma nacional excediera del parámetro comunitario. Pero si la mala transposición se ha producido por defecto, es de temer que el juez interno no pudiera aplicar la propia decisión marco al justiciable. Nada de ello ocurriría si la norma nacional de transposición reprodujera fielmente el contenido de la decisión marco, convirtiéndola en norma nacional, y permitiendo así, tanto su aplicación directa al particular, como su invocación por el acusado en el marco de un eventual procedimiento interno.

Conclusión

El modelo europeo de lucha antiterrorista está basado en el empleo del principio de cooperación, tanto extracomunitaria como intracomunitaria, desde una óptica de seguridad. El intercambio de información -tanto entre Estados miembros como con países terceros- y la cooperación policial y judicial, se convierten en instrumentos que están logrando una eficacia considerable frente al terrorismo. Cuando se logre una mayor “sinergia” entre las distintas bases de datos europeas y su más fluida utilización por las policías nacionales de los EE. MM., el refuerzo de la cooperación operativa será incuestionable. No obstante, el modelo europeo contrapesa la eficacia policial y la agilización en los procedimientos de entrega de detenidos con una garantía sólida de la protección de los derechos fundamentales, marchamo distintivo de nuestro modelo. Con todas las insuficiencias de construcción propias del ordenamiento comunitario, no puede decirse que las actuaciones jurídicas emprendidas para la represión del terrorismo en el modelo europeo se salgan del marco de una Comunidad de Derecho, sino todo lo contrario. No obstante, en unas materias en las que, pese al crecimiento de las competencias comunitarias, las bases de la seguridad ciudadana siguen en manos de cada Estado, la armonización normativa de los tipos penales mínimos es un proceso cuyo avance es necesario para lograr una eficacia mayor del Plan de Acción antiterrorista y de la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea. Aunque los progresos en el diseño y la aplicación de los instrumentos legislativos europeos se vieran ralentizados entre 2002 y 2004, los atentados de Madrid, en marzo de 2004, han servido afortunadamente de acicate para su nueva aceleración. Y es que un Espacio de Libertad y Justicia como el consagrado por la Constitución Europea no puede asentarse sin un tercer elemento necesario: la seguridad de los ciudadanos.



La participación ciudadana en la Constitución Europea

 **Luis Jimena Quesada**

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Jaume I de Castellón



1. A modo de premisa: respeto de los derechos fundamentales y participación democrática como exigencia primaria de la noción de ciudadanía europea

De entrada, conviene advertir que ser ciudadano o ciudadana no significa ostentar simbólicamente el título de “ciudadanía europea” o de “ciudadanía de la Unión”, sino, ante todo, disfrutar del ejercicio de una serie de derechos fundamentales y tener la posibilidad de participar en la construcción europea. Con esta premisa, la participación ciudadana comporta, por tanto, una plenitud participativa en la integración europea enfocada desde diversas facetas (ciudadanía política, social, cultural, económica), no necesariamente reconducidas en exclusiva a los nacionales de Estados miembros, sino abiertas asimismo a las personas (sin perjuicio de su nacionalidad) que se hallen en Europa.

De hecho, de un lado, el mismo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004 (en adelante, “Constitución europea” o “Tratado constitucional”) consagra, junto a los clásicos derechos civiles y políticos incluidos en la noción estricta de “ciudadanía” (por ejemplo, en el Título V de la Parte II), derechos sociales y de las demás categorías; por añadidura, junto a instrumentos novedosos de participación política (por ejemplo, la iniciativa legislativa ciudadana prevista en el artículo I-47.4) establece como objetivo la lucha contra la exclusión social (cfr., entre otros, artículos I-3.3 ó II-94.3), así como unos símbolos (artículo I-8) que permiten forjar la ciudadanía cultural (la bandera, el himno, o el día de Europa) y la ciudadanía económica (el euro). De otro lado, pese a que la propia Constitución europea defina la ciudadanía europea en sentido estricto por referencia a los nacionales de los Estados miembros, se ve forzada paralelamente a extender buena parte de los derechos de la ciudadanía a las personas físicas o jurídicas que residan o tengan su sede social en Europa; a tal efecto, es preciso distinguir dos vertientes complementarias de la

ciudadanía: por una parte, la atribución de la condición de nacional (la nacionalidad) de un Estado de la Unión (competencia de los Estados miembros); y, por otra, el reconocimiento de unos derechos inherentes a la ciudadanía (normativa de la Unión).

La Europa de los ciudadanos y las ciudadanas, concebida de tal suerte, cabe referirla, en definitiva, tanto a la evolución del concepto de ciudadanía, como a los avances en la participación de aquéllos y aquéllas en el desarrollo de la Unión. Así las cosas, el manido déficit democrático que tradicionalmente viene afectando a la profundización en el funcionamiento de la arquitectura institucional de la Unión Europea, supera con creces la cuestión acerca de los poderes de la Eurocámara. Desde este punto de vista, la noción de ciudadanía europea conlleva prima facie el ejercicio de los derechos fundamentales a escala de la Unión y el acercamiento de las instituciones europeas a la ciudadanía, para que ésta sea la protagonista del proceso de integración.

2. Antecedentes en la concepción de la participación ciudadana desde la perspectiva de la integración europea

Si efectuamos un breve repaso a la evolución de la integración europea, cabe recordar en primer lugar que, en los Tratados constitutivos, al margen de las cuatro clásicas libertades de sesgo económico (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales) y de referencias a la no discriminación por razón de sexo y de nacionalidad en el ámbito laboral, no se hablaba de derechos fundamentales, ni se perfilaba un concepto de ciudadanía europea, como tampoco se preveían mecanismos de participación democrática (con déficit del Parlamento europeo –meramente consultivo–, sólo elegido por sufragio universal directo desde las elecciones de 1979).

En estas condiciones, en la etapa inicial, los ciudadanos y las ciudadanas de la Unión, no sólo no estaban facultados para ejercer derechos fundamentales a escala europea, sino que ni siquiera disponían de representantes parlamentarios libremente elegidos y, adicionalmente, el Parlamento Europeo sólo contaba facultades de consulta que, incluso en algunas ocasiones hubieron de ser salvaguardadas por el Tribunal de Justicia ante el embate de las instituciones comunitarias de mayor peso político, especialmente del Consejo. En esta línea, ya en la sentencia de 29 de octubre de 1980 dictada en el caso *Roquette Frères* contra Consejo de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo mantuvo que la consulta al Parlamento Europeo era el medio establecido por el Tratado de la Comunidad Europea que permitía a la Eurocámara “tomar parte en el proceso legislativo de la Comunidad. Tal poder representa un factor esencial en el equilibrio institucional establecido por el Tratado. Aunque limitado, tal equilibrio refleja a nivel comunitario el principio fundamental democrático según el cual el pueblo debe participar en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa” (apartado 33).

Pues bien, ante la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados comunitarios, empezó a desempeñar un papel nada desdeñable la jurisprudencia “pretoriana” del Tribunal de Justicia. Al mismo tiempo, y en las sucesivas etapas de la integración europea, tras cada

reforma esencial de los Tratados constitutivos (Acta Única Europea de 1986, Tratado de Maastricht de 1992, Tratado de Ámsterdam de 1997, Tratado de Niza de 2001, y Tratado constitucional de 2004) ha estado más o menos latente y presente la pretensión de reducir el déficit democrático del Parlamento europeo (progresiva generalización del procedimiento de codecisión), así como la discusión en torno a la pertinencia de introducir una “parte dogmática” en el Derecho comunitario originario. Desde esta última perspectiva, en el Acta Única Europea se introdujo por vez primera en los Tratados comunitarios una referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta Social Europea del Consejo de Europa: bien es cierto que esa referencia se vio mitigada por su encuadre en el Preámbulo del Acta de 1986. A continuación, sin salir de las normas de alcance declarativo o de soft-law, el Parlamento Europeo adoptó el 12 de abril de 1989 la Declaración de derechos y libertades fundamentales con vocación de devenir “parte dogmática” de la futura Constitución europea; poco después, once de los entonces doce países miembros de las Comunidades Europeas firmaron, con valor simplemente político, la Carta de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989.

Con posterioridad, el Tratado de Maastricht de 1992 tendría el mérito de inaugurar la formalización de un catálogo de derechos o, mejor, un “minicatálogo” de derechos civiles y políticos asociados a la nueva categoría de la ciudadanía de la Unión. Si bien se atribuía semejante condición solamente a los nacionales de los Estados miembros de la Unión, sólo algunos de los derechos integrados en esa categoría quedarían reservados en exclusiva a los nacionales comunitarios (sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y al Parlamento europeo, y protección diplomática y consular); otros derechos, en cambio, se formularon como susceptibles de disfrute por personas físicas o jurídicas que se encontraran en la Unión (quejas al Defensor del Pueblo Europeo, o peticiones ante el Parlamento Europeo); y, otros derechos, se incluían con limitaciones a los no comunitarios (libertad de circulación y de residencia). En el lado criticable, cabe observar que el Tratado de Maastricht introdujo una ciudadanía de sesgo político y económico (unión económica y monetaria), con poca presencia de la vertiente social (no se incluyó en el capítulo de la ciudadanía la propuesta de la Comisión referente a la lucha contra la exclusión social y, mientras es verdad que en el texto articulado se recogió el respeto al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, se omitió cualquier referencia a la Carta Social Europea), y con una ciudadanía cultural bastante diluida (se eludió el reconocimiento expreso de los símbolos europeos). Como es conocido, el Proyecto Herman de Constitución Europea de 9 de febrero de 1994, que contenía una interesante tabla de derechos en su Título VIII, quedó como una interesante, pero mera propuesta, para la discusión.

Con Tratado de Ámsterdam de 1997, se introdujeron algunos derechos como el acceso a documentos y la facultad dirigirse a los organismos de la Unión en las lenguas oficiales; se recuperó la referencia a la Carta Social (y esta vez en el texto articulado del Tratado de la Comunidad Europea, en el artículo 136, en el marco de la política social); y, sobre todo, se fortaleció en cierta medida la cláusula de igualdad y la perspectiva de género (acciones positivas a favor de la mujer para evitar la discriminación sexual, es decir, una “ciudadanía igualitaria” entre hombres y mujeres) tras algunas vacilaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia comunitario (entre ellos, el caso Kalanke de 17 octubre de 1995, caso Marschall de 11 de noviembre de 1997, caso Badeck de 28 de marzo de 2000,

o el caso Abrahamsson de 6 de julio de 2000), concretamente introduciendo los nuevos artículos 13 y el apartado 4 del artículo 141 en el Tratado de la Comunidad Europea. Finalmente, y con carácter previo al Tratado constitucional, el Tratado de Niza de 2001 estableció un mecanismo sancionador aplicable a los Estados miembros que pongan en riesgo la democracia y los derechos humanos en la Unión; por el contrario, se excluyó dotar de naturaleza vinculante a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada sólo de manera solemne en el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000.

3. El diseño de la participación ciudadana en el Tratado constitucional

3.1. En la elaboración del Tratado constitucional

De manera preliminar, conviene recordar que, en el proceso de elaboración del Tratado constitucional, la Convención presidida por Giscard d'Estaing contó con la participación de representantes de los Estados y de las instituciones europeas (democracia representativa), así como con la participación de foros de representación ciudadana (publicidad de los trabajos en internet, pese al problema de acceso de muchos ciudadanos a los medios informáticos), tal como se propugnó en la Declaración de Laeken de diciembre de 2001. Por consiguiente, debe dejarse sentado que ha habido transparencia en los trabajos “constituyentes”; cuanto menos, mayor grado de transparencia que el experimentado en otros proyectos “constitucionales” europeos anteriores (pensemos en el proyecto Spinelli de 1984, o en el proyecto Herman de 1994).

Con carácter añadido, tampoco cabe olvidar que la llamada “Constitución europea” es, desde la perspectiva jurídica, un Tratado (por el que se establece una Constitución para Europa), por más que en su contenido pretenda equipararse a una Constitución estatal (sobre todo, en la medida en que alberga una “parte dogmática” en la Parte II, en la línea de la ya clásica conceptualización constitucional ofrecida por el artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789). De modo que, sobre haber sido importante esa participación ciudadana (en mi opinión debería llegarse incluso al establecimiento del “referéndum europeo”, *infra*), se ha tratado de un plus afortunadamente ganado merced a la inercia positiva de un proceso presentado como “constituyente”, el cual se explica, más que por la categorización del Tratado constitucional (un Tratado más a la luz de la Convención de Viena de 1969), por la peculiar naturaleza *sui generis* de la Unión Europea.

3.2. En el contenido del Tratado constitucional

Si esto ha sido así bajo el ángulo de la elaboración del Tratado constitucional, procede analizar ahora cómo se ha diseñado en éste el contenido de la participación ciudadana.

En lo que atañe al Parlamento Europeo, éste se confirma como colegislador junto con el Consejo de Ministros, en la progresiva reducción del déficit democrático. Concretamente, el artículo I-20.1 de la Constitución europea dispone que “el Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria”; análogamente, el artículo I-23.1 establece que “el Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria”.

En lo que concierne a las diversas facetas de la ciudadanía, ya he apuntado en un epígrafe anterior (I, supra) que el Tratado constitucional recoge aspectos de ciudadanía social entre los objetivos de la Unión (especialmente, la lucha contra la exclusión social), así como aspectos de ciudadanía cultural y económica (identidad monetaria) en el marco de los símbolos recogidos *expressis verbis* en el artículo I-8. Pero, sobre todo, se reconoce el ya mencionado amplio catálogo de derechos y libertades en la Parte II (Carta de los derechos fundamentales de la Unión), con derechos fundamentales de todas las categorías (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia). En el marco de los derechos relativos a la ciudadanía política aparecen derechos de nuevo cuño, como el derecho a una buena administración (artículo II-101), desarrollado previamente en la jurisprudencia comunitaria y en la labor del Ombudsman europeo (una manifestación básica son los códigos de buena conducta administrativa). Además, se manda expresamente la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo I-9). A este respecto, una vez más me permito llamar la atención sobre el hecho de que se incide en la ciudadanía política en detrimento de la complementaria ciudadanía social y del principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, puesto que no se introduce en el Tratado constitucional una obligación expresa de adhesión de la Unión a la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

A mayor abundamiento, se introduce en la Parte I del Tratado constitucional un Título VI relativo a la “vida democrática de la Unión” (artículos I-45 a artículo I-52), en donde destaca el principio de transparencia en el funcionamiento de la Unión, el protagonismo que se pretende dar a las asociaciones representativas y a la sociedad civil, y la iniciativa legislativa popular europea: en particular, esta modalidad de democracia semi-indirecta se traza en los siguientes términos, en el artículo I.47.4: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requiere un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de la Constitución. La ley europea establecerá las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones necesarios para la presentación de esta iniciativa ciudadana, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que deben proceder los ciudadanos que la presenten”.

3.3. En el proceso de ratificación del Tratado constitucional

Como es conocido, la modalidad o el cauce de ratificación del Tratado constitucional depende de cada Estado: de los veinticinco países miembros, sólo una decena lo están sometiendo a consulta popular, ya sea vinculante o meramente consultiva –como es el caso de España–; los demás países, están procediendo a su ratificación parlamentaria. Así se desprende del artículo IV-447 del propio Tratado constitucional, en virtud del cual “1. El presente Tratado será ratificado por las Altas Partes Contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República Italiana. 2. El presente Tratado entrará en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”.

El apartado segundo de este precepto resulta meridiano, en el sentido de que es necesaria la ratificación de los veinticinco Estados miembros de la Unión para la entrada en vigor de la Constitución europea. Ciertamente, en las disquisiciones en torno a qué pasaría si no fuere ratificado el Tratado constitucional por un Estado (aunque sólo sea uno), y a qué sucedería en función de cuál fuere el país que eventualmente se opusiere (no es lo mismo un no de Francia o de Reino Unido que Luxemburgo, se arguye, a título de ejemplo), la respuesta no puede ser otra que la no entrada en vigor, salvo que se vuelva a negociar la redacción del propio Tratado constitucional para suprimir esa regla de la unanimidad.

En lo que afecta a España, ha de destacarse la relevancia del referéndum del 20 de febrero de 2005, convocado mediante Real Decreto 5/2005, de 14 de enero, por el que se somete a referéndum consultivo de la Nación la decisión política de ratificar el Tratado constitucional (BOE núm. 13, del sábado 15 de enero de 2005). Pese a su carácter consultivo, no vinculante, en virtud del artículo 92 de la Constitución española, el Real Decreto de convocatoria subraya en su preámbulo que “aun cuando la ratificación por parte de España hubiera podido realizarse por el procedimiento previsto en el artículo 93 de la Constitución española, es decir, mediante la aprobación de una ley orgánica en las Cortes Generales, sin otros trámites, el Gobierno considera que la importancia política del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en la medida en que sienta las bases para una nueva etapa del proceso de integración europeo, así como la necesidad de hacer partícipe a la sociedad en este proceso, hace aconsejable consultar, además, a los ciudadanos para que éstos expresen libremente su parecer sobre la aprobación del Tratado antes de someterlo a su ratificación en las Cortes Generales. Entre las instituciones de democracia directa previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como vías que habilitan el ejercicio del derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos en su vertiente no representativa, derecho reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución, la figura del referéndum consultivo previsto en el artículo 92 de la Constitución española y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, se revela como la vía más apropiada para proceder a la consulta antes referida”.

A mi entender, la relevancia de la consulta popular celebrada en España el 20 de febrero de 2005 no disminuye un ápice por la circunstancia de que en términos absolutos la participación no haya sido elevada: efectivamente, aunque sólo haya votado el 42,32% de la población española activa (con el 57,68% de abstenciones, el 6,03% de votos en blanco, y el 0,86% de votos nulos), ha habido un 76,73% de votos a favor de la Constitución Europea y un 17,24 de votos en contra de ella; con estos parámetros, constituyen unos resultados nada despreciables en términos relativos, al compararlos con los índices participativos registrados en el conjunto de la Unión Europea, pongamos por caso, en las últimas elecciones a la Eurocámara celebradas el 13 de junio de 2004: en esas elecciones europeas se produjo una abstención del 55%, llamando la atención el pobre porcentaje medio de participación (sólo 28,7%, con la excepción del 70,4% de Chipre o del 82,37 de Malta) en los diez países de la ampliación del 1 de mayo de 2004 (descuella el 15,40% de Polonia); en cuanto a España, sólo votó el 45,99 % de la población activa, frente al 63,05% de las elecciones europeas de 1999.

Y es que, conviene recordarlo, se ha tratado de la primera ocasión que en España se nos ha facilitado la participación ciudadana para pronunciarnos sobre el proceso de integración europea, ya que ello no se hizo ni con nuestra adhesión a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986, ni para la ratificación de las grandes reformas de los Tratados comunitarios. Bajo tal óptica, tampoco hace perder trascendencia al referéndum de 20 de febrero de 2005 el hecho de que la campaña institucional llevada a cabo por el Gobierno haya contenido algún punto polémico sobre el que se pronunció la Junta Electoral Central (mediante Instrucción de 31 de enero de 2005, BOE núm. 29, del jueves 3 de febrero de 2005), para observar que la campaña debía limitarse a “informar, con objetividad y pleno respeto al principio de neutralidad política”, y “eliminando toda clase de juicios de valor o lemas, tales como ‘Los primeros con Europa’ u otras declaraciones que puedan, directa o indirectamente, influir en la posición o actitud de los ciudadanos”. Por lo demás, no comparto las críticas a la supuesta precipitación con que se habría convocado el referéndum español sobre la Constitución europea, puesto que lo relevante ha sido la transparencia en el proceso de su elaboración y la intensidad de la campaña informativa o actividades de difusión realizadas con motivo del referéndum, sin que nadie pueda asegurar que, de haberse celebrado más tarde (con en Francia, el 29 de mayo de 2005), la participación habría sido mayor o los ciudadanos habrían leído el contenido del Tratado constitucional. Sobre el particular, no es impertinente traer a colación que la celebración del referéndum español ya fue prevista inicialmente, incluso, con motivo de las elecciones europeas de 13 de junio de 2004 (así lo preveía la Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre).

4. La cuestión de la participación ciudadana en el referéndum español sobre la Constitución europea

En conexión con lo acabado de exponer, con motivo de la mencionada convocatoria en España del referéndum de 20 de febrero de 2005 sobre la Constitución europea, se suscitó un debate acerca del posible derecho de los extranjeros comunitarios residentes en nuestro país a participar en esa consulta popular. El caso es que, por loable que pudiera parecer pronunciarse a favor de semejante

posibilidad (a priori, más europeísta), considero que nuestro ordenamiento jurídico vigente no le daba acogida. En efecto, las posiciones favorables a esa participación política de los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea se sustentaban, básicamente, en argumentos políticos, bien denunciando que su exclusión respondía a un supuesto temor a que votaran negativamente las decenas de miles de residentes foráneos (sobre todo, en el caso de los ciudadanos británicos), bien esgrimiendo el carácter meramente consultivo del referéndum de 20 de febrero de 2005. Ahora bien, a mi parecer, ambos argumentos carecían, respectivamente, de la debida consistencia política, y del correspondiente soporte jurídico. Vayamos por partes.

Por lo pronto, la primera de las posiciones avanzadas, como decía, sólo en apariencia se presentaba europeísta pues, paradójicamente, postulaba “más Europa” (poder votar en un referéndum estatal sobre Europa) para propiciar un rechazo a ese nuevo paso que comporta la Constitución Europea firmada en Roma el 29 de octubre de 2004: un “pequeño paso”, si se quiere, pero un paso hacia adelante según la filosofía que impregnó la considerada acta de nacimiento de la actual arquitectura europea, la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950. Por supuesto, tan legítimas eran las posturas que apoyaban el “no” como las que apostaban por el “sí”.

Dicho lo cual, el problema planteado, en realidad, no era tanto de fondo, sino de forma: si en el caso del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros comunitarios en elecciones municipales (lo mismo que en las elecciones europeas) se contó, precisamente, con la base habilitante del Tratado de Maastricht (para cuya asunción, dicho sea de paso, no hubo ningún reparo en romper el “tabú” de la reforma constitucional –concretamente, del artículo 13.2 de la Carta Magna española–), en el supuesto de la controvertida participación política en el referéndum sobre la Constitución europea, se carecía de una cobertura jurídica (supranacional o nacional) análoga, como expondré a continuación.

Al hilo, justamente, de este último aspecto, procedo a rebatir la postura que, en el estadio presente de nuestro ordenamiento jurídico, sostenía el derecho de participación de los extranjeros comunitarios en el referéndum de 20 de febrero de 2005 amparándose en el alcance consultivo de éste. A tal efecto, cabe recordar que ese referéndum se convocó –según se ha apuntado en el epígrafe anterior– de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución española, en cuyo apartado 1 dispone que “las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos”. A la vista del fundamento constitucional, si del carácter consultivo del referéndum se derivara la intrascendencia de haber permitido la participación en él de los extranjeros comunitarios, esa misma proyección inocua habría de haber conducido también a abrir las urnas a las personas extracomunitarias integradas en la sociedad española.

En estas coordenadas, la exclusión en España del ejercicio del derecho de voto por parte de los extranjeros comunitarios en el referéndum de 20 de febrero de 2005 sobre la Constitución europea venía avalada, al menos, por estos argumentos:

1. Pese a su alcance consultivo, el referéndum previsto en el artículo 92 de la Ley Suprema española ha constituido un instrumento para que los ciudadanos se pronuncien sobre “decisiones políticas de especial trascendencia” que, además, entroncan con la soberanía atribuida al pueblo español (artículo 1.2 de la Constitución española), según ha subrayado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 119/1995, de 17 de julio). Y es que, la participación popular en democracia no ha de pasar necesariamente por decidir (democracia directa), sino que puede limitarse a hacer oír su voz para que decidan los representantes legítimamente elegidos (democracia representativa), extremo este último nada insignificante.

2. La participación en el referéndum establecido en el citado artículo 92 significa una concreción del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos “directamente” (artículo 23.1 de la Constitución española), derecho cuya titularidad reserva a los españoles el artículo 13.2 de la propia Norma Fundamental española, “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. Y, en esa salvedad, no entraba el referéndum estatal consagrado en el reiterado artículo 92.

3. Poniendo en conexión los dos argumentos anteriores, debe repararse en la circunstancia de que el artículo 13.2 de la Constitución española introduce la mencionada salvedad por referencia a las elecciones más próximas a los ciudadanos, sí (las locales), pero descartando significativamente las de mayor afectación a la soberanía (las autonómicas y las generales), en las que en ningún caso pueden participar en España los extranjeros (sean comunitarios, sean extracomunitarios). Por su parte, la participación de los extranjeros comunitarios en las elecciones europeas posee su cobertura en el artículo 93 de la Constitución española, utilizado a la sazón para ratificar mediante ley orgánica el Tratado de Maastricht, en donde se reconoció por vez primera el derecho de sufragio activo y pasivo en los comicios para la Eurocámara a los ciudadanos de los Estados miembros en el país en que residan. Al contrario, un derecho similar a participar en un verdadero referéndum europeo no ha sido reconocido hasta el presente en la normativa de la Unión Europea (infra). Por tal motivo, nada tiene que ver, de momento, el electorado activo y pasivo en los comicios europeos (todos los ciudadanos de la Unión), con los posibles votantes en el referéndum de 20 de febrero de 2005 sobre la Constitución Europea (solamente los españoles): razón por la cual no habría de extraerse un paralelismo (del que se dedujera la inclusión de los extranjeros comunitarios) entre, por un lado, los participantes en dicho referéndum y, por otro lado, la eventualidad contemplada en su día (no verificada finalmente) por la mencionada Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre, de celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución europea.

4. En fin, es ostensible el paralelismo entre la participación política en el referéndum estatal del artículo 92 de la Constitución española y las elecciones generales, como se desprende del apartado 2 de dicho precepto, cuando establece que “el referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados”. Con carácter añadido, la ley orgánica prevista en el apartado 3 del propio artículo 92 de la

Constitución española (Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que regula las distintas modalidades de referéndum) abona, en una interpretación sistemática, ese paralelismo entre referéndum estatal y elecciones generales (en particular, las “celebradas para el Congreso de los Diputados” –artículo 11.2 de la Ley Orgánica 2/1980–).

A mi modo de ver, la exclusión de los extranjeros comunitarios en el referéndum español de 20 de febrero de 2005 resultaba la interpretación más adecuada de nuestro ordenamiento jurídico vigente. Otra cuestión es que nos pareciera deseable que los extranjeros comunitarios pudieran votar en España en el referéndum sobre la Constitución europea y, recíprocamente, los españoles residentes en otros países de la Unión ostentaran un derecho análogo. Sin embargo, ello habría de articularse por el cauce jurídico adecuado. Lo que, a mi parecer, y sin perjuicio de barajar una modificación futura de la legislación electoral española, implicaría como solución más acertada una norma de la Unión del más alto rango (como sucedió con el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en comicios municipales y europeos, a través del Tratado de Maastricht) que reconociera el referéndum europeo en condiciones similares a como se configuran las elecciones al Parlamento Europeo.

Naturalmente, mientras no se consagre a escala de la Unión ese referéndum europeo, se seguirán produciendo asimetrías, consistentes en que sólo a los nacionales de algunos países de la Unión se les pregunte acerca del Tratado constitucional (como ya ocurrió con el Tratado de Maastricht, o con el Tratado de Niza, etc.), como si hubiera ciudadanos europeos de primera o de segunda categoría (según si “merecen” o no ser consultados), lo que difícilmente generará una conciencia europea.

5. A modo de conclusión: la participación ciudadana “pendiente”. Constitución europea y Derecho constitucional europeo

Llegados a este punto, me parece irrenunciable reafirmar que, aun cuando de la expresión “Constitución europea” se ha apropiado la Unión Europea (especialmente por referencia al Tratado constitucional de 29 de octubre de 2004), una visión más apropiada de la integración en el “viejo continente” comporta (y ello se propugna desde el propio Derecho de la Unión Europea) que nos refiramos a “Derecho constitucional europeo” en una acepción más amplia que comprenda, sobre todo, a la normativa y la obra llevada a cabo en el seno del Consejo de Europa, y sin perjuicio asimismo de la consideración de la Organización sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa.

Con idéntico espíritu, aunque la Unión Europea se haya apropiado asimismo de la categoría “ciudadanía europea” o “ciudadanía de la Unión”, la aportación indudable de la Unión no impide una crítica constructiva que supere el sesgo político y económico de la concepción ciudadana, para incidir en la faceta social y en la educativa de la ciudadanía: sobre este último punto, no puedo dejar de

mencionar que el Consejo de Ministros del Consejo de Europa ha proclamado el 2005 como Año Europeo de la Ciudadanía a través de la educación, proclamación que tiene su origen inmediato en la Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática adoptada el 16 de octubre de 2002: “al organizar este “año”, el Consejo de Europa desea poner de relieve cómo la educación juega un papel crucial en el desarrollo de la ciudadanía y la calidad de la participación en una sociedad democrática. Las recientes elecciones en muchos de los países europeos muestran una preocupante falta de interés y participación en la política y en la vida pública, especialmente entre las generaciones jóvenes. La organización de este “Año” puede desempeñar un papel fundamental para hacer que los jóvenes tomen conciencia de la importancia de su participación en todos los aspectos de la vida cotidiana. Esto puede ayudar al desarrollo del pensamiento crítico y el debate con tolerancia y racionalidad”.

Con estos presupuestos, al abordar la participación ciudadana “pendiente” en la Constitución europea, debe apuntarse como un punto crucial la realización efectiva del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, de la imbricación entre la democracia política y la democracia social. Así, hasta tanto se verifique la efectiva adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (mandada en el artículo I-9 del Tratado constitucional), los ciudadanos europeos seguimos expuestos a las dos “verdades europeas”, es decir, a posibles decisiones divergentes del Tribunal Europeo de Estrasburgo y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. En coherencia con ello, debe seguir apostándose igualmente por la adhesión de la Unión también a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, que ya cuenta con una importante jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Profundizando en el extremo anterior, se impone criticar que no se introducen garantías específicas en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (parte II del Tratado constitucional), es decir, verbigracia una especie de recurso europeo de amparo. Además, la referencia preambular a la Carta Social Europea se pierde en el articulado de la Carta de los derechos fundamentales, lo cual redundando en una paradoja injusta, puesto que en las explicaciones relativas a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión que figuran en la Declaración núm. 12 aneja a la Constitución europea, se reconoce explícitamente que más de una decena de preceptos de la Carta de los derechos fundamentales se inspiran de forma directa en la Carta Social Europea (entre ellos, siete se han basado en la Carta Social revisada de 1996).

El progreso que ha significado el reconocimiento de la iniciativa legislativa ciudadana en el artículo I-47.4 del Tratado constitucional, no ha ido acompañado desafortunadamente de un establecimiento paralelo del referéndum europeo para cuestiones “constitucionales” europeas (por ejemplo, reforma de los Tratados comunitarios –ahora, el Tratado constitucional–); con la consagración de ese otro instrumento de democracia directa se evitarían asimetrías referentes a la consulta en algunos países y en otros no, como está ocurriendo con la Constitución europea.

Otra cuestión pendiente, de trascendencia indudable, es el estatuto de los partidos políticos a escala europea, como cauce fundamental de participación ciudadana y expresión del pluralismo político europeo. El artículo I-46 del Tratado constitucional, se ocupa expresamente del Principio de democracia representativa, estableciendo en su apartado 4 que “los partidos políticos de dimensión europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión”. El alcance de los partidos europeos no es una cuestión baladí. Basta traer a colación, en este contexto, el episodio de las últimas elecciones europeas de 13 de junio de 2004, en cuyo desarrollo se ha producido la lamentable asimetría de que un partido político no pudiera concurrir en España, pero sí en Francia: el caso es que, al margen de la cuestión de fondo referente a la democracia militante o beligerante, el Tratado constitucional sigue dejando pendiente el establecimiento de un procedimiento electoral uniforme y de reglas comunes sobre las elecciones al Parlamento Europeo.

En fin, el ejercicio de los derechos fundamentales y de la condición de ciudadanía europea sólo puede venir de la mano de un conocimiento de esos derechos, así como de la normativa de la Unión Europea, especialmente de la Constitución europea o, más ampliamente, del Derecho constitucional europeo. A tal efecto, resulta incierto saber si llegará el día en que el 9 de mayo se convierta en “día de la Constitución europea” en sentido análogo al 6 de diciembre para España (día de la Constitución española), o si incluso la jornada europea será capaz (¿y deseable?) que suplante en “importancia” como día festivo a la celebración española. En todo caso, en lo que debe seguir incidiéndose es en la educación en los valores comunes europeos, para forjar esa conciencia europea o ese sentimiento constitucional europeo.

Selección bibliográfica

1. ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Cultura de derechos, deberes y participación”, Revista de Derecho-Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, núm. 5, 2002.
2. ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., y JIMENA QUESADA, L.: Los retos de la Unión Europea como retos del Derecho constitucional español. Reflexiones sobre el Tratado constitucional, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.
3. AUER, A., y FLAUSS, J.F. (coords.): Le référendum européen, Bruxelles, Bruylant, 1997.
4. DE BÚRCA, G.: “Fundamental Rights and Citizenship”, en VV.AA. (B. De WITTE, ed.), Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe, e-book, Instituto Universitario Europeo, abril de 2003.
5. GAMBINO, S.: “Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria”, Quaderni Costituzionali, núm. 2, 2003.
6. JIMENA QUESADA, L.: “La ciudadanía europea y el derecho de sufragio”, en la obra colectiva Los derechos en Europa, Madrid, UNED, 2ª. ed., 1999.
7. JIMENA QUESADA, L.: “Los ciudadanos como actores en el proceso de construcción europea. Hacia una Teoría del Estado Europeo”, Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 24, 2001.
8. JIMENA QUESADA, L.: “Los instrumentos de democracia directa y la nueva Constitución Europea”, en la obra colectiva de tres tomos Comentarios a la Constitución Europea (dir. por E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol), libro I, Valencia, Tirant lo Blanch/Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, 2004.
9. JIMENA QUESADA, L.: “Ciudadanía social y valor igualdad en Europa”, Cittadinanza europea, núm. 1, 2004.
10. TOMÁS MALLÉN, B.: El derecho fundamental a una buena administración, Madrid, INAP, 2004, 342.



Los procedimientos de revisión del Tratado Constitucional Europeo

 **María Cervera Vallterra**

Profesora Ayudante de Universidad
Universidad de Valencia



1. Introducción. – 2. Las necesidades del cambio de redacción del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea. – 2.1. Descripción del procedimiento vigente. 2.2. Valoración crítica de procedimiento vigente. 2.3. Las razones en favor de la reforma. 2.4. La experiencia acumulada gracias a la celebración de Convenciones. – 3. Las propuestas y opciones de cambio del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea. 3.1. Las iniciativas del Parlamento Europeo. 3.2. Las aportaciones de la Comisión. – 4. Las soluciones para el cambio: los nuevos procedimientos de revisión del Tratado Constitucional. 4.1. Las negociaciones y discusiones en la Convención Europea y en Conferencia Intergubernamental. 4.2. El resultado del cambio aportado por el Tratado Constitucional. 4.2.1. El procedimiento de revisión ordinario (artículo IV-443). 4.2.2. El procedimiento de revisión simplificado (artículo IV-444). 4.2.3. El procedimiento de revisión simplificado de las políticas y acciones internas (artículo IV-445). 4.2.4. Un elemento de incertidumbre adicional: la retirada voluntaria de la Unión Europea (artículo I-39). – 5. Consideraciones finales. – 6. Selección bibliográfica.



1. Introducción

Los europeos siguen experimentando con un modelo jurídico, económico y político que, -aunque todavía parezca un sueño utópico-, podría configurar un nuevo orden en el viejo continente. Desde 1950 están apostando por un proyecto basado en la configuración de una organización internacional absolutamente singular. Sus “padres fundadores” tuvieron la genial idea de asegurar una paz duradera en Europa mediante el establecimiento de un próspero mercado que, progresivamente, derivaría en la unificación política regional. Este planteamiento, que resume la idea de “funcionalismo”, se plasmó inicialmente en el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA)¹.

Este funcionalismo encerraba también el carácter intrínsecamente dinámico de la integración europea² y que hoy sintetiza el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) en los primeros *considerandos* de su preámbulo y en su artículo 1 cuando define la Unión Europea como “(...) una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos (...)”.

-
- 1 Este preámbulo reproducía en lo esencial las ideas imaginativas de Jean Monnet, que haría públicas, en 1950, el Ministro de Asuntos Exteriores francés Schuman en la famosa alocución que lleva su nombre. No está de más reproducir este preámbulo del extinto Tratado CECA porque describe perfectamente ese contexto particular que llevó a la animadversión hacia la guerra:

*“CONSIDERANDO que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenaza,
Convencidos de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de relaciones pacíficas,
Conscientes de que Europa no se construirá mediante realizaciones concretas, que creen, en primer lugar, una solidaridad de hecho, y mediante el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico,
PREOCUPADOS por contribuir, mediante la expansión de sus producciones fundamentales, a la elevación del nivel de vida y al progreso de las acciones a favor de la paz,
RESUELTOS a sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a poner, mediante la creación de una comunidad económicas, los primeros cimientos de una comunidad más amplia y profunda entre pueblos tanto tiempo enfrentados por divisiones sangrientas, y sentar las bases de instituciones capaces de orientar hacia un destino en adelante compartido, (...)”.*

Esta idea perderá fuerza emotiva en el preámbulo de los Tratados de Roma de 1957.

- 2 Sobre este dinamismo abunda J. P. JACQUÉ en su manual publicado en el 2003 *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2ª edición, Paris, ed. Dalloz, pp. 19-32.

Esta idea de cambio determina la capacidad del proceso de integración para adaptarse a las circunstancias que marca el compás de los tiempos³. De hecho, hasta la actualidad, se han ido introduciendo numerosas modificaciones en los textos fundacionales de las Comunidades Europeas, especialmente en los años posteriores a la caída del Muro de Berlín. Dichas alteraciones se han saldado, bien con reformas de carácter parcial para regular materias concretas (v. gr. el Tratado de “fusión” de los ejecutivos o los tratados presupuestarios), bien con reformas globales que modificaban el contenido de los Tratados constitutivos en su conjunto (v.gr. el Acta Única Europea de 1986, el Tratado de la Unión Europea de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997 y, más recientemente, el Tratado de Niza de 2001). Recientemente, se ha producido una última reforma, todavía en fase de ratificación nacional: “el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” (en adelante, Tratado Constitucional), que fue firmado en Roma el 29 de octubre del 2004⁴.

Este Tratado presenta un interés especial por su extraordinaria carga simbólica y porque, después de la gran ampliación con diez nuevos socios del Centro y el Este europeo (incluidos Malta y Chipre), los europeos parecen estar decididos a dar un salto cualitativo en la dimensión política de las Comunidades Europeas/Unión Europea. La denominación de este texto convencional lo dice todo. Después de demonizar las fórmulas constitucionales alusivas a la vocación “federal” de la integración, por primera vez, se explicita la idea de “Constitución”. Este hecho hace aflorar nuevos interrogantes, pero revitaliza también viejas incertidumbres como las referidas a la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas/Unión Europea. A pesar de su gran arraigo internacional, de nuevo, las Comunidades Europeas/Unión Europea recogen elementos propios de los Derechos nacionales o del Derecho Constitucional de sus miembros y los acomodan al sistema comunitario. Una evidencia de este “mestizaje jurídico” (por no llamarlo “coqueteo” con el concepto de estatalidad a través de la nomenclatura constitucional) cabe localizarla en el camino recorrido por el Parlamento Europeo en su conquista por obtener mayores poderes económicos y normativos. Tales aspiraciones se acentuaron desde que en 1979 el Parlamento Europeo contribuyera al afianzamiento de la legitimidad democrática del sistema por la elección de sus miembros por sufragio universal directo.

Cabe preguntarse si el procedimiento de enmienda previsto por el nuevo Tratado Constitucional de 2004, para una Unión ampliada -quién sabe si a veintisiete, treinta o más Estados-, podría considerarse como una nueva manifestación de esta tendencia “constitucionalizadora” o si, por el contrario, predomina su carácter “internacionalista”. En las siguientes páginas vamos a ocuparnos del tema. Primero, describiremos los motivos que han impulsado al cambio normativo del artículo 48 del TUE. Después, analizaremos las propuestas de cambio que fueron barajadas con vistas a la celebración de la Convención europea y de la Conferencia Intergubernamental previas a la adopción del Tratado Constitucional en junio del 2004. En último lugar, destacaremos en qué han consistido tales reformas y cómo han quedado plasmadas en el nuevo Tratado Constitucional.

-
- 3 Los tratados comunitarios se caracterizan por haber sido formulados en términos programáticos, a través de unos tratados-marco que señalan los objetivos y los medios a alcanzar de forma paulatina, sin concretar los detalles. Parte de las indeterminaciones de los tratados justifican la inmensa y prolífica labor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
 - 4 V. *DOUE* C 310, de 16-XII-2004.

2. Las necesidades del cambio de redacción del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea

2.1. Descripción del procedimiento vigente

Originariamente, existía un procedimiento de reforma para cada una de las Comunidades Europeas. Sin embargo, desde 1993, el actual artículo 48 del TUE (antes artículo N) establece un procedimiento de revisión único para los “Tratados en que se funda la Unión”, es decir, un procedimiento común a los tratados comunitarios y al Tratado de la Unión Europea. Según este procedimiento:

“El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo. Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

Este precepto mantiene y respeta en lo esencial los sistemas de revisión de los tratados originarios pero los flexibiliza ligeramente al haber introducido cambios en la fase de iniciativa y de convocatoria. El resultado acordado en Maastricht es un procedimiento que se desarrolla en tres fases diferenciadas: a) una fase previa comunitaria, b) una fase intergubernamental y, c) una fase nacional.

a) En la fase preparatoria, el Gobierno de cualquiera de los Estados miembros o la Comisión pueden presentar al Consejo un proyecto de revisión de los Tratados sobre los que se basa la Unión. Sólo entonces, el Consejo decide (“emite dictamen conforme”), previa consulta al Parlamento Europeo y en su caso a la Comisión, sobre la conveniencia de reunir una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros. Se observa en esta fase previa, el escaso poder conferido a la Comisión para impulsar la revisión de los Tratados o para participar en las negociaciones además del nulo poder atribuido al Parlamento Europeo. Tan sólo se prevé la posible consulta al Banco Central Europeo si las enmiendas de los Tratados contuvieran modificaciones institucionales en materia monetaria.

b) En la siguiente fase, el Presidente del Consejo convoca la Conferencia Intergubernamental (CIG) (“Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros”), que debe aprobar de común acuerdo las modificaciones que se introducirán en el Tratado. En esta etapa del

procedimiento, desaparecen los elementos “comunitarios”⁵ y los Estados miembros adquieren todo el protagonismo tanto para desarrollar las negociaciones como para lograr el acuerdo.

c) Por último, las enmiendas convenidas en la CIG deben ser ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (mediante la ratificación por el Parlamento o, eventualmente, mediante la celebración de un referéndum popular). Sólo entonces podrán entrar en vigor las enmiendas propuestas.

2.2. Valoración crítica del procedimiento vigente

Frente a la ortodoxia “internacionalista” recogida en los artículos 11⁶ y 39⁷ del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁸, el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas/Unión Europea resulta especialmente *rígido y solemne*. Recordemos que, según el artículo 48 del TUE actual, las enmiendas formuladas a los tratados comunitarios deben contar, no sólo con el acuerdo unánime de las partes (manifestado por sus representantes gubernamentales reunidos en el seno de una conferencia diplomática), sino que además su entrada en vigor no se produce hasta que todos los Estados parte no han ratificado dichas enmiendas a través de los procedimientos constitucionales respectivos.

Esta situación resulta especialmente gravosa si se compara con otros patrones de referencia jurídica y se tiene en cuenta la forma de enmendar los tratados de base de algunas de las Organizaciones Internacionales más conocidas (v. gr. Naciones Unidas⁹, la Organización Mundial del Comercio¹⁰, la Organización Mundial de la Salud¹¹, etc.) y los procedimientos de revisión de las Constituciones nacionales, en particular, de ciertos Estados de corte federal (v. gr. artículo V de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América o el artículo 78 de la Ley Fundamental de Bonn).

-
- 5 La Comisión y, más todavía el Parlamento, tienen muy poca relevancia: limitan su actuación a la emisión de informes, opiniones y “papeles”, carentes de obligatoriedad.
 - 6 Este artículo determina que, como regla general, cualquier tratado se adopta por el acuerdo de las partes participantes en su elaboración, pero matiza que, si dicha adopción la efectuara una conferencia internacional, entonces el concurso de la mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que éstos decidieran otra cosa.
 - 7 De conformidad con este artículo, cuando haya que enmendar un tratado, -en el sentido de cambiar sus disposiciones-, la regla general aplicable es el acuerdo de las partes al que se aplicarán las normas generales sobre celebración de tratados, salvo que el tratado disponga otra cosa.
 - 8 BOE de 13-VI-1980. España se adhirió a este Convenio el 2-V-1972.
 - 9 V. Artículo 108 y 109 de la Carta de San Francisco.
 - 10 V. Artículo X del Acuerdo de Marrakech (BOE de 24-I-1995).
 - 11 V. Artículo 73 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (BOE de 15-V-1973), que ha permitido la introducción de modificaciones en varias ocasiones (1959, 1967, 1976, 1986 y 1994).

Durante un tiempo, en las Comunidades Europeas, la unanimidad estuvo justificada por la restringida y homogénea composición de las Comunidades Europeas¹² y por la amplitud de competencias asignadas a esta innovadora Organización Internacional de integración económica. Por entonces, la unanimidad se alcanzaba sin grandes dificultades. Aunque esta rigidez no ha sido obstáculo para que en los últimos quince años se hayan practicado tres reformas sustanciales en los Tratados comunitarios (Maastricht, Ámsterdam y Niza), la doctrina lleva tiempo criticando el procedimiento del artículo 48 y exige la introducción de un cambio legislativo capaz de agilizar verdaderamente el proceso y lograr una eficiencia que sea acorde con una Unión democrática, abierta y con peso político.

2.3. Las razones en favor de la reforma

Los objetivos que han impulsado a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a considerar la necesidad de esta nueva formulación del artículo 48 del TUE cabe resumirlos en tres palabras: eficacia, democracia y transparencia. Se trata de argumentos que, a menudo, pueden resultar incompatibles.

En primer lugar, se ha apelado a razones de *eficacia*. Se considera la conveniencia de un nuevo procedimiento para proseguir con un avance del proceso de integración cada vez más abierto a los países del viejo continente y más competitivo, capaz de enfrentarse a un mundo en proceso de globalización.

La práctica ha demostrado la dificultad de conjugar los intereses nacionales siempre más divergentes y numerosos. Ya ocurrió con una Unión formada por doce y quince Estados. Esto explica en parte que desde las negociaciones del Tratado de Maastricht (y más todavía con Ámsterdam y Niza) haya habido que articular fórmulas de autoexclusión (*opt-out*) en materias concretas (v. gr. Unión Económica y Monetaria, política social, defensa, cruce de fronteras interiores) pensando en la situación de países como Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda o Suecia.

Para salvar el obstáculo de la unanimidad requerida para revisar los Tratados, desde los años sesenta, también han proliferado fórmulas alternativas de modificación o suspensión de la aplicación

-
- 12 Además, en una organización formada únicamente por seis socios con valores compartidos, no costaba demasiado alcanzar la unanimidad. Las dificultades vendrán después con una organización con cada vez más competencias y con cada vez más socios cuyos intereses serán lógicamente más diferentes. Aunque parezca paradójico, DE WITTE señala que la rigidez del sistema ha contribuido incluso a legitimar el proceso de integración europea y permitió el avance en la integración a través de la técnica de los “pequeños pasos” que evita la introducción de peligrosos cambios radicales en el sistema. V. EHLERMANN, c.d.; mény, y. (Coord.) (2003), *Réformer les procédures de révision des Traités. Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union Européenne remis le 31 juillet à la Commission européenne*, Florence, ed. Instituto Univeritario Europeo (Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law), 29 páginas.

de los Tratados comunitarios por canales no oficiales¹³ aplicando la técnica de los acuerdos interinstitucionales¹⁴, las declaraciones comunes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión¹⁵ o, más recientemente, la adopción de declaraciones del Consejo Europeo (como la de Laeken¹⁶) que puso en marcha el método de la Convención. A la vista de la experiencia acumulada, ha crecido el temor de que la unanimidad y los procedimientos de aprobación nacional acaben por paralizar en el futuro las decisiones de una Unión formada por más de veinte Estados.

En segundo lugar, se han esgrimido razones de *legitimidad democrática*. Desde hace tiempo, sobre todo desde el Parlamento Europeo, se viene denunciado el creciente “déficit democrático” debido al distanciamiento entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos europeos¹⁷. A camino entre la dinámica de la integración que, por un lado tiende hacia la *profundización* y por otro tienda a la *ampliación* del sistema, la realidad muestra que, cada vez con más fuerza, los asuntos comunitarios penetran en la vida cotidiana de los ciudadanos europeos. Se ha tomado conciencia de que la forma en que la Unión Europea democratice su funcionamiento en el futuro será crucial para el proceso de integración regional¹⁸. En este contexto, la fórmula exclusiva de una conferencia diplomática integrada por los Estados parece la menos apropiada para enmendar los Tratados.

-
- 13 V. MANGAS MARTÍN, A. (1993), “La Dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas”. En: VV.AA. *Libro homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, ed. Tecnos, pp. 1055-1066.
 - 14 V. Acuerdo interinstitucional de 29-VI-1988 sobre la disciplina del Presupuesto relativa a la mejora en la eficacia del procedimiento presupuestario (DOCE L 185, de 15-VII-1988); Acuerdo interinstitucional, de 29-X-1993 sobre la disciplina presupuestaria y de mejora del procedimiento presupuestario para el periodo 1993-1999 (DOCE L 315, de 22-XI-1993); Acuerdo interinstitucional, de 17-VI-1997 sobre las disposiciones relativas a la aplicación de la financiación de la política exterior y de seguridad común (DOCE C 286, de 22-IX-1997); Acuerdo interinstitucional, de 13-X-1998 sobre las bases legales y la ejecución del Presupuesto (DOCE C 344, de 12-XI-1998); Acuerdo interinstitucional de 6-V-1999 sobre la disciplina del Presupuesto y la mejora del procedimiento presupuestario (DOCE C 172, de 18-VI-1999); Acuerdo interinstitucional de 20-VII-2000 sobre las fichas de financiación (DOCE C 197, de 26-X-2000); Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo, de 26-X-2000 sobre los gastos correspondientes a la política exterior y de seguridad común imputables al Presupuesto General (DOCE C 197, de 17-VII-2001); etc.
 - 15 V. Compromiso de Luxemburgo de 28 y 29-I-1966 (Bol.CE 3, 1966); Declaración de 4-III-1975 relativa al establecimiento de un procedimiento de concertación (JOCE C 89, 22-IV-1975); Declaración común de 5 de abril de 1977 sobre los Derechos Fundamentales, JOCE C 103, 27-IV-1977); Declaración común de 30 de junio de 1982 relativa a diferentes medidas dirigidas a garantizar un mejor desarrollo del procedimiento presupuestario (JOCE C 194, 28-VII-1982); Declaración interinstitucional de 6-III-1995, relativa a inserción de disposiciones financieras entre los actos legislativos (DOCE C 102, de 4-IV-1994); Declaración común de 12-XII-1996 relativa a la mejora de la información de la autoridad presupuestaria sobre los acuerdos pesqueros (DOCE C 20, de 20-I-1997); etc.
 - 16 V. “Declaración sobre el futuro de la Unión Europea” incluida en el anexo I de las Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, Bol.UE 12 2001, punto I.27.
 - 17 Este problema, lejos de haber sido resuelto a través de las sucesivas modificaciones de los Tratados comunitarios, ha ido aumentando con intensidad. En la actualidad, los ciudadanos europeos no se sienten involucrados con el proyecto de integración europea. Lo han expresado claramente en las últimas elecciones europeas de junio del 2004 que han estado aquejadas del mayor índice de abstención existente hasta la fecha.
 - 18 Quién más claro tiene esta idea (por propio interés) es el Parlamento Europeo. La defendió en la estrategia descrita en el informe de 12-X-2000 que la Comisión de Asuntos Constitucionales presentó para la adopción de la resolución del pleno sobre la constitucionalización de los Tratados (A5-0289/2000).

Muy relacionada con la democratización del sistema se halla por último la necesidad de dotar de mayor *transparencia* al proceso de revisión de los Tratados. Las negociaciones a través de una CIG a puerta cerrada son poco aceptables y pueden anunciar el fracaso de la ratificación parlamentaria o la consulta popular posterior. La experiencia de los Tratados de Ámsterdam y del Tratado de Niza ha sido especialmente reveladora al respecto. También ha sido decisiva para demostrar el carácter obsoleto y vacuo del actual procedimiento revisión. Se ha acabado por desacreditar una fórmula caracterizada por sesiones negociadoras maratónicas donde muchas veces los resultados llegaban por agotamiento y donde se daba la paradoja de que la solución a los aspectos más conflictivos consistía en posponer las decisiones y obligaba a celebrar una nueva CIG. Se recuerda incluso que, con ocasión de la adopción del Tratado de Ámsterdam, el 17 de junio de 1997, los Jefes de Estado y de Gobiernos se vieron obligados a decidir, ya de madrugada y sin la presencia de sus consejeros, sobre aspectos jamás discutidos, un hecho que obligó posteriormente, en el seno del Comité de Representantes Permanentes, a colmar olvidos y a deshacer malentendidos¹⁹.

2.4. La experiencia acumulada gracias a la celebración de Convenciones

La experiencia adquirida a partir de haber recurrido, en dos ocasiones, a una nueva fórmula de negociación de los Tratados basada en la organización de una Convención ha sido valorada muy positivamente.

La primera de estas convenciones determinó la elaboración de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que en diciembre del 2000²⁰ aprobó el Consejo Europeo reunido en Niza coincidiendo con la adopción del propio Tratado de Niza. La experiencia fue un éxito organizativo. Aparecía un nuevo método de revisión normativo cuya virtud radicaba en que, sin entrar en contradicción con el artículo 48 del TUE, servía de vehículo para la organización de un gran debate que, por primera vez en la historia, daba entrada sobre todo a la opinión pública interesada. La puesta en marcha de esta primera convención suponía una mejora considerable de la legitimidad democrática del proceso de reforma que podía tenerse en cuenta para futuras modificaciones de los Tratados. Los resultados no se hicieron esperar. El éxito del método convencional condujo a las principales instancias comunitarias y nacionales a apoyar la aplicación del “método convencional” al gran proceso de reflexión que, según la declaración 23 del Tratado de Niza, debía organizarse sobre el futuro de la Unión Europea con vistas a redactar un nuevo Tratado único que sustituyera a los Tratados de Roma y al TUE. Un año después, el Consejo Europeo adoptó la llamada *declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea* en la que se comprometía a democratizar el sistema e impulsar la elaboración de una Constitución Europea que respondiese a las expectativas de la ciudadanía europea. En ella, se

• 19 V. EHLERMANN, c.d.; mény, y. (Coord.) (2003), *Réformer les procédures de révision des Traités. Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union Européenne remis le 31 juillet à la Commission européenne*, Florence, ed. Instituto Universitario Europeo (Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law), p. 11.

• 20 DOCE C 364, de 18-XII-2000.

detallaba el mandato, el calendario y los procedimientos de trabajo de una nueva Convención a la que seguiría, -respetando el artículo 48 del TUE-, una CIG prevista para finales del 2003. La Convención acabó su trabajo de redacción del *borrador* de un nuevo Tratado constitucional, adoptado por consenso y presentado oficialmente al Consejo Europeo de Tesalónica, en junio del 2003²¹.

La Convención tuvo un carácter tripartito: estuvo integrada por representantes de los Estados, del Parlamento Europeo, de los Parlamentos Nacionales y de la Comisión. Adicionalmente, se invitó a participar a los Estados candidatos a la adhesión a la Unión. Integraron la Convención un nutrido “grupo de notables”, presididos por el antiguo presidente francés Valéry Giscard d’Estaing y dos vicepresidentes los Sres. Jean-Luc Dehaene y Giuliano Amato²².

Haciendo un balance de la fórmula de la Convención cabría señalar que, a pesar de los considerables esfuerzos realizados para involucrar a la opinión pública, todavía nos encontramos lejos de la apertura de un proceso constituyente. Basta recordar que, terminada la Convención en junio del 2003, fueron los Estados los que decidieron en última instancia el resultado de la reforma, de tal forma que la CIG posterior limitó con frecuencia el alcance de algunos importantes logros atribuibles a la Convención. Este hecho pone de manifiesto el giro claramente “intergubernamental” que, de un tiempo a esta parte, se ha producido en el proceso de integración en detrimento del elemento “supranacional”²³. De hecho, escasa ha sido la influencia de la Comisión ejercida a lo largo del procedimiento de revisión del Tratado Constitucional.

No es la primera vez tampoco que el sistema comunitario realiza sus reformas recurriendo a la opinión de expertos externos. La fórmula de la consulta a los “sabios” ya se ha repetido con otras reformas comunitarias²⁴. En cualquier caso, pone de relieve el carácter “elitista” del sistema comunitario. Además, paradójicamente, a menudo estos “notables” proceden del mundo de la política nacional. Y si no, ¿por qué las personas encargadas de impulsar los trabajos de la Convención fueron tres antiguos presidentes del Gobierno de Francia, Luxemburgo e Italia?

-
- 21 Sobre el funcionamiento y los trabajos realizados por la Convención véase: <http://european-convention.eu.int>. El texto definitivo del Proyecto de Tratado de la Convención fue adoptado el 18-VII-2003. V DO C 169, de 18-VII-2003, pp. 1-105.
 - 22 Para dirigir los debates se creó un *presidium* integrado por doce personalidades: el presidente, dos vicepresidentes, los representantes de los Gobiernos de los tres Estados miembros que ocuparon durante la Convención la presidencia del Consejo, dos representantes de los parlamentos nacionales, dos representantes del Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión. Incluso se invitó a participar en las reuniones al presidente del Parlamento de Eslovenia. Junto al *presidium*, la Convención se reunió durante quince meses (desde finales del mes de febrero del 2002) en sesiones plenarias en dependencias del Parlamento Europeo de Bruselas y se organizaron grupos de trabajos presididos, cada uno de ellos, por un miembro del *presidium*.
 - 23 Por aportar algún ejemplo, cabe citar la sustitución de la mayoría cualificada propuesta por la Convención por la unanimidad en el ámbito financiero -(compárese el apartado 2 del artículo I-54 del Proyecto del Tratado de la Convención con el apartado 2 del artículo I-55) y en el propio procedimiento de revisión del Tratado Constitucional - (compárese el artículo IV-442 Proyecto del Tratado de la Convención con el artículo IV-443 del Tratado Constitucional).
 - 24 Cabe recordar el informe del Grupo de Reflexión, presidido por Carlos Westendorp y presentado al Consejo Europeo de Madrid en diciembre de 1995, antes de la adopción del Tratado de Ámsterdam. El informe versaba sobre las opciones de negociación a debatir en la Conferencia Intergubernamental de 1996 que revisó el Tratado de Maastricht.

3. Las propuestas y opciones de cambio del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea

3.1. Las iniciativas del Parlamento Europeo

Desde 1984, de diez en diez años, el Parlamento Europeo sigue empeñado en dar ese “golpe de timón” que permita conferir al proceso de integración un sesgo político definitivo. Su estrategia ha consistido en la presentación de sendos proyectos “constitucionales” de corte federal: en 1984 cuando se adoptó en forma de resolución parlamentaria el “Tratado por el que se instituye la Unión Europea”²⁵ (más conocido como “Proyecto SPINELLI”) y, en 1994 cuando se aprobó otra resolución parlamentaria titulada “Constitución de la Unión Europea”²⁶ (más conocida como “Proyecto HERMAN-OREJA”). Diez años después, en el 2004, se ha empezado a sentar las bases de una Unión Europea más política pero siempre *sui generis*. La originalidad del planteamiento actual radica en que, sin pretender en ningún momento crear un Estado europeo supranacional, profundiza decididamente en la dimensión democrática de la organización apelando al concurso del Parlamento Europeo y de los Parlamentos Nacionales. Esta legítima pretensión del Parlamento Europeo de “constitucionalizar” y “democratizar” los Tratados comunitarios fue manifestada expresamente en la resolución aprobada por el pleno el 25 de octubre de 2000²⁷. En ella, incluso se anunció el encargo hecho a varios especialistas del Instituto Universitario Europeo para que confeccionaran una estrategia global destinada a fortalecer el carácter constitucional de los Tratados²⁸. Dicha estrategia se articuló sobre tres ejes de actuación simultánea: la “comunitarización” del procedimiento general de revisión neutralizando el obstáculo de la unanimidad y fortaleciendo el papel de los Parlamentos Nacionales; la extensión de los modelos actuales de revisión especiales conocidos como “revisiones autónomas” o “revisiones cuasi-autónomas” a nuevos casos y la “jerarquización” del Derecho Originario, es decir, transformar ciertas disposiciones de los Tratados en Derecho Derivado y evitar la celebración de las CIG y las ratificaciones para modificar ciertas cuestiones.

3.2. Las aportaciones de la Comisión

Por su parte, la Comisión también presentó sus sugerencias de mejora del procedimiento de revisión solicitando un informe técnico al Centro de Estudios Avanzados Robert Schuman perteneciente también al Instituto Universitario Europeo. La coordinación de los trabajos

• 25 V. Resolución de 14 de febrero de 1984, DO C 77, de 19-III-1984.

• 26 V. Resolución de 10 de febrero de 1994, DO C 61, de 28-II-1994.

• 27 DO C 197, de 12-VII-2001, p. 186 y ss.

• 28 V. Instituto Universitario Europeo (1999), *Quelle Charte Constitutionnelle pour l'Union Européenne ? Stratégie et options pour renforcer le caractère constitutionnel des Traités*, Luxemburgo, ed. Parlamento Europeo (Dirección General de Estudios, serie “Política” nº 5).

corrió a cargo de C.D. Elhermann e Y. Mény²⁹, cuyos resultados se remitieron a la Comisión a finales de julio del 2000. Después de detectar los defectos del sistema vigente, las principales aportaciones de los expertos recuperaban parte de las propuestas que habían sido presentadas al Parlamento Europeo apenas un año antes, añadiendo nuevos argumentos.

a) De nuevo, se advirtió de la importancia de reducir el riesgo de bloqueo generado por la regla de la unanimidad para lo cual se sugirió sustituir esta modalidad de voto por una mayoría “supercualificada” aunque para aspectos excepcionales cupiera mantener la unanimidad.

b) Sin embargo, la desaparición de la unanimidad obligaba a establecer mecanismos de salvaguardia para los Estados que quedasen en minoría. Dichas medidas apuntaban en dos direcciones. La primera, de carácter institucional, aumentaba la influencia de ciertas instituciones comunitarias en el procedimiento de la revisión como la Comisión, el Parlamento Europeo y, eventualmente, el Tribunal de Justicia. La segunda medida consistía en la introducción de una cláusula de exclusión (*opt out*) que permitiera desvincularse a aquellos Estados que no desearan acoger las nuevas enmiendas del Tratado. Tal opción quedaría garantizada por una decisión de los Estados adoptada por una mayoría “supercualificada”. Dicha cláusula debía permitir solamente concretar el ámbito de actuación material de la Unión Europea. En modo alguno podría afectar a los aspectos institucionales más importantes, entre ellos, las cuestiones concernientes a los procedimientos de decisión. En apoyo de la introducción de esta cláusula, se recordaba la aplicación de técnicas similares existentes en otras Organizaciones Internacionales³⁰.

c) Para salvar la dificultad de las decisiones de enmienda del Tratado por un gran número de socios europeos, se instaba, por un lado, a hacer un uso más extenso de las fórmulas de revisión autónomas ya aplicadas en el sistema comunitario, en ciertas Organizaciones Internacionales (el Consejo de Europa o la Asociación Europea de Libre Comercio) y en ciertos Estados federales (Alemania, Estados Unidos).

Por otro lado, se insistía en impulsar la legitimidad democrática del sistema permitiendo la participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos Nacionales en la elaboración de las enmiendas. Esta medida aceleraría y aseguraría los procesos de ratificación nacional posteriores. A resultas de este tipo de planteamiento lógico, se proponía diferenciar la revisión de las normas de Derecho Originario que afectarían a la soberanía estatal, del resto de las disposiciones. Mientras que a las primeras era aconsejado exigir la ratificación nacional, en el caso de las segundas, la ratificación nacional se excluiría y se aplicaría la técnica de la revisión autónoma basada en una decisión exclusiva de las instituciones de la Organización.

• 29 V. EHLERMANN, c.d.; mény, y. (Coord.) (2003), *Réformer les procédures de révision...*, op. cit. supra, pp. 12 y siguientes.

• 30 Se citaba el caso de la Organización de la Aviación Civil Internacional (artículo 94 a), la Organización Mundial del Comercio (artículos X.3 y X.6), la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (artículo 20 b. de la Acta constitutiva).

4. Las soluciones para el cambio: los nuevos procedimientos de revisión del Tratado Constitucional

4.1. Las negociaciones y discusiones en la Convención Europea y en la Conferencia Intergubernamental

Desde el principio, la **Convención** (28/II/2002-20/VII/2003) propuso que se mantuviera el modelo de la Convención Europea para la preparación de las revisiones futuras de la Constitución. Dicha propuesta recibió el acuerdo favorable de las delegaciones nacionales. Sin embargo, también la mayoría de las delegaciones consideró excesivamente engorroso el mecanismo de revisión vigente de los Tratados comunitarios y formuló su deseo de introducir una nueva fórmula de revisión más ágil y específica para las políticas de la Unión. Muy pronto, la alternativa cobró cuerpo. Sólo entonces se ideó una fórmula flexible y simplificada de nuevo cuño que gozó del apoyo de la Comisión.

El tema de la revisión constitucional fue tratado solamente por un grupo del trabajo de la Convención: el **grupo IV** encargado de debatir sobre el papel de los Parlamentos Nacionales. En su informe final³¹, los miembros de este grupo destacaron las virtudes de la participación de las cámaras legislativas nacionales y del propio Parlamento Europeo en la Convención preparatoria de la Carta Europea y en la Convención preparatoria del Tratado Constitucional Europeo porque contribuían al fortalecimiento de la legitimidad democrática y se aproximaban a los ciudadanos. De ahí, que se recomendara la formalización, en el texto del Tratado Constitucional, del método de la convocatoria de convenciones para futuras enmiendas del Derecho Comunitario Originario.

Por su parte, durante el curso de la **CIG** (4/IX/2003-17/VI/2004), la presidencia italiana de turno propuso formalmente la creación del nuevo procedimiento de revisión flexible que sirviera únicamente para revisar las disposiciones referidas a las políticas internas. De acuerdo con el nuevo procedimiento, cualquier Gobierno, el Parlamento Europeo y la Comisión podrían presentar proyectos de revisión de las disposiciones en cuestión. Aunque al principio se pretendió que el Consejo Europeo se pronunciara sobre dichos proyectos por mayoría cualificada, al final, en la reunión ministerial de Nápoles, los Estados dieron marcha atrás y se aseguraron la unanimidad. La presidencia irlandesa que tomó el relevo en la gestión de la CIG en enero del 2004. Optó también por esta última solución pero, propuso una nueva modificación: conceder al Parlamento Europeo el derecho a aprobar las disposiciones adoptadas por el procedimiento simplificado de revisión.

• 31 V. Informe final del Grupo IV sobre el papel de los parlamentos nacionales de la Convención Europea de 22 de octubre de 2002, CONV 353/02.

4.2. El resultado del cambio aportado por el Tratado Constitucional

El nuevo Tratado Constitucional prevé tres grandes categorías de procedimientos de revisión. Aparecen recogidas entre las disposiciones finales del nuevo tratado en los artículos IV-443³² (que se titula “Procedimiento de revisión ordinario”), IV-444³³ (bajo la rúbrica “Procedimiento simplificado”) y IV 445³⁴ (titulado “Procedimiento de revisión simplificado relativos a las políticas y acciones internas de la Unión”). Veamos que prevé cada uno de ellos y qué novedades aportan al sistema anterior.

-
- 32 “1. El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo proyectos de revisión del presente Tratado. El Consejo remitirá proyectos al Consejo Europeo y los notificará a los Parlamentos Nacionales.
2. Si el Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, adopta por mayoría simple una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas, el Presidente del Consejo Europeo convocará una Convención europea compuesta por los representantes de los Parlamentos Nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión. Cuando se trate de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Banco Central Europeo. La Convención examinará los proyectos de revisión y adoptará por consenso una recomendación a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros según lo dispuesto en el apartado 3.
El Consejo Europeo podrá decidir por mayoría simple, previa aprobación del Parlamento Europeo, no convocar una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique. En este último caso, el Consejo Europeo establecerá un mandato para una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros.
3. Una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros será convocada por el Presidente del Consejo con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones del presente Tratado. Las modificaciones entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.
4. Si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que modifica el presente Tratado, las cuatro quintas parte de los Estados miembros no lo han ratificado y uno o varios Estados han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”.
 - 33 “Cuando la Parte III disponga que el Consejo se pronuncie por unanimidad en un ámbito o en un caso determinado, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que autorice al Consejo a pronunciarse por mayoría cualificada en dicho ámbito o en dicho caso.
El presente apartado no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa.
2. Cuando la Parte III disponga que el Consejo adopte leyes o leyes marco europeas por un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que autorice a adoptar dichas leyes o leyes marco por el procedimiento legislativo ordinario.
3. Cualquier iniciativa tomada por el Consejo Europeo en virtud de los apartados 1 ó 2 se transmitirá a los Parlamentos Nacionales. En caso de oposición de un Parlamento Nacional notificada en el plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión europea contemplada en los apartados 1 ó 2. A falta de oposición, el Consejo Europeo podrá adoptar la citada decisión.
Para la adopción de las decisiones europeas contempladas en los apartados 1 y 2, el Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen”.
 - 34 “1. El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo Europeo proyectos de revisión de la totalidad o parte de las disposiciones del Título III de la Parte III relativas a las políticas y acciones internas de la Unión.
2. El Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que modifique la totalidad o parte de las disposiciones del Título III de la Parte III. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, así como al Banco Central Europeo en el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario. Dicha decisión europea sólo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas reglas constitucionales.
3. La decisión europea contemplada en el artículo 2 no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por el presente Tratado”.

4.2.1. El procedimiento de revisión ordinario (artículo IV-443)

Entre las nuevas modalidades de revisión global del sistema, se observan algunas innovaciones relevantes aunque en líneas generales la fórmula de enmienda general del Tratado recuerde sobremanera al artículo 48 TUE.

En primer lugar se permite, como novedad, que la iniciativa de impulso del procedimiento de revisión pueda partir, no sólo de los Gobiernos y de la Comisión (como hasta ahora), sino también del *Parlamento Europeo*. Además se prevé también que los *Parlamentos Nacionales* puedan participar en esta fase del procedimiento. Por primera vez, serán informados del contenido de cuantos proyectos de revisión se presenten. Ambas medidas tratan de paliar, aunque se podría haber avanzado más, las carencias de legitimidad democrática del anterior procedimiento de revisión. En todo caso, quizás por ser todavía prematuro, la nueva configuración descarta la creación de un auténtico “poder constituyente” integrado por los órganos parlamentarios nacionales y europeo, ambos elegidos democráticamente por la ciudadanía europea.

Como preveía el procedimiento anterior, con ocasión de la revisión del Tratado Constitucional, se consultará con el Consejo, con la Comisión y, eventualmente, con el Banco Central Europeo si se abordaran materias relacionadas con la Unión Económica y Monetaria.

La otra innovación del procedimiento de revisión ordinario radica en la **formalización jurídica del método convencional**. Esta medida determina la existencia de dos sub-categorías de revisión ordinaria del Tratado Constitucional: una más rígida y otra simplificada.

La primera, más solemne, reproduce en gran medida la fórmula del artículo 48, aunque se democratice un poco el sistema gracias a la incorporación de la técnica de la Convención. Se desarrolla de la forma siguiente. Una vez que se ha decidido iniciar la reforma del Tratado, este procedimiento de revisión ordinaria rígido comienza con la convocatoria por parte del Consejo Europeo de una Convención formada por representantes de los Parlamentos Nacionales, del Parlamento Europeo, de los Jefes de Estado y de la Comisión. Su labor consiste en examinar los proyectos de reformas presentados y adoptar por consenso un borrador o recomendación que dirige a la conferencia diplomática llamada a decidir en última instancia. Se prevé que sea el presidente de la CIG quien la convoque y así se aprueben de común acuerdo las cuestiones objeto de modificación necesaria.

La segunda sub-categoría de revisión ordinaria ha sido ligeramente simplificada para garantizar la eficacia de una Unión Europea plural. Se caracteriza porque, en ella, se omite el recurso al método convencional. Lo inicia también el Consejo Europeo, el cual puede decidir (contando con la aprobación del Parlamento Europeo) no convocar la Convención y así definir directamente el mandato de la conferencia diplomática si “la importancia de las modificaciones no lo justifican”. Esta fórmula recuerda la indefinición y la subjetividad que antaño caracterizó, por ejemplo, al acuerdo de

Luxemburgo de 1966 y más tarde al compromiso de Ioannina de 1995. Son fórmulas muy apreciadas por los Estados aunque socaven la clarificación y democratización del sistema.

Pese a todos estos cambios, aparte del mayor protagonismo del Parlamento Europeo y la eventual inclusión de la Convención en el procedimiento de revisión ordinaria, no cambia sustancialmente la situación anterior. La revisión del nuevo Tratado Constitucional sigue estando protagonizada por una Conferencia diplomática intergubernamental de modo que, en última instancia, todo queda en manos de la voluntad de los Gobiernos de los Estados miembros. De igual modo, hay que subrayar que la revisión del Tratado sólo puede prosperar si son ratificadas por cada uno de los Estados parte según sus respectivas normas constitucionales.

4.2.2. El procedimiento de revisión simplificado (artículo IV-444)

Otra mejora significativa de la revisión del Tratado Constitucional procede de los nuevos artículos IV-444 y IV-445 en la medida en que introducen *dos nuevos procedimientos de revisión más ágiles* sin Convención ni CIG. Ya vimos que esta medida de flexibilización del procedimiento general se fraguó a lo largo de la CIG durante la presidencia del Consejo italiana, si bien los detalles definitivos de los procedimientos no se produjeron hasta la presidencia irlandesa en el “cónclave de Nápoles” de marzo del 2004.

Veamos en primer lugar el procedimiento previsto por el artículo IV-444. Este artículo contempla dos variaciones de procedimiento flexible (llamados “cláusula pasarela” y “cláusula pasarela específica”) que recuerdan en ciertos aspectos a los procedimientos de revisión específicos de los actuales Tratados comunitarios y que la doctrina ha denominado “**revisiones autónomas**”³⁵ (se caracterizan porque dependen exclusivamente de las instituciones comunitarias y no se exige la ratificación nacional posterior) y las revisiones “**cuasi-autónomas**”³⁶ (en las que se exige la ratificación estatal).

• 35 V. gr. artículo 95 del Tratado CECA, artículo 213 TCE (nombramiento de los comisarios europeos), apartado 4 del artículo 221 y apartado 3 del artículo 222 del TCE (renovación de los jueces y los abogados generales del Tribunal de Justicia), apartado 2 del artículo 245 TCE (para la modificación del Título III del Estatuto del Tribunal de Justicia), apartado 2 del artículo 225 TCE (adaptación del Estatuto del Tribunal de Justicia por el cambio normativo aplicado al Tribunal de Primera Instancia), apartado 14 del artículo 104 TCE (modificación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivos) y apartado 5 del artículo 107 (modificación del Protocolo sobre el Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales), artículo 133 TCE (ampliación del ámbito de aplicación de la política comercial común a los servicios y a la propiedad intelectual) y artículo 67 TUE (“comunitarización” del procedimiento de decisión y jurisdiccional aplicable al Título IV del TCE).

• 36 V. gr. artículo 22 del TUE (aplicable para completar el catálogo de derechos de los ciudadanos europeos), artículo 269 TCE (aplicable a la modificación y adopción de la Decisión sobre recursos propios), mecanismo de revisión del Acta aneja a la Decisión del Consejo de 20-IX-1976 destinada a regular la elección de los miembros del Parlamento Europeo por sufragio universal, artículo 42 TUE (“comunitarización” del título VI del TUE incorporándolo en el título IV del TCE), artículo 17 TUE (destinado a transformar la definición progresiva de una política de defensa común en una verdadera defensa común, incluida la posibilidad de integrar la UEO en la Unión Europea).

El llamado *procedimiento de revisión simplificado* ha sido incorporado en el sistema con la finalidad primordial de extender el ámbito de aplicación de la mayoría cualificada y del procedimiento ordinario en los que casos en que debería aplicarse la unanimidad o un procedimiento legislativo especial. En virtud de este procedimiento, el Consejo Europeo puede sustituir la modalidad de voto y el procedimiento aplicable decidiendo por unanimidad, pero contando con la aprobación del Parlamento Europeo que decidirá por mayoría de sus miembros. Supone una interesante e importante medida democrática al permitir la participación de los Parlamentos Nacionales. Si un solo parlamento nacional se opone expresamente a la medida propuesta por el Consejo Europeo dentro los seis meses siguientes a su adopción, la decisión del Consejo Europeo decaerá. El silencio se entenderá positivo y como tal supondrá una aceptación tácita de la propuesta del Consejo Europeo.

Como regla general, este procedimiento se aplica sólo a la parte III del Tratado Constitucional. Como medida de cautela, para preservar determinados intereses especialmente sensibles a la soberanía estatal, se excluye su aplicación a materias de defensa o con implicaciones militares. Además, este Tratado Constitucional contiene a lo largo de su articulado otras “cláusulas-pasarela” que se han aplicado a ciertas políticas de la Unión Europea como la política social (artículo III-210), el medio ambiente (artículo III-234) y el Derecho de familia (artículo III-269). En tal caso, corresponde al Consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, decidir la sustitución del procedimiento especial por el procedimiento legislativo ordinario (que también supone el paso a la mayoría cualificada). En virtud de los artículos I-40 y III-300 respectivamente, el Consejo puede decidir con el acuerdo de todos los Estados extender el ámbito de aplicación de la mayoría cualificada a la PESC. En estos casos no intervienen los Parlamentos Nacionales. Incluso, se prevé una fórmula de reforma específicas para modificar determinados Protocolos a través de una ley o ley marco europea, en concreto: el Protocolo del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), el Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Protocolo sobre el procedimiento relativo a los déficit excesivos, el Protocolo sobre el estatuto del Banco Europeo de Inversiones (BEI) y el Protocolo sobre las disposiciones transitorias de los dos protocolos relativos a los Tratados de adhesión (derogación de las disposiciones obsoletas).

4.2.3. El procedimiento de revisión simplificado de las políticas y acciones internas (artículo IV-445)

El artículo IV-445 prevé un nuevo procedimiento de revisión aplicable a las disposiciones contenidas en el Título III de la Parte III, las políticas y acciones internas de la Unión. Al elaborar el nuevo Tratado Constitucional, la Convención nunca pretendió modificar el contenido de las políticas internas de la Unión Europea. Se limitó a adaptarlas a los cambios propuestos en otros ámbitos. En cambio, la CIG juzgó oportuno introducir para el futuro una cláusula de revisión específica y simplificada. Se trataba de hacer más fácil una reforma, subrayando claramente que dichas reformas jamás se utilizarán con el fin de incrementar las competencias de atribución asignadas a la Unión. Se trataba de evitar las situaciones parecidas a las acaecidas con respecto al artículo 308 del TCE.

Al igual que en el procedimiento normal, el Gobierno de todo Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo Europeo proyectos de revisión del Título III de la Parte III. El Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique la totalidad o parte de las disposiciones de este título. El Consejo Europeo decidirá por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, la Comisión y el Banco Central Europeo en caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario. A continuación, la decisión deberá ser ratificada por todos los Estados miembros. Aunque no se exige pasar por una Convención o la CIG, la decisión seguirá siendo una decisión unánime del Consejo Europeo, ratificada por todos los Estados miembros.

4.2.4. Un elemento de incertidumbre adicional: la retirada voluntaria de la Unión Europea (artículo I-39)

Cabe establecer una relación entre la puesta en marcha del arsenal de procedimientos de revisión del Tratado Constitucional antes descrito y la previsión de que, por primera vez en la historia de la integración³⁷, un Estado pueda decidir retirarse voluntariamente de la organización. Esta medida se explica por la observancia de diversidad de criterios y posiciones existente en una Unión Europea integrada por un número cada vez más elevado de Estados miembros. Cabe ver en esta medida de retirada voluntaria una forma de preservar los derechos de los Estados que, habiendo quedado en minoría en un procedimiento de revisión constitucional, podrían preferir manifestar su descontento decidiendo su salida de la organización. No sería irreal llegar al caso de que los ciudadanos de un Estado miembro se opongan a las medidas de reforma propuestas y manifiesten el deseo de poner fin a sus compromisos jurídicos con la Unión Europea. En cierto modo, la fórmula de ratificación del propio Tratado Constitucional anuncia esta posibilidad y trata de salvar la falta de las ratificaciones necesarias, estableciendo varias cautelas: evitar la unanimidad, estableciendo un plazo de tiempo amplio y, remitiendo la decisión última a todos los Estados reunidos en el seno del Consejo Europeo. A la vista de estas circunstancias quizás entonces quepa entender la indefinición y las incertidumbres que caracterizan la ratificación del propio Tratado Constitucional. Según el apartado 4 de su artículo IV-443 y la Declaración nº 30 adoptada por la CIG, *“si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se modifica el presente Tratado, las cuatro quintas partes de los Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”*. ¿Qué pasará entonces? ¿Se retirarán algunos socios y entonces habrá que volver a negociar una nueva enmienda de los Tratados comunitarios? O bien, ¿todo dependerá de quienes sean los socios que no ratifiquen el Tratado Constitucional?

• 37 Esta posibilidad de retirada de las Comunidades Europeas/Unión Europea estaba vedada por los anteriores Tratados. Salvo en el caso de la CECA los Tratados comunitarios han disfrutado de una vigencia indefinida y la pertenencia a la organización se consideraba irreversible. El único precedente es la retirada de Groenlandia, parte del territorio de Dinamarca, en 1985. El Tratado Constitucional contempla esta importante novedad a través de un procedimiento específico regulado en el artículo I-59 que hay que combinar con el artículo III-325.

5. Consideraciones finales

¿Cuántos Estados soberanos admiten la posibilidad de que parte de su territorio se separe del resto? Dicho de otra forma, ¿no es cierto que la denuncia o retirada de un tratado es un fenómeno propio del Derecho Internacional Público regido por el artículo 56 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados? Partiendo de estos interrogantes y poniéndolos en relación con las modalidades de revisión del nuevo Tratado Constitucional descrito anteriormente, cabe advertir cierta continuidad respecto de la regulación vigente aunque se observan ciertas mejoras. Se deduce por tanto que, al menos en esta materia, el nuevo Tratado constitucional va a seguir sentando sus bases en el Derecho Internacional Público.

La nueva regulación contiene dos grandes modalidades de revisión: una más solemne (recogida en el artículo IV-443) y otra más flexible (recogida en los artículos IV-444 y IV-445).

La primera de ellas guarda grandes semejanzas con el actual artículo 48 del TUE, pero incluye como gran novedad la opción de celebrar una Convención abierta a los agentes políticos y sociales de la Unión. Pese a este signo de democratización, como hasta ahora, los Estados seguirán controlando las enmiendas del Tratado de mayor calado político o institucional porque el artículo IV-443 determina la exigencia de convocar una Conferencia Intergubernamental y la ratificación nacional posterior.

En relación con la segunda modalidad de revisión la situación cambia significativamente. Haciéndose eco del acervo anterior (derivado de la experiencia de las revisiones “autónomas” y “cuasi-autónomas”), en principio, las reformas de menor alcance correrán a cargo de las instituciones comunitarias. La segunda modalidad de revisión se caracteriza: de un lado, porque admite diferentes variantes *rationae materiae* (artículo IV-444 y IV-445) y, por otro lado, porque adopta fórmulas más flexibles que facilitaran la introducción de aquellas reformas que aseguren el buen funcionamiento de una Unión Europea de veinte o más Estados miembros. Es previsible por tanto que, a partir de la entrada en vigor del Tratado Constitucional, la mayor parte de las enmiendas se produzcan sobre la base de los artículos IV-444 y IV-445. El Tratado Constitucional de 2004 se revela así como el diseño definitivo de una nueva Unión Europea.

6. Selección bibliográfica

Doctrina

1. DE WITTE, B. (2004), "Entry into Force and Revision". En: B. DE WITTE, *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, ed. Instituto Univeristario Europeo (Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law), pp. 203-219.
2. GROPPPI, T. (2004), "La revisione della Costituzione" En: E. Álvarez Conde; V. Garrido Mayol (Coord.), *Comentarios a la Constitución Europea*, volumen I, Valencia, ed. Tirant-lo-Blanch, pp. 219-246.
3. MANGAS MARTÍN, A. (1993), "La Dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas". En: VV.AA. *Libro homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, ed. Tecnos, pp. 1055-1066.

Documentación

- I. EHLERMANN, c.d.; mény, y. (Coord.) (2003), *Réformer les procédures de révision des Traités. Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union Européenne remis le 31 juillet à la Commission européenne*, Florence, ed. Instituto Univeristario Europeo (Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law), 29 páginas.
- II. Instituto Univeristario Europeo (1999), *Quelle Charte Constitutionnelle pour l'Union Européene ? Stratégie et options pour renforcer le caractère constitutionnel des Traités*, Luxemburgo, ed. Parlamento Europeo (Dirección General de Estudios, serie "Política" nº 5).
- III. Resolución del Parlamento Europeo sobre la constitucionalización de los Tratados (A5-0289/2000).
- IV. Informe final del Grupo IV sobre el papel de los parlamentos nacionales de la Convención Europea de 22 de octubre de 2002, CONV 353/02.



Garrote Fernández-Díez, I.,
El derecho de autor en internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE (2ª edición), Editorial Comares, Granada, 2003.



1. Son dos las notas que sobresalen del título del presente estudio, y podría considerarse que dichas notas constituyen simultáneamente un estímulo del interés y también, quizá desde otra perspectiva, los principales riesgos en que incurre. Nos referimos, en concreto, al carácter de “tema en boga” de la materia tratada, cuando leemos “El derecho de autor en internet”, y por otra parte al dato de tratarse de una segunda edición, circunstancia no habitual en cuanto a las monografías jurídicas. Ambas notas, como decíamos, suponen un estímulo indudable, pero del mismo modo son deladoras de algunos riesgos a hacer frente, como son la amplitud de los intereses que puede despertar en el autor los derechos de autor en Internet, susceptibles de ser defraudados, y por otra parte la excesiva dependencia en el contenido respecto del transcurso del tiempo, que pudiera hacer aconsejable tanto una segunda como una tercera, cuarta y sucesivas ediciones. Esta tensión o carácter de “arma de doble filo” se observa a lo largo de todo el trabajo.

2. La estructura de la reflexión propuesta en la obra arranca con un capítulo introductorio, ya habitual por otra parte en los trabajos referidos al ámbito jurídico en Internet, donde se pone el acento en los caracteres presentes en la red de mayor relevancia para evaluar el modo en que el derecho de autor resulta afectado por nuevas posibilidades de explotación (pp. 5-50).

Acto seguido, y tras presentar el entorno tecnológico, el paso siguiente propuesto por el autor es el de preguntarse hasta qué punto el nuevo entorno presentado en el capítulo anterior exige un replanteamiento de los basamentos doctrinales del derecho de autor, sistematizándose las distintas posturas doctrinales, principalmente de autores norteamericanos, alcanzándose algunas conclusiones (pp. 51-101).

Tras dos capítulos que pretenden situarnos ante el contexto del desafío que para la concepción del derecho de autor, y antes de ocuparse del modo en que las normas afrontan el citado desafío, se plantean dos cuestiones previas, que podríamos llamar propias del fenómeno Internet y su relación con la territorialidad, como son los problemas del derecho aplicable y la competencia judicial (pp. 103-169).

Después de haber apuntado alguna opción en este terreno, se afronta la cuestión relevante de las conductas en el ámbito en Internet en cuanto a su reconducción a las conductas relevantes del derecho de autor. Así, en los capítulos cuarto y quinto se examinan los tradicionales derechos de comunicación pública,

derecho de puesta a disposición, y muy específicamente, el “más tradicional todavía” derecho de reproducción en lo que tiene de particular en el entorno digital. En la misma línea de comparación de los instrumentos tradicionales de derecho de autor con las particularidades del entorno digital, el capítulo quinto revisa en qué medida pueden ser aplicadas las tradicionales excepciones del ámbito “analógico” a las características especiales del nuevo medio (pp. 171-498).

La parte final del trabajo dedica su atención a quizá las cuestiones de mayor interés para la “industria del derecho de autor”, en cuanto que se ocupa de los instrumentos de carácter técnico para salvaguardar las exclusivas en que el derecho de autor consiste, así como para hacer posible un seguimiento en el control y utilización de los contenidos, como son las medidas tecnológicas y los mecanismos de seguimiento y control de las obras para la gestión de los derechos (pp. 499-617).

Ha de señalarse que en el tratamiento de la segunda parte, concentrada en la aplicación de las categorías conocidas del derecho de autor a las nuevas comunicaciones, se manejan principalmente los materiales normativos integrados por los dos tratados en la materia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptados ambos el 20 de diciembre de 1996), y la Directiva europea 2001/29/CE, sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor relacionados con el derecho de autor en la sociedad de la información, y su relación con la normativa española (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996), como por otra parte advierte el autor en el título del trabajo. A continuación se subrayan los aspectos más relevantes de la exposición cuya estructura se ha descrito.

3. La introducción relativa a Internet procura aferrarse a los conceptos que, para la caracterización de la red, son de mayor relevancia en cuanto a la explotación de obras en línea. De este modo, el recorrido pasa del concepto de red, la conexión entre ordenadores o máquinas para el intercambio de información, su descentralización e interactividad, su carácter internacional y el carácter limitado del “canal” en términos de ancho de banda (pp. 5-13). A esos conceptos sigue una breve síntesis histórica sobre el trayecto seguido en la formación de la red tal como hoy la conocemos (ARPANET, incorporación de los protocolos normalizados, incorporación de los componentes físicos, sistema de nombres de dominio, empresas participantes, programas interactivos, primeras instalaciones físicas y regulación en España...); tras lo que la exposición dedica su atención a aquellos aspectos técnicos que se estiman de relevancia jurídica, en concreto respecto a la estructura de Internet (definición de conceptos como el modelo cliente-servidor, operadores informáticos

conectados, anfitrión o *host*, prestadores de servicio en línea, redes locales y corporativas, ordenadores personales que actúan como servidores de ficheros, y las líneas telefónicas).

Después de describir el mecanismo de transmisión con sus perfiles propios (transformación en código binario, división en paquetes o *packet switching*, necesidad tecnológica de la copia, agregación de los distintos paquetes en destino), se pone el acento en torno al dato de la ausencia real de propietarios sobre la red, así como en la razón de ser del sistema de nombres de dominio y su organización interna, para luego llevar a cabo un esfuerzo de sistematizar de algún modo las diversas "conductas" posibles en Internet, basándose en datos principalmente de carácter tecnológico o de interacción de los sujetos que intervienen en el intercambio de información. Así, se distinguen cinco grupos de herramientas: intercambio de mensajes de correo electrónico y las listas de distribución, las bases de datos de mensajes o grupos de noticias, las comunicaciones en tiempo real, utilización remota de ordenadores y sistemas de recuperación remota de información, entre los que se cuenta la *World Wide Web*. Se hace a continuación un repaso a los caracteres de la WWW en cuanto ventajas que proporciona el hipertexto, la virtud de la URL, el sujeto llamado operador del sitio web o la necesidad de la copia en la memoria RAM del ordenador, terminándose con un ensayo de definición de lo que constituye una página o sitio web (p. 43).

Interesa al autor a continuación poner de relieve la "aptitud" del soporte técnico descrito para albergar y transmitir obras que, en hipótesis, pueden estar protegidas por el derecho de autor, pues en definitiva toda obra susceptible de digitalización lo es de ser almacenada y transmitida por el cauce que ofrece Internet, deteniéndose en la aptitud de ciertos formatos de digitalización, en particular Mp3, para posibilitar esta transmisión masiva, así como en el funcionamiento normal de la comercialización de obras protegidas en Internet a través de "objetos digitales", integrados por la obra en cuestión a la que se desea acceder y el "sobre digital", que contiene las condiciones de ese acceso, que el usuario puede aceptar o rechazar (p. 35).

Termina el capítulo introductorio preguntándose sobre la posible protección de que pueden gozar las propias páginas web, distinguiendo conceptualmente entre la página web como "página de entrada" a las obras y la posibilidad de la propia página como protegida por derechos de autor, haciendo un repaso sobre el posible encuadre de la página web en distintas categorías de obra, sea base de datos, un programa de ordenador, o bien la protección como obra multimedia, prefiriendo el autor la protección como programa de ordenador (pp. 39-40). Otra es la opinión cuando se examina la pregunta sobre la protección de que puede beneficiarse la "presentación visual" de la página web (diferente a la página web propiamente dicha), en que se deberá atender al aspecto que prime en dicha

presentación (obra plástica, audiovisual, o incluso literaria). Se dedica un espacio también a la posible protección a través del derecho de autor de los que pudiesen beneficiarse los nombres de dominio, e incluso la propia Internet (p. 50).

4. En un segundo capítulo de tono marcadamente doctrinal, se examinan las reacciones que la aparición del entorno en línea ha producido entre los especialistas o autores interesados en los problemas del derecho de autor, donde en esencia siempre planea la necesidad o no de alterar sustancialmente los esquemas tradicionales del derecho de autor de aplicación en el entorno "analógico", de manera que el nuevo medio aconseje modificaciones sustanciales del tradicional derecho de autor. Se enumeran así los problemas básicos que se le plantean al derecho de autor con la aparición del entorno en línea: protección de los fragmentos de obras, el problema de la presunción en la cesión de los derechos patrimoniales, ley aplicable, los derechos morales y las posibilidades de manipulación en línea, los derechos patrimoniales en la transmisión "a la carta", los límites tradicionales del derecho de autor en el nuevo entorno (en especial la copia privada), responsabilidad de los prestadores de acceso por la actividad infractora de sus clientes usuarios, la interacción entre el derecho de autor y las técnicas contractuales, la utilización de medidas tecnológicas por los titulares de los derechos, y la utilización de la tecnología para la gestión colectiva de los derechos de autor (pp. 53-65).

Las respuestas a estos problemas específicos y, en particular, a si son de tal entidad que aconsejan profundas modificaciones en el derecho de autor en el entorno analógico o sólo precisan de su adaptación, sirven al autor para agrupar las posiciones según el grado de "afectación" que las nuevas circunstancias suponen para el derecho de autor. Así, se sistematiza la exposición de las opiniones doctrinales en un primer grupo, llamado "los neoclásicos", cuyo denominador común es la consideración de la posibilidad de adaptación de los esquemas del derecho de autor y la protección dispensada al nuevo entorno, incluso en el sentido de que las nuevas circunstancias permiten atribuir títulos de propiedad absolutos, libres de los límites del tradicional derecho de autor (pp. 66-79); por otro lado encontramos a las llamadas "doctrinas minimalistas", que estiman necesaria una profunda transformación de los fundamentos estructurales del derecho de autor a consecuencia de las nuevas exigencias, existiendo distintos grados en esta valoración, desde aquellos que postulan su práctica desaparición y sustitución por otros modelos alternativos (llamados por el autor "libertarismo radical"), hasta los que postulan su subordinación a exigencias de funcionamiento del sistema democrático ("minimalismo democrático"). En un tercer grupo se sitúan las posturas eclécticas, que tratan de alcanzar un cierto equilibrio poniendo el acento en determinados aspectos como el derecho de la información, la necesaria adaptación pero no radical transformación del

derecho de autor, o bien el incentivo que el Estado debe dar al mercado para fortalecer el carácter democrático y pluralista de la sociedad civil. En la exposición de cada grupo de pensamiento se acompañan a los argumentos esgrimidos, las principales críticas que se han formulado. (pp. 76-78, 84-87, 94-96)

5. Con carácter previo al tratamiento de los problemas principales o “nucleares” que al derecho de autor le plantea la transmisión de obras protegidas a través de Internet, tarea que se hace a la luz de las normas principales que se ocupan de la materia, se dedica un espacio a dos cuestiones que, en palabras del autor, “han quedado fuera” de esos materiales normativos en que va a basarse el resto de la obra: la ley aplicable y los derechos morales.

En cuanto al primer aspecto, el autor pone de manifiesto el carácter evidentemente transnacional de la actividad de transmisión de obras protegidas, y la tensión que existe entre dicho carácter y la “territorialidad” que se ha predicado siempre del derecho de autor, en que resulta de aplicación la ley del lugar en que se solicita la protección (*lex loci protectionis*), planteándose entonces el problema, relevante desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de cuál será el ordenamiento aplicable a una transmisión de obras protegidas por derecho de autor de carácter transnacional, lo que será relevante para determinar, por ejemplo, si la obra está o no protegida (p. 104).

A partir del planteamiento del problema, se hace un repaso de las reglas que designan la ley aplicable en los principales instrumentos convencionales en materia de derechos de autor, singularmente del Convenio de Berna, para concluir su insuficiencia o no operatividad en el entorno digital (pp. 110-115). Se recogen a continuación las propuestas que doctrinalmente se formulan para resolver esta insuficiencia en la designación de la ley aplicable en este tipo de transmisiones: la elaboración de una suerte de Derecho especial de Internet o “Ciberderecho” que, entre otros problemas jurídicos específicos de Internet dé respuesta al de la ley aplicable; la intensificación de la actividad armonizadora de las normas estatales, pues en la práctica es inevitable la colisión de ordenamientos; y finalmente los partidarios de utilizar técnicas tradicionales de conflicto de leyes. Acogiendo esta última solución, se barajan las opciones básicas consistentes en la elección de la ley del lugar de puesta en línea de la obra (*uploading*), de la ley del país de descarga (*downloading*) o bien acudir a soluciones combinadas o eclécticas, poniendo el acento sobre los principales problemas a los que debe darse satisfacción (imposibilitar la aparición de los “paraísos piratas”,

defensa de los intereses de los usuarios legítimos, o de aplicación del derecho del país en mejores condiciones para impedir la infracción, entre otros). En este sentido, se recogen al final algunas propuestas del autor, haciéndose eco de la influencia que en esta materia tiene la Ley española sobre servicios de la sociedad de la información (pp. 133-140).

En cuanto al otro aspecto que “queda fuera” de las normas que se examinan en el estudio, el de los derechos morales, se indica como la protección de dichos derechos se ve particularmente amenazada por el alto grado de “interactividad” que presenta Internet (p. 142), con lo que es fácil entender el riesgo en que se encuentran derechos como el de divulgación de la obra, el derecho de paternidad o el derecho de integridad. En esta materia se sigue un método de Derecho comparado, examinándose las soluciones propuestas en distintos ordenamientos, para finalizar con el análisis de la normativa española correspondiente y una valoración de conjunto (pp. 143-169).

6. Se inicia el estudio de la parte más sustancial del trabajo, más vinculada al material normativo descrito, con la necesaria calificación jurídica de lo que, con terminología tecnológica, se ha llamado “transmisión digital” o “transmisión a la carta”, proponiéndose distinguirla de las actividades de radiodifusión tradicional, principalmente para determinar si dicha conducta puede encuadrarse en el conocido derecho de comunicación pública (pp. 171-175). Se examinan las dificultades existentes en los Tratados OMPI para la calificación de transmitir una obra en línea en la modalidad “a la carta”, siguiéndose en este punto también el método de Derecho comparado para examinar los diferentes derechos (reproducción, publicación, radiodifusión...) que pueden entrar en juego en este tipo de transmisiones (pp. 187-213). Es de destacar en este punto el intenso examen de la Directiva europea sobre los derechos de autor en la sociedad de la información, el proceso de su aprobación, y su relación con los Tratados OMPI (pp. 213-240). Se examina en última instancia cuál es la situación en el marco de la normativa española, y su encuadramiento dentro del concepto de comunicación pública (pp. 240-273).

7. Otro de los temas de mayor interés que en materia de derecho de autor despierta la llegada de Internet lo es sin duda el relativo a la extensión que deba dársele en este ámbito al derecho de reproducción, núcleo tradicional del derecho de autor. Así, se inicia la exposición identificando algunas conductas que inequívocamente constituyen actos de reproducción, como la digitalización de una obra analógica o la incorporación de una obra a una base de datos, para proseguir diferenciando distintos tipos de copias que entran en juego en el proceso tecnológico de la transmisión (reproducciones efímeras, copias caché, copias RAM, reproducciones temporales en sentido estricto), distinción que luego es relevante en cuanto al su régimen jurídico (si son, o no, actos de

reproducción). El método empleado para examinar la cuestión es de nuevo el de analizar el problema en los Tratados OMPI, en los Derechos nacionales (con abundante cita de jurisprudencia) y en la norma comunitaria para cada una de las modalidades de copia antes descritas, finalizando con la exposición a la luz de la normativa española (pp. 275-358).

Mención aparte merece el tratamiento bajo la óptica del derecho de reproducción del establecimiento de enlaces entre páginas web, pues puede estimarse que el proceso tecnológico que supone el enlace implica una reproducción, dependiendo del tipo de enlace. De este modo, se valoran sucesivamente, y siguiendo un método de Derecho Comparado, los enlaces normales, los enlaces ensamblados y los marcos (pp. 358-382). Se finaliza con una valoración de las posibles soluciones tecnológicas frente a prácticas de enlaces que supongan infracción del derecho de reproducción (pp. 382-383).

8. Una de las áreas en que se plantean más retos al derecho de autor con la llegada de las redes informáticas digitales es precisamente en el ámbito de las excepciones, donde se pone de manifiesto, como nos explica el autor como el conflicto de intereses se hace más patente (p. 385). Se recoge aquí el dato de que el propio ámbito de Internet favorece, mediante medidas tecnológicas o de contratación electrónica, la reducción de dichas excepciones previstas normativamente. La cuestión se estudia a partir de las previsiones de los Tratados OMPI, la doctrina del *fair use* en Estados Unidos y en países pertenecientes al ámbito del Derecho anglosajón, y la situación en el Derecho continental (pp. 390-420). En este examen se da un especial protagonismo a la regulación de la excepción de copia privada (pp. 404-408 y 415-420). El análisis de la regulación de la cuestión en la Directiva europea sobre derechos de autor en la sociedad de la información es más detallado, ocupándose de manera exhaustiva del listado del artículo 5 de la citada Directiva, llamando la atención sobre las excepciones más relevantes para el ámbito de Internet (copia privada digital; reproducciones en bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos; el derecho de cita en Internet; o la inclusión incidental de obras o prestaciones en otras obras, entre otros). Finalmente, y sobre la base de lo dicho, teniendo en cuenta principalmente las previsiones de la Directiva europea, se examina la cuestión de las excepciones al derecho de autor en el entorno en línea desde el prisma de la norma española, con especial atención a la regulación de la copia privada y la sujeción de determinados equipos "de reproducción" al derecho de remuneración (pp. 475-479).

9. Tras haber realizado un análisis de aspectos concretos del derecho de autor (derecho de comunicación pública, derecho de reproducción, excepciones a los derechos) que se ven sometidos a nuevos retos por el fenómeno de transmisión en línea, se propone el autor el examen de una "cuestión

horizontal", como es la relativa a las medidas tecnológicas para evitar infracciones de los derechos, y a las medidas de información para la gestión de dichos derechos. Tras poner de manifiesto como el ámbito de Internet constituye una oportunidad sin precedentes para que los titulares de derecho controlen el acceso a sus obras e identifiquen dichos accesos al objeto de percibir una remuneración por ellos, se dirige la atención a las medidas que efectivamente lo hacen posible, en la tradición de la célebre frase de Clark: "la respuesta a la máquina está en la máquina" ("*the answer to the machine is in the machine*").

Se hace así una enumeración de los tipos de medidas con arreglo a distintos criterios (medidas que entran en juego para prevenir la infracción y medidas que actúan una vez ha habido infracción de derechos, o medidas que controlan el acceso a la obra y medidas que impiden la posterior reproducción o comunicación al público). Se recogen aquí medidas tecnológicas muy extendidas, como el SCMS (*Serial Copyright Management System*), que impide que se realice más de una copia digital de un CD, o los llamados "programas araña", que permiten rastrear Internet a la búsqueda de sitios web que pongan obras a disposición del público sin abonar los correspondientes derechos de autor (pp. 504-509).

En cuanto a los "sistemas de información para la gestión de derechos" se parte de un esfuerzo en la definición, para distinguir tres conceptos, el de medidas tecnológicas, los sistemas para la gestión de derechos de autor, y la información para la gestión de derechos de autor, prestándose especial atención a los segundos en cuanto que presentan una serie de funciones comunes (pp. 511-514). Así, se enumeran a efectos ilustrativos algunos medios que entran en la definición propuesta (certificados digitales, filtros o cajas negras, o procedimientos de estenografía, entre otros), insistiendo en la distinción entre los sistemas para la gestión de los derechos de autor por un lado, y la información para la gestión de los derechos. Se pasa a continuación a dar cuenta de las principales cuestiones tratadas en la elaboración de los Tratados OMPI en punto a las medidas tecnológicas, relativos principalmente a la definición de las medidas tecnológicas y a las conductas de elusión de dichas medidas que sean sancionables (pp. 514-527). Sucesivamente se examina el tratamiento de la cuestión en la *Digital Millennium Copyright Act* americana de 1998, destacando como esta norma, por su protección a las medidas tecnológicas, está creando un verdadero "derecho de acceso a las obras" de forma indirecta, lo que supone una verdadera novedad (pp. 528-543). Después de examinar brevemente el tratamiento de la cuestión en otros países, como Japón y Australia (pp. 543-546), se hace un análisis más detenido de la Directiva europea sobre derechos de autor en la sociedad de la información, poniéndola en relación con la protección de medidas tecnológicas en la Directiva sobre acceso condicional (pp. 546-555). En este sentido, se hace un esfuerzo para identificar las distintas conductas de

elusión de las medidas tecnológicas (dispositivos de elusión, obtención fraudulenta de contraseñas), persiguiendo en todo caso determinar qué conductas de elusión pueden considerarse amparadas por las excepciones, al objeto de no crear un verdadero derecho de acceso a las obras (pp. 557-580). El examen de la Directiva sigue la estructura de la norma, ocupándose sucesivamente, de las conductas individuales de los usuarios y de las actividades preparatorias para la elusión de medidas tecnológicas (artículo 6 de la Directiva), y de la protección de la información para la gestión de derechos (artículo 7 de la Directiva).

Hecho el examen de las previsiones de la Directiva en sede de medidas tecnológicas y gestión de los derechos de autor, se afronta el modo en que debe adaptarse la norma española a las previsiones de la Directiva, valiéndose para ello de algunos ejemplos de incorporación de dicha Directiva en los ordenamientos holandés, belga o alemán (pp. 606-608). Se tratan, ya en el ámbito estrictamente español, el problema de las medidas que protegen obras licenciadas en línea y su relación con la normativa sobre condiciones generales de la contratación (pp. 608-609), deteniéndose en particular en el problema de la copia privada (pp. 610-611) y en el ámbito de las excepciones, así como en la cuestión de si la protección tecnológica debe contar con la autorización del titular de los derechos sobre la obra (p. 613). Se hace también referencia a la protección de los sistemas de seguimiento (*monitoring*) o gestión de derechos en nuestro Derecho poniendo de relieve la necesaria coordinación con la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (p. 615). Termina el análisis sobre la incorporación de la Directiva al ordenamiento español refiriéndose a la protección de la información para la gestión de derechos, pronunciándose sobre el tipo de protección que debe dispensarse (acumulación de protección civil y penal) y precisando algunos supuestos que merecen o no dicha protección (datos del usuario o enlaces que conducen a la información), así como en su caso la protección que por este título recibe la firma electrónica (la consideración de su eventual supresión como supresión de información para la gestión de derechos).

10. Desde un punto de vista estrictamente valorativo, es sin duda loable el esfuerzo realizado en el presente estudio, en cuanto que se afronta un tema que exige un conocimiento detallado del soporte tecnológico que permite la explotación de obras protegidas, y a la vez es necesario disponer de una sólida formación en derecho de autor "tradicional". En efecto, para atinar al identificar los rasgos decisivos para el derecho de autor que supone la nueva posibilidad de explotación de obras que representa Internet, se hace imprescindible conocer los derechos que amparan al autor y a otros sujetos respecto de las obras en el entorno "analógico". A modo de ejemplo, resultará igualmente necesario conocer el concepto de copia caché y distinguirlo de la

reproducción efímera, así como tener bien presente la excepción de copia privada y la naturaleza jurídica del derecho de remuneración.

En este sentido, es de agradecer el empeño a lo largo de toda la exposición en aportar definiciones y clarificaciones de los diversos fenómenos que se dan en el entorno en línea, y su puesta en relación con los conceptos clásicos del derecho de autor. Precisamente por ello, la obra puede funcionar a modo de referencia de consulta para problemas concretos, pues en la consideración de cada uno de los aspectos alcanza casi la exhaustividad. Así, puede decirse que en el tratamiento de temas, la mayor parte de las dudas en este terreno pueden encontrar respuesta (calificación de las conductas de puesta en línea, supuestos en los que se produce una reproducción de la obra, calificación de los enlaces a obras protegidas, juego de las excepciones del derecho de autor para la contratación en línea, posibilidades de protección de las páginas web, conductas de elusión de medidas tecnológicas...).

También ha de subrayarse el uso, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta el objeto del trabajo, de recursos de información situados en línea, principalmente en determinados sitios web de información jurídica, así como en cuanto a la información sobre las soluciones legislativas de determinados Estados más alejados de nuestro entorno (Japón, Australia o Canadá, a título de ejemplo).

El hilo de exposición de los problemas y de las propuestas que les dan respuesta no cae en el riesgo de perder de vista las normas vigentes, por lo que puede decirse que en la mayoría de los problemas planteados, se persigue siempre su encuadramiento en la norma que pueda dar respuestas, manejándose de manera preferente los llamados "Tratados Internet" de la OMPI, la Directiva europea sobre derechos de autor en la sociedad de la información y, por último, el Texto Refundido de la Ley sobre Propiedad Intelectual española. El análisis del contenido de la Directiva es particularmente exhaustivo en cuanto que se vuelca la atención en su procedimiento de elaboración hasta su versión final.

11. La virtud antes descrita, el apego al bloque normativo de aplicación a los problemas descritos, en ocasiones sin embargo tiene efectos negativos sobre la claridad expositiva. Así, cuando se produce una insistencia excesiva en la comparación de las diversas versiones en la elaboración de una norma, o cuando se hacen referencias cruzadas entre normas citando artículos concretos (en particular entre normas de la Directiva y normas españolas), el lector no especialista puede tener problemas para la comprensión de lo que el autor quiere decir.

Similar problema presenta a veces la utilización de conceptos previamente definidos en el texto para justificar una u otra opción en su regulación, sin recordar al lector los rasgos más relevantes de esas definiciones (en particular en lo tocante a diversos tipos de copias temporales), lo que en ocasiones hace difícil entender las opciones por las que se decanta el autor. Da la impresión a veces de que en la exposición el autor maneja con mucha destreza los conceptos, que a veces el lector no ha tenido tiempo de asimilar.

En el ámbito estrictamente de selección de temas, que como hemos dicho anteriormente es acertado en cuanto a su exhaustividad, puede echarse de menos sin embargo un enfoque más "didáctico" en algunos apartados, en cuanto a "lo que se puede y no se puede hacer", más accesible y útil para el no especialista en derechos de autor y que sin embargo es usuario de Internet. De esta manera, el potencial infractor de derechos que es el usuario, o el administrador de un sitio web, puede acercarse a conocer las consecuencias de sus conductas. Y estrictamente conectado con esta observación, quizá falte algo más de insistencia en algunas cuestiones de gran relevancia tanto para los titulares de derechos como para los usuarios que disfrutaban de las obras, como son la relativa al tratamiento de los programas que posibilitan compartir de manera "privada" archivos con contenidos (programas *peer to peer* como E-mule o Kazaa), o el problema del derecho de remuneración sobre dispositivos informáticos, redes o tecnología en general.

12. En definitiva, el mismo punto fuerte que constituye el interés del tema elegido, asociado a las profundas transformaciones que para la "industria del derecho de autor" exige la explotación de obras en línea, puede también jugar en su contra. Pues como hemos puesto de manifiesto, el tema es susceptible de interesar a un gran número de personas, no necesariamente familiarizadas con las categorías del derecho de autor tradicional y que quieren encontrar respuestas en el sentido antes señalado, de "lo que se puede y no se puede hacer". El dato de que se haya alcanzado una segunda edición apoya el grado de interés que despierta la materia, así como la dependencia del transcurso del tiempo y de las modificaciones normativas que puedan sucederse. Por esta razón existe un cierto riesgo, como en ocasiones advierte el propio autor, de "volatilidad" de lo que pueda decirse.

Pese a ello, el autor sabe explotar los aspectos potencialmente positivos de la elección del tema, sin rehuir los riesgos, y acierta en el propósito de identificar los principales problemas y apuntar soluciones, lo que hace del trabajo un excelente punto de partida para quien quiera aproximarse a los nuevos retos que para el derecho de autor plantea la transmisión y explotación de obras en Internet.

 Ricardo García López



Méndez de Vigo, Íñigo
El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea, 2005, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, Real Instituto Elcano, 366 páginas



A mitad de recorrido entre el ensayo político y la novela autobiográfica, en esta obra su autor pasa revista a los más importantes acontecimientos que en los últimos años ha vivido la Unión Europea. Con una prosa fácil y ligera, plagada de anécdotas sobre el funcionamiento de la diplomacia europea, Íñigo Méndez de Vigo comienza su ameno libro con lo que fue la redacción del Dictamen del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Ámsterdam y lo concluye con la adopción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Durante este viaje por los más recientes acontecimientos europeos, Íñigo Méndez es capaz de narrar en primera persona el devenir de la Unión Europea. Téngase en cuenta que, para ello, reúne en su persona la condición de haber sido uno de los dos autores del Dictamen del Parlamento Europeo al Tratado de Ámsterdam, primera de las reformas del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. En dicho Dictamen se bosquejó por primera vez el método "convención" como complemento del sistema de la Conferencia intergubernamental a la hora de reformar los tratados constitutivos. A ello se une el mérito de haber sido designado Presidente de la delegación del Parlamento Europeo en el órgano (*Presidium*) encargado de redactar durante casi un año la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ha sido también uno de los dos co-ponentes que prepararon y redactaron el Dictamen del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Niza, segunda de las reformas del Tratado de Maastricht. Formó también parte de la delegación del Parlamento Europeo que asistió al Consejo Europeo de Laeken, en donde se planteó la refundación de la Unión Europea sobre la base de sesenta y cuatro preguntas cuyas respuestas correspondía formular a la nueva Convención, anunciando que se iba "hacia una Constitución para los ciudadanos europeos". Fue igualmente el Presidente de la delegación del Parlamento Europeo (y, en consecuencia, miembro del *Presidium*) en la segunda Convención que redactó el Proyecto de Tratado por el que se instituye la Constitución Europea, culminando su labor al ser elegido como uno de los representantes del Parlamento Europeo en la Conferencia intergubernamental que finalmente aprobó el Tratado constitucional.

Tan excepcional y brillante recorrido curricular proporciona el hilo narrativo y la necesaria continuidad lógico-temporal de esta monografía, pues sólo dos personas han formado parte de los *Presidium* de ambas Convenciones. La condición de haber sido testigo de primera fila de tan importantes acontecimientos de la reciente y acelerada historia europea permite al lector su comprensión con evidente claridad y permite


igualmente contextualizar los principales problemas, con sus muy distintas facetas políticas, de los más recientes éxitos de la integración europea.

Desde la necesidad de un método más democrático, transparente y abierto para la reforma de los tratados, que superara al sistema tradicional de la conferencia intergubernamental de turno que tocó fondo con el Tratado de Ámsterdam, los problemas sobre la inserción o no de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los Tratados constitutivos, el origen del denominado procedimiento Lamfalussy, etc., y las implicaciones políticas que subyacen en los mismos, fluyen de manera natural a lo largo de esta monografía.

Cabe mencionar, en cualquier caso, que la mayor extensión de esta monografía se dedica a cómo se redactó la Constitución Europea. Desde su experiencia autobiográfica, Íñigo Méndez de Vigo nos va adentrando poco a poco en los distintos temas que se fueron discutiendo primero en la Convención y luego en la Conferencia intergubernamental. De esta forma, van apareciendo progresivamente lo que luego han sido las principales disposiciones de la Constitución Europea en materia de lucha contra el terrorismo, delimitación competencial, la articulación de la participación de los Parlamentos nacionales en la construcción europea a través del mecanismo de alerta temprana, la Presidencia permanente del Consejo, la designación del Presidente de la Comisión Europea, la ubicación sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Parte II de la Constitución, la figura del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea y la creación de un servicio diplomático europeo, la constitucionalización de la Política de Seguridad y Defensa Común, la introducción de los reglamentos de ejecución de la Comisión, la adopción de un mecanismo más flexible para la aprobación de los recursos propios, la gran extensión del procedimiento de co-decisión, la introducción de una cláusula pasarela que dote de mayor flexibilidad al sistema competencial, la iniciativa legislativa popular o el polémico sistema de doble mayoría para la adopción de decisiones por el Consejo, entre otros, temas cuya consagración en el texto constitucional se entienden mejor si se conocen los diferentes acuerdos políticos que los gestaron.

También desde una perspectiva distinta, esta monografía explica porqué una serie de propuestas que se predicaron con gran fuerza en la Convención, tales como un procedimiento más flexible de revisión constitucional o el establecimiento de una segunda cámara o congreso de los pueblos, no llegaron finalmente a cuajar en el texto constitucional europeo.

En definitiva, la monografía de Íñigo Méndez de Vigo ofrece una visión histórica contextualizada de la reciente historia europea, que facilita enormemente la comprensión de los acuerdos y desacuerdos consagrados en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

 Valentín Bou Franch
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia



Pedrol, X y Pisarello, G. (ed.),
***La ilusión constitucional. Una crítica del proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, ed. El Viejo Topo, 2004, 169 páginas**



Tras el Estado-nación y el concepto de soberanía, los europeos llevan cinco décadas experimentando con un nuevo modelo económico y político. La Unión Europea se ha convertido en instrumento fundamental y catalizador de un nuevo orden europeo. En los orígenes, los padres fundadores de la Unión Europea hicieron un derroche de imaginación sin precedentes. Idearon un gran mercado capaz de reconstruir Europa de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial. La genialidad de su planteamiento radicó en partir de un proyecto exclusivamente económico que se realizaría, poco a poco, según las necesidades, para, en un plazo indeterminado, culminar en una Europa política, social y solidaria. La disolución de la Unión Soviética a finales de los años ochenta puso punto final al mundo bipolar y cambiando radicalmente el *statu quo*. En lo político, este acontecimiento ha ido dando paso al unilateralismo norteamericano, alentado en parte por la asunción de posiciones neoliberales. En lo económico, el liberalismo capitalista se ha convertido en el único modelo viable, impulsado claramente por el motor incombustible de la globalización. Paralelamente, en el continente europeo: cayó el Muro de Berlín, Alemania fue unificada y, los países satélites de la Antigua Unión Soviética entraron en un proceso de modernización y democratización excepcional. Estos cambios sustanciales de las relaciones internacionales se han saldado con un intenso ritmo de reformas de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas: en 1992 se adoptó el Tratado Maastricht, en 1997 el Tratado de Ámsterdam, en el 2001 el Tratado de Niza y, más recientemente, en el 2004, ha sido adoptado un nuevo texto refundidor llamado "Tratado por el que se establece una constitución para Europa", actualmente en proceso de ratificación nacional. Simultáneamente, se produjo un considerable incremento del número de socios comunitarios: en 1995, ingresaron tres países del Norte, en el 2004, diez Estados del Centro y el Este europeo y, en puerta están nuevos países interesados en adherirse a la Unión. El nuevo contexto permite preguntarse si el planteamiento funcionalista inicial de Monnet, Schuman, Madariaga, etc. ha ido perdiendo poder de convicción o si sigue estando plenamente vigente.

Partiendo de estas premisas, varias personas ajenas al mundo académico han decidido reagrupar sus opiniones en un libro para analizar la última reforma de la Unión Europea: el proyecto de Constitución Europea tal y como fue preparado por la Convención que había creado el Consejo Europeo de Laeken en el 2001 y que fue presentado oficialmente al gran público en junio de 2003 en Tesalónica, aunque las modificaciones definitivas sólo se decidieron en junio del 2004. Los autores de esta obra pretenden contribuir al debate sobre el futuro y el destino de la nueva Europa sin pretender tomar partido a favor o en contra del Proyecto de Constitución preparado por la Convención. Según afirman en el preámbulo persiguen ante todo reflexionar sobre el modelo de la Europa que haría falta.


Sus trabajos subrayan especialmente las debilidades y las carencias más acusadas del proceso de construcción europea en su situación actual. Califican la "constitucionalización" como débil y asimétrica, por la fragilidad y precariedad de sus bases institucionales y jurídicas. Predican el carácter elitista y la excesiva burocratización y, muestran una preocupación especial por el distanciamiento de los impulsores de la vertebración europea del principal destinatario de este proceso de transformación: el ciudadano europeo. A tales efectos basta observar los resultados que han arrojado las urnas en los últimos años. Los habitantes y pueblos europeos están expresando un desinterés creciente y una apatía generalizada en las consultas que precedieron a las reformas de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, así como en las elecciones democráticas para la designación de sus representantes en el Parlamento Europeo.

Se observa en las opiniones de los autores de este opúsculo una insistente percepción del fenómeno comunitario anclado en la perspectiva constitucional, esto es, atendiendo especialmente a su configuración como si la Unión Europea fuese un Estado-nación. Con este planteamiento, podría pensarse que se desatiende u olvida que la excepcionalidad de la construcción europea pertenece al universo del Derecho Internacional y a de las Organizaciones Internacionales. De ahí que los autores de esta obra denuncien severamente la calidad democrática del proceso de elaboración del proyecto de Tratado constitucional, lo cual, en todo caso no llega a ser desatinado si se piensa en las aspiraciones políticas de la propia Unión Europea. Sin embargo, cabría preguntarse ¿de qué manera habría que incardinar la puesta en marcha de "un proceso constituyente" con tratados internacionales que gestionan y disciplinan el funcionamiento de una organización internacional que parten del consentimiento de los Estados? Indudablemente, la elaboración de un Tratado constitucional supone un salto cualitativo en la conformación política de la Organización, pero queda mucho camino por recorrer para culminar esta aspiración. Además, en ningún momento por ahora los impulsores de la Unión

Europea han manifestado su pretensión de constituir un Estado que sustituya a los Estados-nación existentes. Con acierto, en algún pasaje de esta obra, cuando se compara la experiencia convencional europea con las labores desarrolladas por la Convención de Filadelfia que determinó la adopción de la Constitución Americana a finales del siglo XVIII, se subraya la extraordinaria complejidad del proceso de construcción europea por ser la expresión de una realidad históricamente muy asentada, pero marcada por una diversidad social, cultural, lingüística, etc. excepcional.

La visión multidisciplinar del trabajo nos arroja una valoración visión crítica, a menudo idealista, sobre temas muy dispares. Se aborda entre otros aspectos: la preeminencia de los elementos económicos de la integración y sus debilidades (J. Cancio), la débil protección de los derechos sociales por parte del texto constitucional y se suscitan dudas sobre el futuro de las libertades civiles (A. Cantaro, Jorge Cancio, L. González), la desproporcionada preocupación de los convencionales por la defensa y la seguridad interior y exterior de la Unión (J. L. Gordillo, J. Asens y G. Ubasart), la falta de compromiso con las demandas de autogobierno y los reclamos lingüísticos (Jaime Pastor), el espinoso tema de la identidad europea y los límites geográficos y religiosos del proyecto político europeo (M. J. Aubert, J. A. Estevez), la timidez de la actuación comunitaria para abordar el problema de la inmigración (Marta Monclús y Jaime Pastor).

Por último, merece ser destacada la inclusión de propuestas sobre el futuro de la experiencia comunitaria. Aunque se comparten las bondades del proceso de integración, se apuesta por un futuro distinto: más Europa, pero otra Europa. En particular, se propugna la necesidad de abrir de verdad un proceso constituyente más democrático que involucre realmente a los diferentes sectores de la sociedad y se reclama una nueva sabiduría entre los artífices del proceso de construcción europea. Especialmente llamativo es el alegato de A. Cantaro con el que apela a "una revolución del imaginario colectivo que incluya la retórica de la dimensión social como parte del proceso constituyente". Aprovecha también para animar a una contrarrevolución que restituya a Europa el sentimiento de su propia originalidad y modernidad, lo cual exigiría una lectura desmitificada de nuestro pasado reciente y una renovada determinación de actualizar las exigencias de justicia y solidaridad, igualdad y participación. Dado que la originalidad de Europa ha residido en haber garantizado una protección social sin hacerlo a expensas de la libertad, se invita a la búsqueda de nuevas formas de equilibrio.

 *María Cervera Vallterra*
Profesora Ayudante de Universidad
Universidad de Valencia



Med. 2003. Anuario del Mediterráneo. Dirección, Andreu Claret y Josep Ribera. Barcelona, Instituto Europeo del Mediterráneo y Fundació CIDOB, 2004, 387 p.. ISBN: 84-393-6504-7



El Anuario del Mediterráneo es fruto de una iniciativa conjunta del Instituto Europeo del Mediterráneo (IEMed) y de la Fundació CIDOB de Barcelona que repasa los acontecimientos más destacados que han tenido lugar en el Mediterráneo entre los veranos de 2002 y de 2003.

Esta obra tiene como objetivo ofrecer las claves políticas, económicas, sociales y culturales de la agenda mediterránea y cuenta con la participación de más de ochenta autores internacionales, que presentan sus análisis desde una perspectiva diversa y plural y con una amplia selección de datos e informaciones complementarias que se traducen en más de 62 tablas, 44 gráficos, 24 mapas, 53 cuadros informativos y más de 200 enlaces web. La obra se presenta en tres ediciones: castellano, inglés y francés.

Tal y como indica Miguel Ángel Moratinos en la presentación la existencia de un proyecto euromediterráneo, definido en la Conferencia de Barcelona de 1995 ha contribuido a crear una cultura de cooperación de diálogo entre la Unión Europea y sus socios mediterráneos de la que son fruto el propio Instituto Europeo del Mediterráneo y el anuario que nos ocupa.

De partida resaltar la oportunidad que supone la aparición de una obra de estas características. En un país como el nuestro existe un gran déficit en el área del desarrollo de obras de consulta que permitan un acercamiento sencillo y resumido a temas concretos por parte de personas no especializadas en el área. Hojear un catálogo de obras de consulta -reference books- de cualquier editorial especializada perteneciente al ámbito anglosajón supone una cura de humildad para el mundo académico y debe de constituirse en un acicate para fomentar la aparición de obras de esta categoría.

El anuario aparece marcado por la Guerra de Irak y las estrategias internacionales que ha implicado incluido el alineamiento de España con las potencias invasoras. Por ello entre los temas señalados como clave tiene especial importancia las aportaciones de Javier Solana, Ian O. Lasser, Miguel Ángel Moratinos y, sobre todo, Gema Martín Muñoz sobre las perspectivas de las relaciones mediterráneas tras la ocupación de Irak. Otros temas tratados desde diferentes perspectivas son la ampliación de la Unión Europea y sus consecuencias para los países mediterráneos y las relaciones entre España y los países del Magreb.

El dossier se dedica de modo monográfico al preocupante estado de los medios de comunicación en los países árabes haciendo especial hincapié en los mecanismos financieros puestos en marcha por las instituciones comunitarias para el fomento de la actividad audiovisual en los países mediterráneos.

El balance del año en curso es analizado por especialistas de ambas riberas del Mediterráneo de modo exhaustivo. Se repasan en forma de colaboraciones cortas y bien documentadas -abundan las referencias a documentos clave- asuntos de máxima importancia como el estado del paternariado mediterráneo cuando nos acercamos al décimo aniversario de la Conferencia de Barcelona, el mercado de trabajo, las relaciones comerciales, el desarrollo sostenible, los transportes y el territorio y las relaciones entre las ciudades mediterráneas entre otros temas. La problemática planteada por las migraciones, la cooperación al desarrollo entre ambas orillas y el diálogo cultural forman los temas que configuran el apartado de sociedad y cultura que remata las casi 80 colaboraciones individuales que conforman el grueso del anuario.

El apartado final del anuario es el correspondiente a los anexos de la obra y es aquí en donde la obra nos ofrece las aportaciones más novedosas si tenemos en cuenta que artículos, comentarios y valoraciones podemos encontrarlos en otras publicaciones más tradicionales -revistas y libros- si bien la lectura continuada de las mismas nos ofrece una visión de conjunto del tema que nos ocupa. Los anexos, por su parte, nos ofrecen un cúmulo de cronologías, mapas, estadísticas y datos sin precedentes en la bibliografía en lengua española.

Las cronologías, por ejemplo, no son una herramienta que se ofrezca normalmente en la bibliografía académica tradicional en nuestro ámbito y se ofrecen aquí de manera profusa: a una cronología general del Mediterráneo durante el período objeto del anuario, le sigue una cronología específica del conflicto Israel-Palestina y la correspondiente al desarrollo del Proceso de Barcelona acompañada de las direcciones de Internet de los documentos citados. Quizás, al tratarse de la primera edición del anuario, se ha pecado de falta de ambición a la hora de reducir el alcance de las cronologías al período en cuestión. Una mayor amplitud temporal de las mismas hubiera mejorado enormemente su utilidad.

Las estadísticas agrupadas bajo el epígrafe el Mediterráneo en cifras vienen precedidas de magníficos trabajos de recopilación sobre los procesos electorales del área mediterránea, la cooperación de la Unión Europea y España con dichos países, la situación de los Acuerdos de Asociación Euromediterráneos y el estado actual de la firma de acuerdos y convenios internacionales por parte de los países situados a ambas orillas del Mediterráneo. Suponen estos datos aportaciones novedosas a la obra que elevan su interés

y ofrecen una fuente de datos de gran utilidad para la resolución de cuestiones concretas en bibliotecas y centros de documentación.

El Mediterráneo en cifras ofrece a lo largo de 25 páginas una visión de conjunto de las estadísticas de todos y cada uno de los países objeto del anuario. La diferencia existente entre la cantidad y calidad de los datos disponibles entre los países pertenecientes a la Unión Europea y los países del sur complican enormemente este apartado, por lo que cabe valorar positivamente el esfuerzo realizado por sus autores a la hora de ofrecer al lector una serie uniforme de datos que sirvan para ilustrar las diferencias existentes entre ambas orillas. Es de desear que iniciativas derivadas de la puesta en marcha del Proceso de Barcelona como el programa de cooperación en el ámbito de la estadística MEDSTAT produzca sus resultados a medio plazo y sirva para ampliar y mejorar los datos existentes en sucesivas ediciones del anuario.

El apartado final dedicado a los mapas resulta especialmente útil para ilustrar las diferencias existentes en la actualidad entre ambas orillas. En concreto los mapas referidos a la evolución de la fecundidad y la educación femenina (página 364) ofrecen un retrato claro y fiel sobre la problemática actual y futura de las relaciones entre los países de ambas orillas del mediterráneo y ponen el punto final a una publicación excepcional en el panorama actual de la edición académica en nuestro país.

Una sola objeción final, a la hora de redactar este comentario -mayo del 2005- continua sin aparecer la edición correspondiente al 2004 lo que ofrece algunos nubarrones sobre el futuro de esta iniciativa. En la dirección de Internet <http://www.medyearbook.com> se ofrece un avance de los contenidos del anuario incluyendo el texto completo de una serie de artículos, así como de ciertas tablas estadísticas y mapas. Una posible edición electrónica de esta obra abarataría convenientemente los costes de producción y permitiría quizás el mantenimiento de una periodicidad adecuada. Esperemos que la iniciativa se consolide y podamos disfrutar durante años de ediciones sucesivas del Anuario del Mediterráneo.

 *Alfonso Moreira*
Centre Documentació Europea
Universitat de València



Arpio Santacruz, J. L.,
***Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000.**



1. Destaca el presente trabajo por el modo de presentar la información sobre las normas que regulan las ayudas públicas dentro del bloque normativo del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Y ello porque la totalidad del trabajo se puede comprender al servicio de la construcción progresiva del concepto de ayuda pública relevante para la defensa de la competencia. Y decimos construcción progresiva del concepto, porque la exposición nos lleva, de acuerdo a un criterio lógico, de lo más general a lo más particular, a definir progresivamente lo que son “ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, punto de llegada de la progresión en la definición descrita, coincidente con el tenor literal del artículo 87.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Y es que en la definición que va construyéndose al hilo del desarrollo del estudio se tiene muy en cuenta el tenor del bloque normativo que sobre ayudas públicas y defensa de la competencia se inserta en el Tratado (artículos 87 a 89), distinguiendo perfectamente aquellas exigencias para la definición del concepto derivadas de las normas del Tratado, de aquellas otras precisiones contenidas en desarrollos normativos de menor rango, que tienen su origen en el Consejo o en la Comisión. Lógicamente, en la interpretación de las normas y su especificación se tiene muy en cuenta la actividad del organismo encargado de la vigilancia de su cumplimiento, la Comisión de la Comunidad Europea; así como de la actividad de control jurisdiccional sobre esta última del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que también colabora, a través de la cuestión prejudicial (ex artículo 234 del Tratado) en la actividad de interpretación que los tribunales nacionales tienen que hacer de las normas. De esta manera, no son pocas las ocasiones en las que el autor “da la palabra” a estas instituciones, en lo que aparece como una especie de “diálogo” entre ambas instituciones que, según señala en el texto, justifica la influencia recíproca entre una y otra en sus respectivos procesos de decisión (p. 54).

2. Así pues, al hilo de esta lógica interna que va perfilando el concepto que se persigue, el esquema del desarrollo resulta claro, y así se expone en la nota preliminar que antecede al estudio (pp. 29 y 30).

3. En un primer capítulo se sitúa a las normas relativas a las ayudas de Estado dentro del contexto en el que se incluyen en el Tratado, esto es, bajo la rúbrica de “Normas sobre competencia”. Así, se recuerda la vinculación entre un régimen que garantiza la competencia con la misión de la Comunidad Europea y

el establecimiento de un mercado común, así como la discusión sobre el sentido que tiene la inclusión en el Tratado del establecimiento de este sistema, y los objetivos que debe perseguir, junto a su vinculación a la creciente esfera de políticas comunitarias en otros ámbitos (materia social, medioambiental, salud pública y de protección del consumidor...). Una vez trazado este panorama, se pone de manifiesto el grado en que las ayudas de Estado interfieren con la pretensión descrita en el Tratado por un régimen de competencia, indicando aquellos elementos en que se hace más patente dicha interferencia (pp. 38-40). Verificada esa relación de interferencia, se describe el mecanismo trazado para la defensa del régimen de competencia en los artículos 87 a 89 del Tratado: su inserción en el bloque normativo sobre defensa de la competencia, beneficiarios, declaración de incompatibilidad, la cabida de la regla "*de minimis*" o la interpretación más flexible que las reglas sobre libre circulación de mercancías, y en particular el diseño procedimental del sistema. Aquí se hace hincapié en los medios de defensa que se ponen en manos de distintos sujetos (empresas competidoras principalmente) para recurrir ante ayudas de Estado infractoras directamente ante la Comisión, ante el Tribunal de Justicia o ante los Tribunales nacionales, así como la posibilidad de recursos por responsabilidad extra-contractual contra la propia Comisión o contra el Estado que incumple por el quebranto patrimonial causado (pp. 43-45). A todo ello se añade la consecuencia de la violación de las normas de procedimiento previstas en el artículo 88 del Tratado y que permiten a la Comisión ejercer una vigilancia de las conductas estatales en esta materia: la obligación de reembolso de la ayuda a la autoridad otorgante, lo que, se nos explica, está muy relacionado con la pretensión del sistema, no de sancionar al Estado que incumple el procedimiento o al empresario beneficiario, sino de restablecer la competencia en que ha interferido la ayuda en cuestión. Se hacen a este respecto algunas consideraciones en punto al grado de diligencia que le es exigible al empresario para comprobar que el procedimiento de notificación de ayudas del artículo 88 del Tratado ha sido respetado.

4. Dando inicio al proceso de definición que caracteriza la totalidad del estudio, en el capítulo segundo se nos advierte sobre la dificultad de formular el concepto de ayuda pública, por la multitud de medidas públicas que pueden ser comprendidas por el concepto, la ausencia de definiciones en los Tratados o la falta de acuerdo entre las propias instituciones. Sin embargo se nos explica la necesidad de llegar a delimitar la noción de ayuda de Estado por motivos de orden constitucional, de defensa de la competencia y de los intereses de competidores y terceros. Se nos da a continuación noticia de los intentos de delimitación de la noción, en abstracto, tanto de la Comisión Europea como del Tribunal de Justicia, para detenerse con más detalle en las aportaciones doctrinales (pp. 57-59). Finalmente, se retienen tres elementos que debieran integrar el concepto de ayuda de Estado: el beneficio o ventaja económica que la ayuda supone para quien la recibe, el

papel activo que desempeñan las autoridades públicas otorgando o financiando la ayuda y el beneficiario de la ayuda (una empresa o conjunto de empresas). Se dejan pues fuera de la delimitación de la noción el efecto de la medida estatal sobre la competencia y el objetivo o finalidad de la medida estatal, vinculando principalmente esta opción a las consecuencias que tendría la inclusión de estos elementos en el ámbito de aplicación del procedimiento de vigilancia por parte de la Comisión de las ayudas de Estado según el artículo 88 del Tratado (pp. 60-61).

5. De manera coherente con la opción respecto de los elementos que integran la noción de ayuda de Estado, se dedica el capítulo 3 a precisar en qué consiste el elemento del beneficio económico, deteniéndose en el criterio de la recepción de un valor económico que el mercado no le habría aportado, dando cuenta de la utilización histórica del citado criterio por la Comisión así como de su aplicación a medidas estatales concretas. Se recoge también la crítica que desde los Estados miembros se ha formulado hacia el criterio del mercado en una de sus manifestaciones más típicas: el principio del inversor privado (pp. 80-81). Se dedica un espacio también a los criterios para la determinación de la cuantía del beneficio económico una vez se ha establecido que éste existe, dada la relevancia que dicha cuantía puede tener en cuanto a los efectos de distorsión sobre la competencia, la posibilidad de beneficiarse de una excepción, o en cuanto a la obligación de reembolso. Partiendo de las dos posibilidades básicas de cálculo de la cuantía: beneficio percibido por el destinatario o coste de la medida para el Estado, se hace una remisión a los criterios contenidos en diversas normas de distinta naturaleza, en las que la Comisión divide las medidas clasificables como ayudas de Estados en cuatro grupos, estableciendo un método de cálculo de la cuantía para cada uno de esos grupos de medidas (ayudas que se transfieren íntegramente al beneficiario, participación de las autoridades públicas en el capital de las compañías, préstamos con baja tasa de interés o pagos diferidos de impuestos, y garantías expresadas nominalmente). Tras exponer los métodos de cálculo que se aplican en cada uno de esos grupos de ayudas, se toma la opción de que, en cualquier caso, el criterio válido es el que atiende al beneficio obtenido por la empresa receptora, con independencia del coste que la medida supone para el Estado (pp. 86-87). Todavía en lo relativo al beneficio, se señala que éste puede adoptar cualquier forma, siendo irrelevante dicha forma a la hora de localizar su presencia, y por lo tanto calificar una medida como ayuda de Estado, con independencia también de la forma jurídica de la medida por la que se otorgue el beneficio (medida legislativa, reglamentaria o administrativa, o práctica administrativa). Tampoco es decisivo que el beneficio sea completamente gratuito, puesto que también existe en supuestos en que el receptor de la ayuda realiza una contraprestación (préstamos acordados por el Estado a bajo interés o dotaciones de autoridades públicas a favor de empresas que prestan un servicio público).

Adoptando otra perspectiva, la negativa, se recogen algunos ejemplos de medidas que “no” implican un beneficio y que, por lo tanto no constituyen ayudas de Estado, como son la restitución de sumas percibidas por las autoridades públicas en infracción del Derecho Comunitario o las indemnizaciones por los daños causados por la Administración Pública, a salvo de algunas precisiones en cuanto a la posibilidad de repercutir en otros sujetos la primera y a la cuantía de las segundas.

6. En cuanto al segundo elemento que se ha identificado como integrante de la noción de ayuda de Estado, la participación de las autoridades públicas en la adopción de la medida o en su financiación, se identifican en primer lugar los interrogantes principales a la luz del tenor del artículo 87.1 del Tratado: qué se entiende por “Estado.”, por “fondos estatales”, y si deben concurrir ambos cumulativamente (medida estatal, con cargo además a fondos estatales). Se nos informa de que, doctrinalmente existen divergencias entre quienes ponen el acento en la naturaleza pública del sujeto que otorga la ayuda y quienes se fijan por el contrario en el carácter público de los recursos utilizados para financiarla (p. 93).

En punto a la noción de “Estado” parece deberse ceñirse en términos institucionales a los órganos o instituciones estatales que son titulares de los poderes legislativo y ejecutivo, no dependiendo la noción de la organización territorial interna de cada Estado, con lo que se comprenden las administraciones públicas de cualquier nivel territorial. Esta postura es la adoptada de antiguo por la Comisión, refrendada por el Consejo y el Tribunal de Justicia. Pero además, otras instituciones, órganos o personas pueden reconducirse a la noción de “Estado” según su actividad pueda ser imputada, directa o indirectamente, al Estado. Este es el caso de los beneficios que conceden instituciones u organismos públicos capacitados para realizar funciones típicas del Estado y que además actúan bajo cierta supervisión estatal, como es el caso de los bancos centrales o de los organismos nacionales de la Seguridad Social. También estaremos ante una actuación estatal cuando los beneficios se concedan a través de personas u organismos bajo el control del Estado, asunto vinculado al de las empresas públicas, por virtud de la influencia dominante que sobre ellas ejerce el Estado, ya sea por virtud de su propiedad, su participación financiera o las normas que las regulan. Se ilustra este supuesto con algunas decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia pp. 96-98).

El otro término sobre el que se pone el acento en este segundo elemento de la ayuda de Estado, la noción de “fondos estatales”, desde el punto de vista positivo se adopta, siguiendo la interpretación de la Comisión y del Tribunal de Justicia, una noción amplia, comprensiva de la financiación a través de recurso del Estado central o de unidades descentralizadas, así como las cantidades obtenidas en virtud de la potestad tributaria

de los Estados miembros, incluso si no pasan a engrosar los presupuestos generales de los mismos. Resulta también irrelevante que la ayuda se financie por una institución cuyos ingresos procedan de fondos privados, por ejemplo en el supuesto de exacciones parafiscales sobre los beneficiarios de la ayuda. Desde el punto de vista negativo, se expone el dato de que no podrán constituir ayudas estatales los beneficios que son financiados mediante fondos comunitarios, indicando sin embargo que cuando los Estados asignan fondos comunitarios podrán estar sometidos a la normativa sobre ayudas de Estado si disponen de cierta discreción para dicha asignación, no siendo de aplicación esta normativa si las normas comunitarias establecen condiciones precisas para la asignación (nos hallaremos ante una infracción del Derecho comunitario).

Por último se examina el problema relativo a si estos dos componentes (intervención del Estado y financiación con fondos estatales) deben intervenir de forma cumulativa, basta con que concurra alguno de ellos, o bien debe haber alguno de ellos que esté presente en todo caso. El principal problema, se explica, será el planteado por aquellas medidas en las que el Estado decide la concesión de un beneficio económico sin implicar sus propios recursos para su financiación. Así, se hace un repaso a la opinión que estima que será de aplicación el artículo 87 del Tratado a toda ayuda decidida por el Estado, con independencia de su financiación, así como a toda ayuda con cargo a los fondos estatales, recurriendo principalmente a las opiniones de los Abogados Generales en una serie de asuntos (p. 102). Otra opinión es la de quienes defienden que en todo caso la ayuda de Estado implica una carga financiera para el Estado, representada también por la opinión de algún Abogado General (p. 103). Existe también una posición ecléctica, que en el caso de ayudas no financiadas por fondos estatales distingue entre la transferencia directa de recursos por un lado y la reducción de costes o ahorro para el beneficiario, siendo que sólo las primeras serán consideradas ayudas de Estado (pp. 103-104). Al hilo de la exposición de diversas decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia en punto a esta materia, se pone de manifiesto una cierta confusión en punto a la necesidad o no de que intervengan fondos estatales para considerar que existe una ayuda de Estado. Además, se explica la postura crítica con la exigencia de que los fondos que financian la ayuda sean estatales, y que en definitiva esconde la existencia de diferencias importantes sobre la legitimidad de las autoridades públicas para intervenir en la economía (p. 114). Finalmente, se señala la preferencia por el criterio de que los fondos sean estatales en todo caso por parte del Tribunal de Justicia también en aras de la seguridad jurídica, para evitar la ampliación desmedida del concepto. En compensación por esta preferencia, nos indica el autor, el Tribunal de Justicia ha dado una amplia interpretación de la expresión “fondos estatales”. Asimismo, se excluyen por esta misma preferencia por el criterio de que los fondos

sean estatales los llamados subsidios normativos (*regulatory subsidies*), que promueven un objetivo de política económica procurando una ventaja a ciertas personas (pp. 115-116).

7. El tercer elemento de los seleccionados como integrantes de la noción de ayuda de Estado es el relativo al beneficiario de la ayuda. En este terreno se plantean dos interrogantes principales, qué quiere decirse en el artículo 87 cuando se refiere a aquellas medidas cuyos beneficiarios sean “empresas o producciones”, y qué quiere decirse en ese mismo artículo cuando se señala que las ayudas deben favorecer a “determinadas empresas o producciones”. Estas dos cuestiones se agrupan bajo los epígrafes de “concepto de empresa” y de “el requisito de la selectividad”.

En punto a la determinación del concepto de empresa, se nos advierte de la inexistencia de una definición en el Tratado, por las dificultades en su formulación, por lo que se opta en la exposición por referirse a algunos elementos que se han mostrado en la práctica de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: manejo de un concepto de empresa esencialmente económico, irrelevancia de la forma jurídica adoptada o de peculiaridades en la titularidad de la empresa, concepto funcional de empresa frente al Estado, o irrelevancia de la personalidad jurídico-pública o jurídico-privada del empresario, irrelevancia del ánimo de lucro, o amplitud del concepto de actividad económica (comprensivo tanto de las actividades de producción como de las de mediación de bienes o servicios). Se hacen a su vez algunas salvedades en cuanto a empresas sometidas a normas especiales sobre ayudas de Estado (transporte, agricultura, energía atómica, carbón y acero) y a las entidades que no constituyen empresa en el sentido del artículo 87 (personas dedicadas a labores del hogar, universidades e institutos e investigación, organismos encargados de la gestión de los servicios de seguridad social, entidades que realizan actividades típicas del Estado...).

Después de esta reflexión sobre los datos a tener en cuenta en el concepto de “empresa”, se recoge la crítica que se formula al concepto de empresa basado en la distinción entre funciones del Estado y actividad económica empresarial, señalando la vaguedad de esta distinción y los problemas surgidos como consecuencia de la Directiva de la Comisión sobre transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas. En último extremo, la Comisión ha defendido su noción “funcional” de empresa para separarla del Estado, con independencia de la personalidad jurídica del receptor de la ayuda o su sumisión al derecho público o privado (pp. 128-132).

Con carácter previo al análisis del problema de la “selectividad” de la ayuda, se hace una advertencia todavía en el ámbito del beneficiario, al notar algunos

supuestos en los que el receptor directo de la ayuda no coincide con el sujeto beneficiario, que lo es de forma indirecta (por ejemplo, en el caso de ayudas a entidades bancarias para la financiación de empresas en dificultades), señalándose que se consideran ayudas de Estado aquellas en las que el beneficio se concede directamente a un sujeto “no empresa” pero que terminan beneficiando en último término a una empresa (pp. 132-133).

Por lo que se refiere al criterio de “selectividad”, en esencia supone que el beneficio que se concede favorece a determinadas empresas. Debe distinguirse así entre medidas específicas y generales, considerando únicamente a las primeras dentro del concepto de ayuda de Estado, y ello de acuerdo tanto con fundamentos jurídicos como económicos. En cuanto al criterio o parámetro que sirve para valorar la selectividad (si la medida es específica o general), nos advierte el autor sobre la dificultad en su determinación, puesto que la selectividad en última instancia siempre es una cuestión de grado, aportándose algunos ejemplos de las decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia (pp. 136-138). Mención especial merece la distinción entre la selectividad *de jure* (la medida es formalmente de aplicación a empresas específicas) y la selectividad *de facto* (la medida es formalmente de aplicación general, pero en la práctica sólo beneficia a determinadas empresas). Para ilustración de la aplicación del parámetro de selectividad, se distingue entre diferentes tipos de ayudas de Estado para observar como opera en cada una de ellas el criterio de selectividad, de acuerdo con las decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia: ayudas al empleo, ayudas a la inversión, medidas fiscales, infraestructuras, o ayudas a la exportación (pp. 139-144). Se recogen por último algunas críticas formuladas respecto del criterio de selectividad, no tanto de carácter abstracto, en cuanto que se acepta la necesidad de su presencia, sino en lo relativo al principio que lo inspira y a la aplicación práctica que se ha hecho del mismo. Al hilo de esta crítica, se contempla el problema de la selectividad en los supuestos de medidas adoptadas por las entidades territoriales en Estados descentralizados (pp. 148-151).

8. Siguiendo la estructura descrita en el artículo 87 del Tratado, y habiendo ya analizado los tres elementos que el autor estima integran la noción de ayuda de Estado, corresponde ahora ocuparse de los elementos que se “dejaron fuera” de la noción y que integran un cierto “plus” determinante de la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, o bien su compatibilidad según la finalidad u objetivo de la ayuda en cuestión. En lo tocante a los elementos determinantes de la incompatibilidad de las ayudas, se definen por referencia a las que el autor llama “condiciones de incompatibilidad”: la distorsión de la competencia y la afección al comercio entre los Estados miembros.

Se resalta también que entre estas dos condiciones de incompatibilidad existe una estrecha relación, de manera que en ocasiones es difícil separarlo, y de hecho la Comisión y el Tribunal de Justicia las han examinado de forma unitaria (p. 154).

El principal problema a la hora de determinar la distorsión a la competencia reside en la amplitud con que se conciba la exigencia de la distorsión, desde una postura que considera las ayudas casi *per se* como causantes de una distorsión en la competencia, representada por la Comisión, hasta una posición más cauta, preferida por el Tribunal de Justicia. Se contempla además brevemente el análisis que debe llevarse a cabo para valorar los efectos sobre la competencia, indicando algunos criterios empleados en asuntos concretos (situación del mercado relevante, posición de la empresa beneficiaria en ese mercado, situación de competencia en cuanto a los precios, volumen de las importaciones en el mercado...). La segunda "condición de incompatibilidad" con el mercado común, la afección al comercio entre los Estados miembros, ha de valorarse desde un punto de vista potencial, en los mismos términos que las normas de competencia relativas a conducta de empresas (artículos 81 y 82 del Tratado), y además juega un papel relevante en la delimitación de las ayudas sometidas al Derecho comunitario y las que permanecen bajo la jurisdicción de los Estados miembros (pp. 163-165). Ya en el ámbito de la delimitación material de la condición de "afectar al comercio entre los Estados miembros", se recoge la discusión que de este concepto se ha mantenido en el ámbito de las normas *antitrust*, para evaluar luego la forma en que esta discusión se proyecta en el ámbito del artículo 87.

Se recoge también una reflexión en punto a cuáles son los intereses objeto de protección con la definición de las condiciones de incompatibilidad, recogiendo algunos supuestos que permiten ir más allá de la protección del interés de los competidores: medidas en mercados con escasa competencia que suponen barreras de entrada, créditos a la exportación, ayudas a empresas situadas fuera de las fronteras comunitarias..., circunstancia que ha motivado conflictos con los Estados miembros, que contestaban en muchos casos la influencia de sus ayudas en la competencia (en particular aquellas ayudas que pretenden compensar a determinados sectores que soportan costes superiores a los existentes en otros Estados miembros). En el ámbito de las condiciones de incompatibilidad, juega un papel especial la hipótesis de aplicar una cláusula *de minimis* en el ámbito de las ayudas de Estado. Esta cláusula, de habitual utilización en el ámbito de las normas de aplicación a las conductas de las empresas, supone la no consideración, a efectos de incompatibilidad, de aquellas ayudas con limitados efectos sobre la competencia y el comercio entre los Estados miembros (p. 178). La hipotética aplicación de una cláusula *de minimis* afecta sobre todo a las ayudas a favor de pequeñas y medianas empresas y a las

concedidas en virtud de programas gestionados por autoridades regionales y locales. Se hace un repaso de la evolución de la postura de la Comisión en cuanto a la aplicación de una cláusula de *minimis*, desde su oposición hasta su aceptación paulatina en 1992 y 1996 con ocasión de las directrices sobre ayudas a favor de las pequeñas y medianas empresas, hasta su regularización más reciente (pp. 178-181). El autor manifiesta su postura favorable a la adopción de la cláusula *de minimis* también en materia de ayudas de Estado, principalmente por permitir a la Comisión una gestión más eficiente del mecanismo de control, así como a los Estados la promoción de políticas económicas sin sujetarse a las disciplinas de los artículos 87 y siguientes (principalmente a las unidades territoriales del Estado). Se acoge aquí también la simplificación del procedimiento de notificación de las llamadas "ayudas de importancia menor", ya desde 1984, cuya razón de ser es muy cercana a la aceptación de la cláusula *de minimis* antes vista (pp. 185-186).

9. En los capítulos 7 y 8 se recoge, según la previsión del artículo 87, el otro elemento que, aunque no integra la noción de ayuda de Estado como hemos visto, influye en la compatibilidad o no con el mercado común: el objeto o finalidad de la ayuda. Así, y distinguiendo entre dichas finalidades, algunas ayudas se consideran como compatibles con el mercado común por el propio Tratado en el artículo 87.2 (ayudas compatibles "*de iure*" con el mercado común), mientras que otras ayudas podrán ser declaradas compatibles por la Comisión según el artículo 87.3, gozando de un margen de apreciación.

Por lo que toca a las ayudas compatibles *de iure*, se analizan las tres posibilidades del artículo 87.2: ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional, y las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania. A este respecto, se destaca el carácter no discriminatorio que han de tener las ayudas concedidas a consumidores individuales, la importancia del transcurso del tiempo en cuanto a las ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales, y el requisito estricto de la afectación por la división de Alemania respecto al tercer tipo de ayudas (pp. 188-190).

La materia conflictiva de las ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común, se expone en primer lugar desde la perspectiva del margen de discrecionalidad del que pueda gozar la Comunidad en la aplicación de las excepciones del artículo 87.3. Así, al hilo de diversos asuntos relativos a normativas comunitarias impugnadas por sus efectos restrictivos en la competencia, se exponen las pautas a seguir para determinar el bien común que se pretende promover, así como los límites que deben respetar las instituciones comunitarias al adoptar medidas de promoción del

interés común (pp. 192-202). A partir de esta jurisprudencia, se evalúa su posible utilidad para el margen de apreciación a la hora de aplicar el artículo 87.3. Se valora en concreto el juego del “interés común” en los diferentes tipos de ayuda previstos en el artículo 87.3 (pp. 202-209). Con carácter general, para todas las excepciones recogidas en el artículo 87.3, se detallan los principios de aplicación a la derogación del régimen de competencia no falseada que suponen las excepciones: valoración de las ayudas en el contexto comunitario, el principio de justificación compensatoria, el principio de no discriminación, y el interés común (pp. 209-244).

10. Dentro todavía del ámbito de las excepciones a la regla general del artículo 87.1 contenidas en el artículo 87.3 del Tratado, se recogen en el capítulo 9 una serie de aspectos muy relevantes en el procedimiento de aplicación de dichas excepciones. En particular, se discute la titularidad del poder para autorizar ayudas según el artículo 87.3, en ausencia de la actuación del Consejo para la adopción de normas de desarrollo de los artículos 87 y 88 hasta la adopción del Reglamento 994/98/CE, de 7 de mayo de 1998. Entretanto, la Comisión ha venido actuando a través de distintos instrumentos (comunicaciones, códigos, encuadramientos, directrices y cartas a los Estados miembros), mereciendo especial atención la práctica de desarrollar el artículo 87.3 a través de comunicaciones y los problemas que ello plantea (pp. 247-262). Se hace por último un examen del importante Reglamento 994/98/CE del Consejo (pp. 262-270), en cuanto que permite y regula la adopción por parte de la Comisión de Reglamentos de exención por categorías, con los beneficios que ello comporta (mayor seguridad jurídica, rapidez y eficacia para las ayudas de Estado que cumplan con los Reglamentos de exención, además de una mayor asociación de los tribunales nacionales en el control de las ayudas de Estado).

11. Una vez establecidos los principios, de carácter material y formal que acompañan la posible autorización de ayudas con determinados objetivos, se pasa a analizar precisamente cada uno de estos objetivos en el capítulo 10. De este modo, siguiendo el orden de las letras a), b), c), d) y e) del artículo 87.3 se exponen los elementos más relevantes de cada una de las ayudas calificadas según sus objetivos. Se examinan así cuestiones concretas, como son el carácter regional o no de las ayudas, las regiones susceptibles de beneficiarse de la excepción, concepto de “proyecto” o de “interés común europeo” para ciertas ayudas de la letra b), condiciones que deben cumplir las ayudas sectoriales, las directrices de aplicación para las ayudas horizontales, el problema del carácter discriminatorio de las ayudas a la industria cinematográfica, o la posibilidad, recogida en la letra e), de que el Consejo cree sobre propuesta de la Comisión nuevas excepciones nuevas excepciones para otras categorías de ayudas (pp. 271-301).

12. Si por algo merece una valoración positiva el presente trabajo, es sin duda por la coherencia interna de la exposición, pues existe en todo momento un encadenamiento de ideas en el discurso, dirigido principalmente a aportar una definición del concepto de ayuda pública desde el punto de vista del Derecho europeo de defensa de la competencia. De esta manera, y con este propósito, la progresión en los temas es perfectamente lógica: se va de lo más general (qué es una ayuda de Estado) a lo más particular (régimen de excepciones para su autorización), estando dirigido toda la exposición a esa progresión en las ideas. Por esa misma razón es un trabajo que se presta en su lectura a la consulta de lo ya leído (“vuelta atrás”) para recordar conceptos, pues siempre resulta fácil al lector saber en qué punto del discurso se encuentra.

13. Es de agradecer el esfuerzo que se hace en la exposición por permanecer siempre vinculado por el contenido de las normas del Tratado, lo que permite a la vez, perfilar el concepto de ayuda de Estado en las normas sobre competencia, y ofrecer interpretaciones sobre el tenor de las normas. En este sentido, debe subrayarse el interés del autor en dejar bien claro qué tipo de normas regulan cada cuestión (si es el Tratado, o alguna norma de desarrollo, o una práctica administrativa de la Comisión), para otorgar a cada idea el “rango” que le corresponde por derivar de una u otra norma. Es muy útil en este sentido la perspectiva histórica que se adopta en algunas partes, pues permite comprender algunas ideas a partir de su evolución.

14. La utilización de la exposición de casos resulta muy ilustrativa, pues recrea de algún modo el “diálogo” que se entabla en las instituciones responsables del sistema, principalmente la Comisión y el Tribunal de Justicia. Quizá en alguna parte sería deseable evitar las referencias a asuntos expuestos previamente sin hacer una breve referencia para recordar al lector cuál era la esencia de la decisión anterior, pues ello dificulta el progreso en la lectura.

15. A modo de conclusión, debe valorarse muy positivamente el trabajo realizado, pues consigue presentar los aspectos más relevantes de esta importante cuestión, que son las ayudas de Estado desde la perspectiva del Derecho comunitario de defensa de la competencia, dentro de un discurso muy coherente en su estructura lógica. Puede decirse que cuenta con la virtud – nada desdeñable hoy en día – de cumplir tanto con las expectativas del experto en la materia como permitir al simplemente interesado un acercamiento riguroso al tema objeto de análisis.

 Ricardo García López



Cuadernos de Integración Europea

Normas de publicación

1. Los artículos enviados a *Cuadernos de integración Europea* para su evaluación y posible publicación, deberán estar redactados en un lenguaje sencillo, no excesivamente teórico. En especial se recomienda limitar el número de citas en aquellos casos pertenecientes al área del Derecho y no hacer uso excesivo de formalizaciones matemáticas para los colaboradores provenientes del ámbito de la Economía.
2. *Cuadernos de integración Europea* es una publicación trimestral de carácter monográfico. Los temas de cada año se publicarán en la página web de la revista por lo que puede resultar útil a los colaboradores la consulta de los temas futuros con anterioridad al envío de originales.
3. La extensión máxima del trabajo será de 25 hojas DIN A4, incluidos gráficos, cuadros y bibliografía. El espaciado será simple y el tipo de letra Times cuerpo 12. Las páginas irán numeradas correlativamente y se enviarán en soporte informático a la dirección indicada. Se aconseja acompañar el envío por correo electrónico de una copia del artículo vía correo ordinario para poder consultar dicho original en caso de duda.
4. En la primera página se hará constar el nombre y dos apellidos, dirección, teléfono, fax y dirección de correo electrónico, así como la filiación institucional del autor y la forma en que desea que aparezca.
5. Todos los artículos deberán de incluir un resumen del contenido que no excederá de 10 líneas en el que se reflejen los elementos más importantes tratados en él. Se acompañarán de varias palabras clave que faciliten su clasificación y posterior recuperación en través de la base de datos de *Cuadernos de integración Europea* que se podrá consultar en el sitio web indicado.
6. Todos los gráficos y cuadros irán numerados correlativamente y contendrán un título suficientemente explícito y, en su caso, las fuentes de los datos mostrados. Los gráficos deberán de tener la suficiente calidad técnica para ser reproducidos de modo directo. A lo largo del texto deberá de indicarse el lugar exacto en que han de ir insertados.

7. Al final del texto aparecerá la lista de referencias bibliográficas, numeradas correlativamente y con el siguiente formato:

Libros: RAMÓN CHORNET, C. (2005), (Coord.), *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 219 págs.

Artículos SOLANA MADARIAGA, J. (2002), "La Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue opérationnelle", *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, 457, 2002.

se incluirán únicamente las referencias utilizadas en la elaboración del trabajo.

8. Los anexos se insertarán tras la bibliografía. Deberán de llevar un título y una breve explicación del contenido.

9. A *Cuadernos de integración Europea* le gustaría identificarse con la opinión de sus colaboradores, lamentablemente no siempre es posible.

10. Los artículos deberán dirigirse, salvo que se indique expresamente lo contrario, a Alfonso Moreira, Centre de Documentació Europea, Biblioteca de Ciències Socials, Campus de Tarongers, 46071 Valencia o de manera directa al correo electrónico: cde@uv.es.

10. *Cuadernos de integración Europea* retiene los derechos de reproducción de los artículos editados, aunque tiene como práctica habitual autorizar su reproducción siempre que se cite la publicación y se cuente con el permiso explícito del autor. La autorización deberá solicitarse por escrito a la Redacción de *Cuadernos de integración Europea*.

11. Los artículos publicados en *Cuadernos de integración Europea* se distribuirán gratuitamente en su página web en la modalidad de licencia Creative Commons. Esto implica que la gratuidad del acceso conlleva el reconocimiento y la cita del autor original y no se permite su uso con fines comerciales. Más información sobre esta licencia en la dirección web:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/es/legalcode.es>

