

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

por PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO OBJETIVO DE LA UNIÓN EUROPEA
- II. LA UNIÓN EUROPEA COMO MODELO DE ARTICULACIÓN DEL ESPACIO EUROPEO
- III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA UE: SUPERANDO LOS DEBATES DOCTRINALES
 1. **La personalidad jurídica implícita de la UE**
 2. **La práctica que confirma la personalidad jurídica de la UE**
 3. **La consagración de la personalidad (casi) única de la UE**
- IV. CUESTIONES DE DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES
 1. **Un supuesto de sucesión de organizaciones internacionales: de las viejas UE/CE a la nueva UE**
 2. **El estatuto de los Estados miembros**
 3. **El sistema de gobierno de la UE**
 - A) EL NUEVO MODO DE ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA
 - B) MÉTODO COMUNITARIO VS. MÉTODO INTERGUBERNAMENTAL
- V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO
 1. **El contenido de la Carta a la luz de otros textos internacionales sobre derechos humanos**

2. **La adhesión de la UE al Convenio europeo de derechos humanos**
 3. **Allanando el camino: el Protocolo 14 al CEDH**
 4. **Las cuestiones técnicas y jurídicas planteadas por la adhesión**
 5. **Un ensayo de proyección del CEDH sobre el derecho comunitario**
- VI. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA A LA LUZ DEL DERECHO DE LOS TRATADOS
1. **La elaboración de la Constitución Europea: ¿el fin del método tradicional?**
 2. **Los aspectos formales de la Constitución: una Constitución fragmentada**
 3. **El valor interpretativo de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales**
 4. **La Parte IV de la Constitución Europea: el Tratado desenmascarado**
 - A) LA «DEROGACIÓN» DE LOS TRATADOS ANTERIORES
 - B) LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: LA INEVITABLE UNANIMIDAD
 - C) LAS POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA FALTA DE UNANIMIDAD EN LA RATIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL
 - D) LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA
- VII. LA UNIÓN EUROPEA, ACTOR INTERNACIONAL
1. **Aspectos institucionales**
 2. **La celebración de acuerdos internacionales por la UE**
 3. **El derecho de legación y la representación exterior de la UE**
 4. **La participación de la UE en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales**
- VIII. UNA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES DE SISTEMAS: EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA
- IX. CONSIDERACIONES FINALES

Tras los resultados negativos de los *referenda* francés y holandés y el período de reflexión abierto con posterioridad¹, cuyo resultado final es en la actualidad incierto, quizá la motivación para el estudio científico de la Constitución Europea no es tan alta como hasta hace unos meses y es posible que quienes lo hacemos tengamos un poco la impresión de estar dedicándonos, sin haberlo querido, al estudio de la Historia del Derecho Europeo. No obstante, este texto sigue siendo válido como modelo de análisis sobre la vertebración jurídico-política de la construcción europea y como tal sigue siendo útil. En efecto, la Constitución ha intentado abordar los elementos esenciales que han de conformar la UE, proponiendo soluciones que se pueden compartir o no pero que en todo caso proporcionan elementos para la reflexión.

Este curso trata de estudiar el texto desde el ángulo del derecho internacional público. No hace falta emplear muchas palabras para justificar la elección de esta dimensión: las Comunidades Europeas han sido desde su comienzo un fenómeno de derecho internacional con una base convencional, los Tratados Constitutivos, y su evolución se ha venido haciendo también con la misma base convencional². Es cierto que la Constitución pretende dar un paso más pero es indiscutible que lo hace mediante el instrumento del tratado internacional y ahí está la Parte IV para demostrarlo. A partir de ahí, se puede debatir si *además* es o no una Constitución, debate en el que ya se ha expresado múltiples opiniones y en el que no vamos a en-

¹ Mediante la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Consejo Europeo de los días 16 y 17 de junio de 2005), doc. SN 117/05.

² Como recuerdan M. Díez de Velasco Vallejo y J.M. Sobrino Heredia, «Les Organisations Internationales d'Intégration... sont des sujets internationaux... Comme toute organisation internationale, ils doivent leur existence à des normes juridiques internationales (un traité constitutif et des traités internationaux qui les ont postérieurement élargies, modifiés et révisés) et leur activité se développe, en grande mesure, à l'intérieur de l'ordre juridique international» («Les relations entre le Droit international et le Droit des organisations internationales d'intégration», *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, p. 503).

trar aquí. Así pues, el objetivo es señalar y analizar los principales aspectos de la Constitución Europea vinculados al derecho internacional. Como veremos, en el texto se plantean cuestiones relacionadas con distintos sectores de este ordenamiento: la subjetividad internacional de la UE, el derecho de las organizaciones internacionales, la protección de los derechos humanos, el derecho de los tratados o las relaciones de sistemas. Además de estas dimensiones específicas, en la Constitución Europea el derecho internacional informa las premisas generales sobre las que se asienta la UE, consolidándose dentro de lo que podríamos llamar la «ideología» de esta organización.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO OBJETIVO DE LA UE

La Constitución Europea enriquece las referencias al Derecho internacional contenidas en los Tratados constitutivos, convirtiendo el respeto de éste en uno de los objetivos de la Unión. Según el art. I-3, en sus relaciones con el resto del mundo la Unión contribuirá «al estricto respeto y al desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Como ha señalado F. Aldecoa,

Por tanto, los principios de la acción exterior europea se consagran en el nivel constitucional, y no sólo eso, sino que en uno de los artículos nucleares, cimiento sobre el que se asienta toda la Constitución. Esta formulación... responde a una concepción global de la actuación exterior no únicamente centrada en la consecución de los intereses europeos, sino que refleja, en gran medida, una «ética», una política exterior basada en valores³.

Refiriéndose específicamente a la política común de seguridad y defensa, el art. I-41.1 contempla el desarrollo de 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».

Paralelamente, en el Título consagrado a la acción exterior de la Unión, el art. III-292.1 vuelve a reiterar entre sus principios inspiradores «el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional» mientras que su apartado 2 incluye entre los objetivos varios vinculados con este ordenamiento:

- b) consolidar... los derechos humanos y los principios del Derecho internacional;
- c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones

³ «Génesis y desarrollo de la política de defensa en el proceso constituyente», *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, (C. Ramón Chornet coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 20).

Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París...

- h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial.

Como ha dicho F. Esteve,

El compromiso con el multilateralismo exige asumir plenamente las actuales obligaciones internacionales, en las que el sistema de las Naciones Unidas es el núcleo duro del sistema multilateral. La opción por el multilateralismo refleja su compromiso por preservar y potenciar la legalidad internacional y su importancia se acrecienta en períodos en los que otras potencias mundiales optan claramente por priorizar las soluciones unilaterales o bilaterales en lugar de reforzar las soluciones multilaterales⁴.

Además, el art. III-321.2 dispone que las acciones de ayuda humanitaria se llevarán a cabo conforme a los principios del Derecho internacional. Por todas estas vías, la UE proclama su voluntad de ajustar su comportamiento en el plano de las relaciones internacionales a este ordenamiento.

II. LA UNIÓN EUROPEA COMO MODELO DE ARTICULACIÓN DEL ESPACIO EUROPEO

El Tratado establece una «Constitución para Europa», lo que tomado literalmente desborda los límites de la UE. En este sentido, cuando la Secretaría de la CIG elaboró sus Observaciones de redacción y jurídicas sobre el Proyecto de la Convención⁵ llamó la atención sobre este extremo, señalando:

Dado que no todos los Estados de Europa son miembros de la Unión, la utilización del término «Europa» hace pensar que la Unión actúa más allá de sus fronteras «en nombre de» esos otros Estados de Europa⁶.

De esta forma, la Constitución se presenta como un hito importante en la configuración del espacio europeo, tarea emprendida en la década de los 90 para acoger a los Estados hasta entonces pertenecientes al sistema socialista así como a los surgidos de la disolución de la URSS y la desintegración de Yugoslavia y orientada tanto hacia su integración en las organizaciones internacionales del entorno europeo previamente existentes (Consejo de Europa, OTAN, UEO, OCDE) como hacia su participación en estructuras y organizaciones de nueva planta, surgidas en muchas ocasiones como cauce para favorecer su inserción en el sistema político y

⁴ «Las competencias externas de la Unión Europea: ¿hacia una política exterior común?», *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional. ¿Mejora o maquillaje?*, (F. Esteve y M. Pi eds.), Fundació Cidob, Barcelona, 2005, p. 55. La Comisión ha hecho propuestas en la misma dirección: véase la Comunicación *La Unión Europea y las Naciones Unidas: la opción del multilateralismo*, 19 septiembre 2003, (COM (2003) 526 final).

⁵ CIG 4/03, de 6 octubre 2002.

⁶ CIG 4/03, p. 29.

económico internacional, ya sean entes de participación tanto de Estados occidentales como del centro y este de Europa (Iniciativa Centro Europea, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, Consejo de Estados del Mar Báltico, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho), ya sean entes de participación exclusiva para estos últimos (Zona Báltica de Libre Comercio, Zona Centro Europea de Libre Comercio etc.).

Pues bien, dentro de este proceso aún no terminado, la Constitución Europea pone de relieve la voluntad de la UE de reorganizar en torno a ella todo el espacio político europeo y lo hace no sólo con su propia denominación, ya apuntada, sino también mediante el Título VIII de su Parte I, denominado «De la Unión y su entorno próximo», constituido exclusivamente por el art. I-57, según cuyo apartado 1 «La Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un espacio de prosperidad y buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación».

La disposición pone de relieve la intención de la Unión de desarrollar una política de vecindad pero el problema estriba en que no se define quiénes son esos «países vecinos», lo que hace que la categoría sea fluida y variable. Una Comunicación elaborada por la Comisión en 2003⁷ se refiere a los vecinos como aquellos que «actualmente no tienen perspectivas de adherirse a la UE» y considera como tales a Moldova, Belarús y Ucrania, a los que hay que añadir a Rusia, con la que la UE ha ido construyendo un marco específico de relación.

En definitiva, el hecho de que la Constitución se postule para Europa, y que no se circunscriba estrictamente a la Unión Europea, la organización internacional que el Tratado constitucional «refund», pone de relieve que los miembros de la Unión sostienen que el modelo de la UE es el único que debería articular el espacio europeo. Para ellos hay la «Europa de la Unión Europea» y la «otra Europa». Esta «otra Europa», si quiere compartir el verdadero ideario europeo, debería «europeizarse», es decir, o integrarse en la UE o mantener con ella unas relaciones especiales.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA UE: SUPERANDO LOS DEBATES DOCTRINALES

1. La personalidad jurídica implícita de la UE

Es sabido que el TUE hecho en Maastricht no atribuyó personalidad jurídica a la UE y tampoco lo hizo el Tratado de Ámsterdam pese a las propuestas presentadas en el seno de la CIG 1996⁸, aunque incorporó los artículos 24 y 38 TUE que

⁷ *Una Europa más amplia. Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, COM (2003) 104 final, de 11 de marzo de 2003.

⁸ Propuesta de la Presidencia irlandesa «Dotar a la Unión de personalidad jurídica», doc. CONF 2500/96, conforme a la cual la personalidad de la UE coexistiría con las de las Comunidades Europeas; Propuesta de la Presidencia neerlandesa, doc. CONF 2500/96 ADD 1 CAB, según la cual la personalidad jurídica de la UE sería única.

posibilitan la celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de la PESC y de la CPJP; el Tratado de Niza se limitó a introducir alguna modificación en el tenor de estas disposiciones. La complejidad del art. 24 TUE impidió que se pudiera afirmar con total rotundidad el reconocimiento de capacidad para celebrar tratados por parte de la UE y por tanto el disfrute por ésta de uno de los elementos básicos de la personalidad jurídica internacional. En efecto, para algunos, esta disposición confiere implícitamente personalidad jurídica a la Unión al reconocer su capacidad para celebrar acuerdos internacionales, invocándose a favor de esta interpretación el hecho de que se indique que la competencia para autorizar la apertura de negociaciones y la celebración de cualquier acuerdo incumbe al Consejo y no a los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo; para otros, esta disposición se limita a establecer un procedimiento simplificado, permitiendo que se utilice la maquinaria institucional del Tratado para las negociaciones y la celebración, en nombre de los Estados miembros, de acuerdos internacionales en los que ellos, y no la Unión, serán partes, de forma que ésta vendría a actuar como mandataria de los Estados⁹.

Esta situación propició un debate doctrinal en el que se han venido manteniendo posiciones diversas sobre la personalidad jurídica de la UE. J.V. Louis las ha sintetizado de manera útil: de un lado, destaca la postura radical de A. Von Bogdandy afirmando la fusión de la UE con las Comunidades Europeas para formar una sola entidad jurídica, lo que supone olvidar el art. 47 TUE que preserva la existencia de los Tratados constitutivos; de otro, autores como D. Vignes han negado absolutamente la personalidad jurídica de la UE; en una posición intermedia, J. Rideau se ha referido a la personalidad jurídica internacional «embrionaria» o «emergente» de la UE¹⁰. En este contexto, los internacionalistas que se han aproximado a la cuestión lo han hecho teniendo presente el Dictamen de la CIJ en el asunto de la *reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de 1949. Esta es por ejemplo la posición de J. Klabbbers, quien ha propuesto hablar de la «personalidad presunta»¹¹. Este enfoque le permite desdramatizar la cuestión, señalando que:

practically convenient though a determination of personality may be, it is not, as such, a normative concept... the courts simply presumed the organization concerned to be an international legal person. With this in mind, perhaps those responsible for reviewing the... Treaty would be well advised not to waste too much time

⁹ Este resumen de las posiciones doctrinales se encuentra en el doc. CONV 73/02, de 31 de mayo de 2002, p. 4.

¹⁰ «La personnalité juridique internationale de la Communauté et de l'Union Européenne», *Commentaire J. Megret. Le droit de la CE et de l'Union Européenne. Vol. 12 Relations Exterieures*, (J-V Louis, M. Dony dirs.), 2ª ed., Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 54-55. Una síntesis de las posiciones doctrinales puede encontrarse también en B. de Witte, «La estructura en pilares y la naturaleza de la Unión Europea: ¿templo griego o catedral gótica francesa?», *RVAP*, núm. 53, 1999, pp. 17-19.

¹¹ «Presumptive Personality: The European Union in International Law», *International Law Aspects of the European Union*, (M. Koskeniemi ed.), Nijhoff, La Haya, Boston, Londres, 1998, pp. 231-253.

and energy on the question whether or not to endow the Union with international legal personality¹².

Con una orientación similar, N. Fernández Sola afirma:

Retomando las palabras de la Corte Internacional de Justicia, en ausencia de una mención expresa acerca de la personalidad jurídica de una Organización, ésta es una cuestión de hecho, de práctica subsiguiente de los Estados creadores, que depende de las necesidades de la comunidad internacional. La forma en la que se aplique ese artículo 24 TUE, determinará en nuestra opinión, no si la UE tiene o no personalidad internacional... sino el contenido real de la misma¹³.

2. La práctica que confirma la personalidad jurídica de la UE

Pues bien, precisamente el análisis de la práctica permitió a J.-C. Piris, Jurisconsulto del Consejo, afirmar en su intervención ante el Grupo de Trabajo III de la Convención Europea, en su sesión de 26 de junio de 2002, que «dix années après sa création, l'Union Européenne est d'ores et déjà un acteur reconnu dans les relations internationales»¹⁴. Para demostrarlo, citó varios elementos. En primer lugar, desde la perspectiva del derecho internacional y en particular de los criterios establecidos en el Dictamen citado, consideró que se puede estimar que la UE dispone ya de numerosos elementos constitutivos de una organización internacional con personalidad jurídica: ha sido instituida mediante un tratado por los Estados miembros, es distinta de ellos, tiene objetivos propios y medios de acción, tiene instituciones que pueden adoptar actos con alcance jurídico, en ocasiones por mayoría cualificada, que los Estados miembros tienen la obligación de respetar, los Estados miembros no deben actuar de manera contraria a los intereses de la UE, la UE es representada en el exterior por la Presidencia del Consejo etc. En segundo lugar, la UE actúa de manera distinta a sus Estados miembros, en particular mediante sus declaraciones en materia de política exterior y por sus representantes especiales, entre los que destaca el Alto Representante para la PESC. En tercer lugar, el TUE confiere a la Unión cierta capacidad para celebrar tratados mediante los arts. 24 y 38 TUE, que ya ha ejercido en algunos casos celebrando acuerdos que se concluyen en nombre de la UE. En cuarto lugar, la Unión ha instituido Agencias a las que ha conferido personalidad jurídica. En quinto lugar, la UE es reconocida *de facto* por terceros Estados y organizaciones internacionales, con los que mantiene relaciones. Por último, la responsabilidad internacional de la UE ha sido ya invocada y aunque todavía no ha sido proclamada en ningún caso, en el futuro puede serlo¹⁵.

De todos los elementos traídos a colación por J.-C. Piris, el relativo a la celebración de acuerdos internacionales por la UE ha alcanzado ya en el momento pre-

¹² *Ibid.*, p. 253.

¹³ «La subjetividad internacional de la Unión Europea», *RDCE*, vol. 11, 2002, p. 109.

¹⁴ Convención Europea, WG III-WD 3, p. 3.

¹⁵ Estos argumentos se desarrollan en el doc. citado en el apartado anterior, pp. 3-5.

sente un desarrollo importante pues son ya casi 50 los concluidos, frente a los 10 que Piris citaba en junio de 2002¹⁶. En la actualidad, la UE ha celebrado acuerdos con 23 Estados¹⁷ y una organización internacional¹⁸, de los que la mayoría se vinculan al ámbito de la PESC y sólo unos pocos al pilar de la CPJP. Un análisis de estos textos refuerza la opinión favorable a la personalidad jurídica de la UE porque en ellos aparecen rasgos relevantes desde el punto de vista del derecho internacional. Así, la UE aparece calificada formalmente siempre como parte y los acuerdos más recientes incluyen una cláusula de arreglo de controversias conforme a la cual:

los litigios relativos a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo serán resueltos por cauces diplomáticos entre las Partes¹⁹.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷ Ex República Yugoslava de Macedonia, República Federativa de Yugoslavia, República Eslovaca, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Rumanía, Polonia, Bulgaria, Bosnia Herzegovina, Turquía, Albania, Georgia, Rusia, Noruega, Islandia, Chipre, Estados Unidos, Suiza, Hungría, Marruecos, Líbano.

¹⁸ La OTAN.

¹⁹ Art. 8 del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Noruega relativo a la participación del Reino de Noruega en la Misión de Policía de la Unión Europea en la Antigua República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»). El mismo tipo de cláusula aparece en los siguientes acuerdos: art. 15 del Acuerdo entre la UE y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto y las actividades de la Misión de Policía de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»); art. 8 del Acuerdo entre la UE y la Confederación Suiza relativo a la participación de la Confederación Suiza en la Misión de Policía de la UE en la Antigua República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»); art. 8 del Acuerdo entre la UE y la República de Turquía relativo a la participación de la Confederación Suiza en la Misión de Policía de la UE en la Antigua República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»); relativo a la participación de la República de Turquía en la Misión de Policía de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»); art. 8 del Acuerdo entre la UE y Ucrania relativo a la participación de Ucrania en la Misión de Policía de la UE en la Antigua República Yugoslava de Macedonia (EUPOL «Proxima»); art. 8 del Acuerdo entre la UE y la República de Albania sobre la participación de la República de Albania en la operación militar de gestión de crisis de la UE en Bosnia y Herzegovina (operación Althea); art. 8 del Acuerdo entre la UE y el Reino de Marruecos sobre la participación del Reino de Marruecos en la operación militar de gestión de crisis de la UE en Bosnia y Herzegovina (operación Althea); art. 7 del Acuerdo entre la UE y la República de Chipre sobre la participación de la República de Chipre en la Fuerza dirigida por la UE (FUE) en la República Democrática del Congo; art. 14 del Acuerdo entre la UE y Georgia sobre el estatuto y las actividades de la Misión de la Unión Europea en pro del estado de derecho en Georgia, EUJUST THEMIS; art. 15 del Acuerdo entre la UE y el Reino de Noruega por el que se crea un marco para la participación del Reino de Noruega en las operaciones de gestión de crisis de la UE; art. 15 del Acuerdo entre la UE y la República de Islandia por el que se crea un marco para la participación de la República de Islandia en las operaciones de gestión de crisis de la UE; art. 15 del Acuerdo entre la UE y Rumanía por el que se crea un marco para la participación de Rumanía en las operaciones de gestión de crisis de la UE; art. 15 del Acuerdo entre la UE y la República de Bulgaria por el que se crea un marco para la participación de la República de Bulgaria en las operaciones de gestión de crisis de la UE. Por su parte, el art 8 del Acuerdo entre la UE y la Confederación Suiza para la participación de la Confederación Suiza en la operación militar de gestión de crisis de la UE en Bosnia y Herzegovina (operación ALTHEA) es aún más claro porque habla de que «las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo serán resueltas por cauces diplomáticos entre las Partes».

En la misma dirección pero con una redacción distinta se orienta la cláusula según la cual:

Cualquier diferencia que surja... sobre la interpretación o aplicación del presente Acuerdo se resolverá mediante negociación entre las Partes²⁰.

De esta forma, esta práctica convencional pone de relieve el reconocimiento a la UE no sólo de una capacidad para participar en la formación de las normas internacionales sino también en los procesos de aplicación de las mismas, a través de los mecanismos tradicionales del Derecho internacional, reforzándose así el cumplimiento de los requisitos de la subjetividad internacional.

3. La consagración de la personalidad jurídica (casi)única de la Unión

Seguramente porque la práctica ha ido disipando las dudas iniciales, la pregunta que la Declaración de Laeken formuló respecto a la cuestión que nos ocupa contenía ya una aceptación implícita de la existencia de personalidad jurídica de la UE, porque planteaba: «¿Cuáles serían las consecuencias de un reconocimiento explícito de la personalidad jurídica de la UE?», añadiendo: ¿»Y las de la fusión de la personalidad jurídica de la Unión y de la Comunidad Europea?». Encauzado el tema de esta forma, los trabajos en el seno del Grupo Personalidad Jurídica se orientaron constantemente hacia una respuesta afirmativa al reconocimiento explícito y a la fusión de las personalidades jurídicas. Ello permitió que el Informe Final del Grupo se pronunciara de la siguiente manera:

8. El Grupo ha decidido por amplio consenso (con el voto en contra de un miembro) recomendar el reconocimiento explícito de la personalidad jurídica de la Unión. Se ha constatado que la situación actual es ambigua por varias razones y que puede perjudicar la afirmación de la identidad de la Unión en el ámbito internacional así como la seguridad jurídica, indispensables ambas en las relaciones internacionales con terceros Estados y con organizaciones internacionales.

9. El Grupo ha examinado las dos opciones posibles al respecto: o bien que la Unión tuviera una personalidad jurídica yuxtapuesta a las de la Comunidad y de EURATOM, o bien que se atribuyera explícitamente a la Unión una personalidad jurídica única que sustituyera las existentes.

10. En el Grupo (con la oposición de un miembro) se puso de manifiesto un amplio consenso a favor de esta última opción, por considerarse que la atribución a la Unión de una personalidad jurídica que se añadiera a las que existen no contribuiría suficientemente a la clarificación y simplificación necesarias en las relaciones exteriores de la Unión... Con una personalidad jurídica única, el suje-

²⁰ Art. 16 del Acuerdo entre la Antigua República Yugoslava de Macedonia y la UE sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada; art. 16 del Acuerdo entre el Reino de Noruega y la UE sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada.

to de Derecho internacional será la Unión, que sustituirá a la Comunidad a este efecto²¹.

El Informe se ocupa luego de esbozar las consecuencias de la atribución de la personalidad jurídica única y al hacerlo empaña la precisión técnica con la que había comenzado a abordar la cuestión, porque señala:

De esta manera, se convierte en sujeto de derecho internacional —junto a los Estados miembros y sin perjudicar el propio carácter de sujetos de derecho internacional de éstos—. Con ello, la Unión podrá servirse del conjunto de medios de acción internacional (derecho de celebración de tratados, derecho de legación, derecho de presentar una reclamación o de ejercer una acción ante un órgano jurisdiccional internacional, derecho de adherirse a una organización internacional o a un convenio internacional, p. ej. el CEDH, derecho de acogerse a inmunidades) y asumir su propia responsabilidad internacional²².

siendo así que, como ya hemos visto, se trata de capacidades de las que en alguna medida ya disfruta en la actualidad, por lo que lo correcto hubiera sido indicar que la personalidad jurídica única vendría a ampliar tales capacidades, no a atribuir las *ex novo*.

La propuesta del Grupo de Trabajo fue acogida por la Convención, lo que se plasmó en el art. 6 de su Proyecto, donde se afirmaba que «La Unión tendrá personalidad jurídica». El art. I-7 de la Constitución Europea proclama que «La Unión tiene personalidad jurídica».

Sin embargo, la decisión de última hora tomada por la Convención de mantener la vigencia del Tratado constitutivo de la CEEA, materializada en el Protocolo 36 anexo a la Constitución Europea, ha menoscabado el objetivo previsto de fusión de las personalidades jurídicas. Con todo, el Grupo de Trabajo había entrevisto esta posibilidad pues en su Informe Final advertía que «La mayoría del Grupo estima que la personalidad jurídica de la Unión sustituiría a la de la Comunidad y a la del EURATOM, si bien algunos miembros consideran que no sería absolutamente indispensable incluir a EURATOM, dada la naturaleza específica de este tratado»²³. Como ha puesto de relieve E. de Poncins,

L'éventuelle fusion des personnalités juridiques entre Euratom et l'Union fut le seul point de substance abordé par la Convention. Après l'avoir envisagée au motif de la simplification juridique, le Praesidium y a renoncé, plusieurs Conventionnels, notamment M. Fischer, doutant du bien-fondé de cette proposition. Les détracteurs d'Euratom considèrent qu'il sera plus aisé de le modifier ou de l'abroger si sa personnalité juridique reste distincte de celle de l'Union²⁴.

²¹ CONV 305/02, de 1 de octubre de 2002, p. 3. En un sentido similar se había pronunciado el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la personalidad jurídica de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2002

²² *Ibid.*, p. 6.

²³ *Ibid.*, p. 3 nota 2.

²⁴ *Vers une Constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitutionnel établi par la Convention européenne*, Éditions 10/18, París, 2003, p. 518.

IV. CUESTIONES DE DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La UE creada por la Constitución Europea es una organización internacional singular. Si bien esta afirmación se podía predicar ya de las Comunidades Europeas, dadas sus características de organizaciones supranacionales con competencias de atribución, sistema institucional dotado de poderes importantes y ordenamiento jurídico autónomo, en la nueva UE se refuerzan estos rasgos distintivos *sui generis*. Sin ir más lejos, porque el texto consagra expresamente la doble legitimidad sobre la que reposa la organización, al referirse en el art. I-1 a «la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa», mientras que las organizaciones internacionales tradicionales descansan exclusivamente sobre la base estatal, como instrumentos que son de la cooperación internacional.

Desde la perspectiva del derecho de las organizaciones internacionales, la Constitución Europea presenta varios aspectos destacables. Nos centraremos en 4: sucesión de organizaciones internacionales, estatuto de los miembros, sistema institucional y reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

1. Un supuesto de sucesión de organizaciones internacionales: de las viejas UE/CE a la nueva UE

La Constitución lleva a cabo una auténtica refundación del actual proceso de integración europea mediante la creación en su art. I-1.1 de una nueva entidad jurídica que sigue teniendo la misma denominación que la actual. Esta decisión da lugar a un supuesto de sucesión de organizaciones internacionales que se regula en el art. IV-438, conforme a cuyo apartado 1 «La Unión Europea creada por el presente Tratado sucede a la Unión Europea constituida por el Tratado de la Unión Europea y a la Comunidad Europea», mientras que como ya hemos visto la CEEA permanece²⁵. Este fenómeno es una consecuencia de la fusión de las personalidades jurídicas; en este sentido, el Informe Final del Grupo Personalidad Jurídica ya advertía de que se precisarían algunas modificaciones de carácter técnico, añadiendo:

en caso de una personalidad jurídica única de la Unión, habría que precisar que la Unión sustituye y sucede a la CE (y, llegado el caso a Euratom) y que en consecuencia hace suyas todas las obligaciones internacionales asumidas por estas dos organizaciones²⁶.

Los apartados siguientes del artículo citado se ocupan de asegurar la continuidad jurídica de las instituciones, los actos de las instituciones y demás elementos

²⁵ La categoría de sucesión realizada es la que P.R. Myers denomina «fusión de organizaciones internacionales», figura que se caracteriza por: «First of all, the organizations being combined have different functions and capacities but operate in fields that are closely related. Secondly, the two or more organizations being merged are dissolved and replaced by a single new body which incorporates elements from each of the predecessor institutions » (*Succession between International Organizations*, Kegan Paul International, Londres y Nueva York, 1993, p. 28).

²⁶ CONV 305/02, *cit.*, p. 14.

del acervo comunitario, la jurisprudencia y los procedimientos administrativos y jurisdiccionales pendientes a la fecha de entrada en vigor de la Constitución. Con esto, la Constitución sigue la práctica habitual en la materia, pues como ha señalado C.F. Amerasinghe,

whatever the mode of succession, in the past succession has been by conventional methods. This means that the succession is effected by agreement, whether explicit or implied²⁷.

Sin embargo, la sucesión de organizaciones internacionales tiene un contenido más amplio que el previsto en el art. IV-438, pues como este autor indica «Succession between international organizations has had effects on the transfer of functions, treaties, transfer of assets and liabilities, transfer of subsidiary institutions, and employees»²⁸, por lo que cabe entender que los aspectos no previstos expresamente en la disposición que comentamos están contemplados implícitamente.

En realidad, la sucesión operada por la Constitución Europea encuentra fácil encaje en las categorías acuñadas doctrinalmente. Así, P.R. Myers ha puesto de relieve que cuando los miembros de las organizaciones predecesora y sucesora son los mismos, surgen pocos problemas y los métodos utilizados pueden ser tanto la inclusión de cláusulas en los tratados constitutivos del ente sucesor como la transferencia sin formalidades²⁹ y es evidente que ambos han sido los escogidos en esta ocasión.

Con todo, conviene poner de relieve que esta cláusula de la Constitución relativa a la sucesión de organizaciones se preocupa sólo por la dimensión interna de la sucesión y guarda silencio sobre la externa. En esto se separa de los trabajos de la Convención Europea, cuyo Proyecto proponía incluir un artículo (numerado como IV-3) titulado «Continuidad jurídica respecto de la Comunidad Europea y de la Unión Europea», con el siguiente tenor:

La Unión Europea sucederá a la Comunidad Europea y a la Unión en todos los derechos y obligaciones de ambas, ya sean internos o se deriven de acuerdos internacionales, que hayan surgido antes de la entrada en vigor del Tratado por el que se instituye la Constitución en virtud de tratados, protocolos y actos anteriores, incluidos todos los elementos del patrimonio activo y pasivo de la Comunidad y de la Unión, así como sus archivos.

Las disposiciones de los actos de las instituciones de la Unión adoptados en virtud de los Tratados y actos mencionados en el párrafo primero se mantendrán en vigor en las condiciones previstas en el Protocolo anexo al Tratado por el que se instituye la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Co-

²⁷ *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, p. 476. P.R. Myers ha definido el fenómeno de sucesión de organizaciones internacionales como «the transfer of functions and their ancillary rights and obligations from one international organization to another» (*Succession between International Organizations*, Kegan Paul International, cit., 1993, p. 12).

²⁸ *Ibid.*, p. 477.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 40-42.

munidades Europeas se mantiene como fuente de interpretación del Derecho de la Unión³⁰.

Si comparamos este texto con el art. IV-438 de la Constitución, el resultado es que de este último han desaparecido las referencias a los tratados internacionales celebrados con anterioridad y al patrimonio y archivos de la Comunidad y de la Unión. Este cambio arranca de los trabajos de revisión jurídica realizados en el seno de la CIG 2003-2004. Un documento elaborado por la Secretaría en octubre de 2003 propuso modificar la redacción del primer párrafo por entender que «no es satisfactoria en la medida en que manifiesta que *«La Unión Europea sucederá a... la Unión»*. Se sugiere otra formulación, dado que, según el apartado 1 del artículo I-1, la *«Constitución crea la Unión Europea»*, por lo que se tratará de una entidad distinta de la actual Unión Europea»; además, sugirió «suprimir la enumeración limitada de las consecuencias de la sucesión, pues se corre el riesgo de que no sea completa»³¹ y, en cambio, desarrollar lo relativo a la incidencia sobre las instituciones, el derecho derivado, los demás elementos del acervo comunitario y la jurisprudencia. Al mismo tiempo, el documento proponía incluir un considerando en el Preámbulo «para indicar desde el principio que la nueva Unión Europea sucederá jurídicamente a la Unión Europea y a la Comunidad Europea actuales»³²; con posterioridad, el Grupo de Expertos Jurídicos hizo suya esta última sugerencia³³. La Constitución desarrolla el art. IV-438 en los extremos indicados pero no incluye ningún nuevo párrafo en el Preámbulo.

De esta forma, los aspectos externos de la sucesión no han quedado contemplados, pese al consejo dado por alguno de los expertos que habían intervenido ante el Grupo «Personalidad Jurídica» de la Convención; este fue el caso de P. Kuijper, Director del Servicio Jurídico de la Comisión, quien había afirmado:

A single legal personality and the transition towards it, would have to be carefully managed with the third states concerned (i.e. nearly all States in the world). The new international legal person, the Union, would need to give guarantees that it will take over and fully execute all treaty and non-contractual obligations under international law of the old EC. As an example of the way to do this, one could think of the way in which the Commission has proposed that the EC should take over all treaty obligations of the ECSC, namely by two matching decisions: one of the EC transferring these obligations to the EU and one of the «new» EU accepting this transfer. This is in conformity with wide-spread practice on succession as between international organisations...³⁴.

³⁰ CONV 850/03, de 18 de julio de 2003. Su origen está en CONV 728/03, de 26 de mayo de 2003, p. 6.

³¹ CIG 4/03, de 6 de octubre de 2003 (Observaciones de redacción y jurídicas sobre el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa – Documento de base), p. 499.

³² *Ibid.*, p. 29.

³³ CIG 51/03, de 25 de noviembre de 2003, p. 4, donde se propone «añadir en el preámbulo una referencia a la sucesión de los Tratados y a la continuidad jurídica del acervo comunitario».

³⁴ WG III-WD3, de 3 de Julio de 2002, p. 21.

2. El estatuto de los Estados miembros

Respecto de los Tratados anteriores, la Constitución avanza en algunos extremos. El texto regula tanto la adquisición del estatuto de miembro como los principios que configuran este estatuto, la hipótesis de la suspensión de sus derechos y la retirada voluntaria. Pese a ello, no acaba de configurarse un estatuto completo al estilo de las organizaciones internacionales clásicas pues no se contempla la expulsión.

Bajo la rúbrica «De la pertenencia a la Unión», el Título IX de la Parte I se ocupa de la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la UE. Según el art. I-58, «La Unión está abierta a todos los Estados europeos que respeten los valores mencionados en el artículo I-2 y se comprometan a promoverlos en común». En esta fórmula, similar a la que figura en los actuales Tratados, se combinan los requisitos objetivos de ser «Estado» y «europeo» con los subjetivos de compartir los valores de la Unión y comprometerse a promoverlos. Como ya vimos, la Constitución no zanja la cuestión de los límites de Europa, antes bien, su denominación de «una Constitución para Europa» pone de relieve una vocación expansiva sin fronteras expresas. En cuanto a los valores proclamados en el art. I-2, se trata de los ya plasmados en el TUE con los añadidos de la dignidad humana, la igualdad y el respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías. J.-V. Louis ha señalado dos ausencias en el art. I-58: de un lado, la falta de referencia a los objetivos de la Unión, contemplados en el art. I-3, que para él es

A surprising lacuna if one looks for example, at the first sentence of the Athens Accession Treaty which precisely refers to the objectives³⁵.

de otro, una referencia al acervo comunitario. El art. I-58 regula en su apartado 2 el procedimiento, que sigue en lo esencial lo previsto en el actual art. 49 TUE, con la novedad de que el Consejo informará de la solicitud de adhesión al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. En cambio no se ha aprovechado la oportunidad para resaltar el papel que cumple la Comisión más allá de su participación consultiva al inicio del procedimiento; como se ha dicho con razón, esto no se adecua a la realidad y a la exigencia de transparencia³⁶.

Los principios que configuran el estatuto del Estado miembro se encuentran en el art. I-V de la Constitución. Consisten en la igualdad, el respeto a la identidad nacional y la cooperación leal. Como ocurre en otras organizaciones internacionales, se trata de una igualdad jurídico-formal, en derechos y obligaciones, que no impide la existencia de reglas de ponderación en relación con la toma de decisiones en el seno del Consejo de Ministros. En lo que atañe a la identidad nacional, ya proclamada por el TUE, supone el respeto de las estructuras políticas del Estado, mencionándose expresamente por primera vez «la autonomía local y regional». Por su parte, la cooperación leal es recíproca entre la Unión y sus Estados miembros y en

³⁵ «Union Membership: accession, suspension of membership rights and unilateral withdrawal. Some Reflections», p. 5. Disponible en <http://www.ecln.net/elements/conferences/Louis.doc>.

³⁶ J.-V. Louis, *ibid.*, p. 5.

lo que atañe a éstos tiene una doble vertiente: de acción, en cuanto que adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, y de omisión, pues se abstendrán de cualquier medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

En el art. I-59 se contempla la cuestión de la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión en el caso de violación grave por un Estado miembro de los valores enunciados en el art. I-2. Como en el art. 7 TUE, «el procedimiento se desarrolla en dos secuencias autónomas y separadas de *prevención*, en función de si hay riesgo de violación del Estado de Derecho, o de *sanción*, si ya hay violaciones graves y persistentes del Estado de Derecho»³⁷. La novedad está en la competencia del Tribunal de Justicia para controlar el procedimiento a petición del Estado objeto del mismo (art. III-371).

Por último, el estatuto de miembro se completa con la regulación en el art. I-60, por primera vez, de la retirada voluntaria de la Unión por parte de un Estado miembro, poniendo fin así a una cierta polémica doctrinal sobre la posibilidad de esta hipótesis; en la que mientras unos defendían la irreversibilidad de los vínculos jurídicos establecidos, otros invocaban la imposibilidad práctica de impedir la salida, posición que encuentra apoyo en el art. 56 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados³⁸. Se ha puesto de relieve que la introducción de esta disposición en la Constitución obedece a motivaciones no jurídicas sino políticas, tales como subrayar el carácter democrático y voluntario de la adhesión, facilitar la aceptación de la Constitución en Estados con alto porcentaje de euroescépticos, abrir la posibilidad de salida individual o colectiva en caso de evolución indeseada de la Unión, remediar la inexistencia de un derecho de expulsión a través de salidas «semi-voluntarias»³⁹. En esta dirección, algunos han lamentado que el derecho de retirada voluntaria no se haya conectado con una fórmula —no consagrada en la Constitución— de revisión del texto constitucional por mayoría cualificada⁴⁰.

3. El sistema de gobierno de la UE

Desde sus comienzos, el sistema institucional de las Comunidades Europeas constituyó un modelo singular en el conjunto de las organizaciones internacionales, cuyo aparato orgánico suele responder al esquema tradicional: órgano plenario, órgano ejecutivo y secretaría. En particular, el triángulo institucional en el que

³⁷ A. Mangas Martín, *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, p. 69.

³⁸ Conforme al cual un tratado que no prevea el retiro del mismo no podrá ser objeto de tal medida a menos que a) conste que fue intención de las partes admitir esa posibilidad o b) el derecho de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Con todo, esta disposición es interpretada de manera diversa, por ejemplo, mientras que para A. Mangas Martín la opción de la retirada está implícita en todo tratado constitutivo de una organización internacional y se infiere del citado art. 56 (*La Constitución Europea*, cit., p. 53), J.-V. Louis invoca esta disposición para afirmar que el derecho de retirada unilateral de la UE no puede derivarse de la naturaleza de los Tratados y que la conclusión debe ser la contraria («Union Membership...», cit., pp. 7-8).

³⁹ J.-V. Louis, «Union Membership...», cit., pp. 8-9.

⁴⁰ J.-V. Louis, «Union Membership...», cit., p. 11.

el Consejo es la instancia de representación de los Estados, el Parlamento Europeo la de los pueblos de los Estados miembros y la Comisión la del interés general comunitario es una fórmula que no tiene parangón en ninguna otra organización internacional y de la que sólo con posterioridad han comenzado a aparecer aproximaciones en fenómenos menos evolucionados de integración en otros ámbitos regionales.

La Constitución Europea introduce cambios importantes en el sistema institucional, sin alterar el diseño general consagrado en los Tratados constitutivos. Con todo, esos cambios vuelven a suponer un avance significativo desde la perspectiva de la estructura orgánico-institucional de las organizaciones internacionales, por lo que debemos detenernos en sus aspectos más relevantes, que centraremos en dos: por una parte, el nuevo sistema de toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo de Ministros; por otra, la relación entre el método comunitario y el método intergubernamental.

A) EL NUEVO MODO DE ADOPCIÓN DE DECISIONES POR MAYORÍA CUALIFICADA

Es bien conocido que la oposición de algunos Estados, en particular España y Polonia, al sistema de doble mayoría tal como se consagraba en el art. 24 del Proyecto de la Convención (PTC) convirtió a esta cuestión en el tema central de la CIG e incluso fue la causa del fracaso del Consejo de Bruselas de diciembre 2003. De las diversas valoraciones que ya se han hecho sobre la fórmula de la Convención⁴¹, conviene recordar aquí que el cambio del voto ponderado por el sistema de población rompía el equilibrio diseñado en los Tratados constitutivos, en los que a través del sistema de ponderación se perseguía sobre todo evitar que los grandes pudieran imponer decisiones a los pequeños, proteger por tanto a las minorías y, en concreto, definir qué grupo de países podrían bloquear una decisión⁴². Este equili-

⁴¹ Puede verse al respecto mis trabajos «El sistema institucional en la Constitución Europea: ¿más legitimidad, eficacia y visibilidad?», *cit.*, pp. 181-184 y «Las instituciones en la Constitución Europea: crónica de una reforma aplazada», *Constitución y ampliación de la Unión Europea* (J. Pueyo Losa dir.), Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2004, pp. 105-114. Recordemos que el art. 1-24 del PTC definía la mayoría cualificada como «una mayoría de Estados miembros que represente al menos las tres quintas partes de la población de la Unión».

⁴² Así lo han puesto de relieve, entre otros, F. Bobay, «Political Economy of the Nice Treaty: Rebalancing the EU Council», ponencia presentada en la novena sesión del Foro Económico Franco-Alemania (25-26 junio 2001), *ZEI Policy Paper* B 28, 2001, pp. 4-21. En el mismo sentido, P. Magneffe y K. Nicolaïdis, *Grands et petits États dans l'Union Européenne: reinventer l'équilibre*, Groupement d'études et recherches Notre Europe, Études et Recherches n° 25, Mayo 2003 (disponible en <http://www.notre-europe.asso.fr/Publications.htm#Etudes>), pp. 6-8. Un análisis de las razones que en el momento de la creación de las Comunidades Europeas llevaron a consagrar el sistema de ponderación de voto puede verse en M. De L'Écotais, «La pondération des voix au Conseil de Ministres de la Communauté Européenne», *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n° 398, 1996, pp. 388-393; *id.*, «De l'Europe des six à l'Europe des douze: une évolution réussie. La pondération des voix au Conseil de Ministres de la Communauté Européenne (deuxième partie) », *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n° 401, 1996, pp. 617-620. En sus Memorias, Jean Monnet comenta cómo se llegó al sistema del voto ponderado cuando se elaboró el Tratado

brio es el que podría haberse visto afectado de manera sustancial con la nueva regla introducida por el PTC; como ha dicho A. Mangas, en ella se atribuía al Consejo una representatividad popular tan radical que podía desnaturalizar el sistema, por lo que era necesario establecer unos contrapesos, que podrían venir dados por una modificación de los porcentajes, a lo que se podría añadir complementariamente una fórmula del tipo del compromiso de Ioannina⁴³.

En marzo de 2004, la Presidencia irlandesa retomó la cuestión, advirtiendo que:

si se quiere contar con un consenso, la solución debe basarse en el principio de doble mayoría, debe permitir una mayor eficiencia en el proceso de toma de decisiones que las disposiciones contenidas en los tratados actuales, y debe tener debidamente en cuenta el equilibrio entre todos los Estados miembros y sus preocupaciones específicas⁴⁴.

A mediados de mayo, la Presidencia explicitó los puntos en torno a los cuales podría articularse la solución; en este sentido, apuntó que la propuesta de la Convención no permitiría alcanzar un consenso, por lo que debería ser reajustada tanto en relación con los umbrales de población como respecto al número de Estados miembros requerido para lograr la mayoría cualificada; que para llegar a un acuerdo sería necesario elevar el umbral de población; que en todo caso debería mantenerse la misma diferencia entre los dos umbrales que la propuesta por la Convención; que podrían estudiarse otros reajustes⁴⁵.

Sobre estas bases, la víspera del comienzo del Consejo Europeo de junio de 2004, la Presidencia empezó a concretar sus propuestas tomando como núcleo los porcentajes del 65% para el umbral de población y 55% para el umbral de Estados miembros y proponiendo dos modulaciones principales⁴⁶. La primera de ellas se refería a la minoría de bloqueo y consistía ya en que ésta «no fuera posible sin la participación de al menos cuatro Estados miembros»⁴⁷. Respecto a la segunda, la Presidencia señalaba que «sería conveniente que la Conferencia reafirme que seguirá siendo práctica habitual del Consejo dedicar todos sus esfuerzos a fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones adoptadas por mayoría cualificada y a tratar de lograr el mayor consenso posible sobre las mismas» por lo que sugería «que este compromiso puede ser parecido al que se alcanzó en Ioannina en marzo de 1994 y podría poner de manifiesto que, cuando un grupo de Estados miembros algo

CECA, explicando que 4 países, Italia y los tres del Benelux no reunían más de 1/4 de la producción del carbón y del acero, por lo que no hubiera sido normal que hubieran podido imponerse a Francia y Alemania, lo que hubiera ocurrido si cada Estado hubiera dispuesto de un voto; por eso se propuso el sistema de voto ponderado, para asegurar que ninguna decisión pudiera ser impuesta ni por una coalición entre Francia y Alemania ni por una unión entre los otros 4 Estados (recogido por J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2003, pp. 141-142.

⁴³ «El método comunitario: la reforma institucional de la UE en el Proyecto de Tratado Constitucional», *Revista General de Derecho Europeo IUSTEL*, n.º 4, 2004.

⁴⁴ Doc. CIG 70/04, de 24 marzo 2004, p. 4.

⁴⁵ Doc. CIG 77/04, de 19 mayo 2004, p. 2.

⁴⁶ *Vid.* Doc. CIG 82/04, de 16 junio 2004, pp. 1-3.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2.

menor que una minoría de bloqueo se oponga a una medida concreta, el Consejo hará todo cuanto esté en su mano, dentro de un plazo razonable, sin perjuicio de eventuales plazos establecidos por el Derecho de la Unión y respetando el Reglamento Interno del Consejo, para lograr un resultado satisfactorio»⁴⁸.

Durante el desarrollo del Consejo Europeo, la Presidencia siguió precisando los términos de la fórmula a través de la presentación de propuestas concretas de redacción⁴⁹ al compás de las negociaciones que se iban desarrollando en el seno del Consejo Europeo⁵⁰, hasta que se llegó al acuerdo final⁵¹.

De esta forma, el art. I-25 del Tratado Constitucional (TC), complementado por la Declaración relativa a su aplicación que se incorporará al Acta Final de la CIG

⁴⁸ *Ibid.*, p. 3. La Presidencia añadía que si la Conferencia aceptara ese planteamiento, tendría que considerar si debería figurar en un Protocolo, en una Declaración o en una Decisión del Consejo; también habría de estudiar si el compromiso debía ser de carácter permanente o si se aplicaría únicamente durante un período transitorio; por último, la Conferencia tendría que decidir los umbrales de población y Estados miembros que se aplicarían. Sobre este último punto, la Presidencia apuntaba que una posibilidad era que en ambos casos los umbrales se establecieran cinco puntos porcentuales por debajo del requisito para constituir una minoría de bloqueo.

⁴⁹ En el Doc. CIG 83/04, de 18 junio 2004, Anexo 2, relativo a la Definición de la votación por mayoría cualificada, la Presidencia propone ya una redacción para el entonces todavía art. I-24.1 conforme a la cual «La mayoría cualificada se definirá como el 55% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros cuya población sume al menos el 65% de la población de la Unión. No obstante, se alcanzará también la mayoría cualificada si los votos negativos emitidos corresponden a menos de cuatro miembros del Consejo.». El apartado siguiente se refería a los casos en que el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión, señalando que «la mayoría cualificada se definirá como el 72% de los miembros del Consejo que representen a Estados miembros cuya población sume al menos el 65% de la población de la Unión». En cuanto a los casos en que sólo tienen derecho a voto algunos miembros del Consejo, el documento apuntaba que «se adaptarán las disposiciones de la Constitución que definan específicamente la mayoría cualificada en tales casos. La adaptación consistirá en introducir en dichas disposiciones los porcentajes contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo I-24... para que únicamente se apliquen a los miembros del Consejo que tienen derecho a voto y a la población de los Estados miembros que representan. En lo que respecta a la adaptación de la cifra del párrafo segundo del apartado 1, el número de miembros del Consejo será el número mínimo que puede constituir una minoría de bloqueo más uno.»

En este mismo Doc. CIG 83/04, el Anexo 3 contiene un Proyecto de Decisión relativa a la aplicación del artículo I-24 en el que se explicitaban los términos del compromiso sugerido en el Doc. CIG 82/04; en él el número de miembros del Consejo que al manifestar su oposición a la adopción del acto podrían conseguir que el Consejo debatiera el asunto se cifraba en «a) al menos el 30% de la población de la Unión, o b) al menos el 40% de los Estados miembros». La vigencia de la Decisión —que sería adoptada el día en que entre en vigor el Tratado— sería «al menos hasta 2014. A continuación el Consejo podrá adoptar una decisión europea derogatoria de la misma.»

⁵⁰ En el Doc. CIG 84/04, también de 18 junio 2004, Anexo 2, el art. I-24.1 se redactaba de la manera siguiente: «La mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a 15 de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión. Una minoría de bloqueo debe sumar por lo menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.». El Anexo 3 volvía a referirse al compromiso cifrando las exigencias de representación en «un número de miembros del Consejo que representen: a) al menos tres cuartas partes de la población, o b) al menos tres cuartas partes del número de Estados miembros necesarios para constituir una minoría de bloqueo» y concretando la fecha de vigencia de la Decisión en «el 1 de noviembre de 2009».

⁵¹ Contenido en Doc. CIG 85/04, de 18 junio 2004, Anexos 2 y 3.

conteniendo un proyecto de Decisión del Consejo, consagra el fin del emblemático sistema del voto ponderado y lo sustituye por una fórmula compleja en la que la regla general es una doble mayoría condicionada: para adoptar un acuerdo será necesario un mínimo del 55% de los miembros del Consejo pero que incluya al menos a 15 de ellos y que represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión, al tiempo que la minoría de bloqueo debe sumar por lo menos 4 miembros del Consejo. Como excepción, se exige una doble mayoría agravada en los casos en que el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Ministro de Asuntos Exteriores⁵² y en casos especiales se pide una doble mayoría singular⁵³. Estas dobles mayorías estarán moduladas al menos hasta 2014 por un pacto político que constituye un remake del Compromiso de Ioannina⁵⁴.

Este resultado, impropio de un texto que aspira a ser considerado Constitución⁵⁵, responde sin duda a los intentos de contentar a todos y, en particular, a los que más reticencias u oposición habían planteado: España y Polonia pero también los Estados miembros pequeños y medianos, los cuales mantuvieron hasta el final su temor a un sistema en el que los grandes aumentarán mucho su poder⁵⁶. De hecho, tal como ha quedado, su tenor puede ser esgrimido por unos y por otros para demostrar que sus posiciones han sido tenidas en cuenta. Esto se pone de manifiesto especialmente en relación con la exigencia del «mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a 15 de ellos», porque como la regla no distingue entre la UE de 25 miembros y la de 27, resulta que en el primer caso la exigencia de 15 Estados elevaría el porcentaje al 60%; por eso se ha dicho que:

Cette formule avait pour objet de permettre aux uns de prétendre avoir imposé 60% des Etats, puisque cela y correspond dans une Europe à 25. A 27... le minimum de quinze Etats implique une majorité de 55,56% des Etats ou de la moitié des Etats plus deux, donnant ainsi satisfaction à d'autres⁵⁷.

⁵² En estos casos, la mayoría cualificada se define como el 72% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión.

⁵³ Cuando sólo tienen derecho a voto algunos miembros del Consejo se adaptarán las reglas anteriores, tomando en consideración los miembros del Consejo que tienen derecho a voto y la población que dichos Estados representan. La minoría de bloqueo la constituirá el número de Estados que cumpla el requisito de la población, más uno.

⁵⁴ Si un número de miembros del Consejo que representen al menos 3/4 de la población o al menos 3/4 del número de Estados miembros necesarios para constituir una minoría de bloqueo manifiestan su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada, éste debatirá el asunto haciendo cuanto esté en su mano para lograr dentro de un plazo razonable y sin afectar a los plazos obligatorios establecidos por el Derecho de la Unión una solución satisfactoria para responder a las preocupaciones planteadas (Proyecto de Decisión del Consejo relativa a la aplicación del art. I-24).

⁵⁵ F. Riccardi afirma que « Pour arriver à un compromis, il a été nécessaire d'assortir ce principe d'un nombre tel de dispositions complémentaires, de dérogations et de procédures, que le résultat complet est devenu illisible pour les peuples et indigne d'un texte constitutionnel » (*Bulletin Quotidien Europe*, N° 8731, 22 junio 2004, p. 3).

⁵⁶ Vid. *Bulletin Quotidien Europe* N° 8729, 19 junio 2004, p. 3.

⁵⁷ *Bulletin Quotidien Europe*, N° 8730, 20 junio 2004, p. 3. Sobre la diferente lectura de los porcentajes según el número de Estados miembros se llama también la atención en «Editorial Comments», *CML Rev.* 2004, p. 905.

Por otra parte, habida cuenta de que el nuevo sistema, siguiendo lo previsto por el PTC, no se aplicará hasta el 1 noviembre 2009, lo más probable es que para entonces la UE tendrá ya 27 miembros y en ese caso, la exigencia de los 15 Estados deviene superflua pues el 55% de Estados incluirá en todo caso a 15 miembros.

Además, como ya ocurrió con ocasión del Tratado de Niza, el recurso a las matemáticas para dar salida a los problemas políticos sigue jugando malas pasadas. En efecto, si bien una minoría de bloqueo debe contar al menos con 4 Estados, un acuerdo en tal sentido entre Alemania, Francia y el Reino Unido produciría la paradoja de que no podrían bloquear pero representarían más del 35% de la población de la Unión, con lo que una decisión podría ser adoptada por una mayoría que no reuniría el criterio del 65% de la población⁵⁸. Para resolver esta contradicción, cabe entender que se ha querido que todos los Estados menos 3 puedan adoptar una decisión, primando en este caso el número de Estado por encima del criterio de la población⁵⁹.

Más allá de estas cuestiones de encaje de los criterios utilizados, el sistema implantado por el art. I-25 del TC puede ser valorado tanto desde la perspectiva de la eficacia como de la legitimidad. Por lo que se refiere a la primera, la fórmula mejora la de Niza pero empeora la del PTC⁶⁰. En cuanto a la legitimidad, es evidente que introduce contrapesos para evitar el peligro de desequilibrios, en línea con lo comentado más arriba, por lo que la valoración tiene que ser más favorable que la que merecía el PTC. El texto adoptado traduce el esfuerzo capitaneado por la Presidencia irlandesa para rodear al principio de doble mayoría de modulaciones diseñadas para evitar un peso excesivo de los grandes (así, la exigencia de un mínimo de 15 Estados para alcanzar la mayoría y la de 4 Estados para bloquear) y proteger a las minorías (en particular, mediante el compromiso político que revitaliza el de Ioannina). Todo lo anterior no impide que incluso con las correcciones introducidas la nueva regla supone mucho poder para los Estados grandes y en especial para Alemania, pero se trata de un efecto que viene inevitablemente aparejado al principio de doble mayoría.

Desde la perspectiva de España, es conocido que el punto de inflexión estuvo en la aceptación por el nuevo gobierno del principio de doble mayoría. Partiendo

⁵⁸ Sobre este hipotético problema ha llamado la atención J. A. Emmanouilidis, «Historically Unique, Unfinished in Detail – An evaluation of the Constitution», C.A.P., *EU Reform*, 2004/03, pp. 6-7, disponible en www.eu-reform.de.

⁵⁹ Así lo entienden R. Baldwin y M. Widgrén, cuando señalan: «As a constraint on the blocking power of the biggest members, a blocking coalition must have at least 4 members (Germany plus any two of the 6 largest EU27 members could block anything on the 65% threshold). This means that a qualified majority can be formed by a single, super majority consisting of all members but three.» *Council voting in the Constitutional Treaty: Devil in the details*, CEPS Policy Brief, núm. 53, Julio 2004, p. 3, disponible en www.ceps.be

⁶⁰ T. Chopin señala que con el Tratado de Niza el número de coaliciones mayoritarias posibles era de 2%, con el PTC de 22% y con el TC de 12% («Conseil européen (17-18 juin 2004): quelle Constitution pour l'Europe?», disponible en <http://www.robert-schuman.org/Synth139.htm>). Puede verse también el cuadro comparativo que ofrece J.A. Emmanouilidis, *op. cit.*, p. 12.

de esta premisa, España diseñó su posición en la CIG para intentar conseguir ajustes que minimizasen en la medida de lo posible la liquidación del para nosotros beneficioso sistema de Niza. En la sesión de la Comisión Mixta para la Unión Europea celebrada el 10 junio 2004, el Ministro de Asuntos Exteriores explicó la posición gubernamental de la manera siguiente:

En relación con el sistema de voto en el Consejo, España acepta el principio a doble mayoría de Estado y de población, pero no considera aceptables los umbrales establecidos en el proyecto de la Convención... Esta fórmula concentra el poder en los cuatro más poblados de la Unión Europea y no es equilibrada. El Gobierno propone que la mayoría cualificada se obtenga con el apoyo de la mitad de los Estados, o incluso la mitad más uno, y que estos Estados representen a una mayoría cualificada de los ciudadanos de la Unión. No se debería tomar decisiones contra el parecer de un tercio de los ciudadanos de la Unión, esto es más de 160 millones de personas; una decisión debe ser legítima además de legal. El Gobierno también propone introducir unos factores de corrección en el sistema de voto para evitar la posibilidad de un control de facto de la Unión por parte de un triunvirato — posibilidad que sí existe en el Tratado de Niza en perjuicio de España —, exigiendo que sea necesario en todo caso un mínimo de cuatro Estados para bloquear una medida y para incrementar la eficacia del proceso de toma de decisiones, proponiendo que las abstenciones dejen de contar como un voto negativo⁶¹.

En la misma sesión, afirmó también:

El gobierno español considera que los umbrales de la Convención no son suficientes y que necesitamos aumentar sobre todo el umbral de población para que nos pueda garantizar un margen de maniobra suficiente para defender adecuadamente los intereses españoles y europeos en el futuro de la Unión. Lo hacemos con dos nuevas cláusulas importantes... La primera es que no bastarían tres Estados para bloquear sino cuatro Estados más o una población del 15 por ciento, y la segunda es que las abstenciones no se contabilizarían⁶².

Pues bien, si comparamos estas aspiraciones con lo que finalmente se acordó, hay que destacar que una buena parte de ellas han sido incorporadas en el art. I-25, como sucede con la exigencia del mínimo de 15 Estados para alcanzar la mayoría y del mínimo de 4 para bloquear. En cambio, el umbral de la población será el 65% y no el 66%⁶³, el TC no ha recogido expresamente la regla sobre la no contabiliza-

⁶¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas*, año 2004, VIII Legislatura, núm. 6, Sesión núm. 2, celebrada el 10 junio 2004, p. 3. Un análisis de la posición del gobierno español se encuentra en J.I. Torreblanca, «El gobierno socialista, la Constitución y la doble mayoría», Real Instituto Elcano, *ARI* N° 103/2004.

⁶² *Loc.cit.*, p. 24.

⁶³ Sobre los distintos umbrales de población y su repercusión en la capacidad de bloqueo de España, puede verse J.I. Torreblanca, «Votar y vetar en la Unión: una interpretación de la posición española en la CIG 2003», Real Instituto Elcano, *ARI*, año 2003, n° 6, p. 15.

ción de las abstenciones⁶⁴ y tampoco se completó la regla sobre la minoría de bloqueo con la exigencia de un determinado porcentaje de población⁶⁵.

Junto a esos requerimientos concretos, inevitablemente la fórmula consagrada en el TC ha de ser interpretada en términos de poder, no en vano éste ha sido el signo que ha marcado la tortuosa elaboración del TC en lo que atañe a la votación por mayoría cualificada. En su comparecencia ante el Pleno del Congreso tras el Consejo Europeo, el Presidente del Gobierno valoró los resultados alcanzados desde esa óptica, señalando que:

Creo que hemos llegado a una fórmula plenamente satisfactoria. España ve mejorada sustancialmente su posición respecto a la propuesta de la Convención. Durante toda nuestra historia en la Unión, España ha mantenido la aspiración de verse reconocida la capacidad de influencia de los países grandes. Lo hemos logrado porque hoy, a partir de la Constitución, España, con Francia e Italia, más Portugal o Grecia, tiene la facultad de intervención o de bloquear cualquier decisión en salvaguarda de las políticas que como país mediterráneo más nos interesen. Y también puede España, con Francia y Alemania, más cualquier otro país, bloquear cualquier decisión en salvaguarda de las políticas que como país perteneciente al corazón de Europa nos interesen⁶⁶.

⁶⁴ Cuando comenzó a abordar la cuestión de la definición de la mayoría cualificada, la Presidencia irlandesa apuntó la posibilidad de que las abstenciones no contaran, ni como voto a favor ni como voto en contra. Así, dijo que «Actualmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 205 del TCE, la decisión de un Estado miembro de abstenerse en una votación no modifica el nivel de apoyo que debe conseguirse para adoptar una medida. Ello significa que, en la práctica, las abstenciones tienen un efecto similar al del voto en contra. Una posibilidad que se ha planteado es si este arreglo podría cambiarse de modo que las abstenciones no cuenten ni como voto a favor ni como voto en contra...» (doc. CIG 77/04, *cit.*, p. 2); más adelante, volvió a decir que «muchas Delegaciones han declarado estar abiertas a un acuerdo en virtud del cual las abstenciones ya no se contabilicen a efectos de calcular la mayoría cualificada, o podrían respaldarlo... Señala no obstante que todavía no se ha alcanzado un consenso sobre este punto.» (doc. CIG 82/04, *cit.*, p. 2). Incluso, en su propuesta inicial de nueva redacción del art. I-24 figuraba un apartado en el que se decía que «Para contar el número total de miembros del Consejo y de población no se tendrán en cuenta las abstenciones» (*vid.* doc. CIG 83/04, *cit.*, p. 7) pero dicho apartado no aparece en el texto finalmente acordado (*vid.* docs. CIG 84/04, *cit.*, Anexo 2, 85/04, *cit.*, Anexo 2 y 86/04, de 25 junio 2004., p. 31).

⁶⁵ La Presidencia dijo que «no ignora que, según algunas sugerencias, sería necesaria una minoría de bloqueo que incluyera a Estados miembros que representen como mínimo el 12% o el 15% de la población de la Unión. No obstante, en el contexto de los umbrales propuestos con anterioridad, no cree que se justifique dicho requisito.» (Doc. CIG 82/04, *cit.*, p. 2).

⁶⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, año 2004, VIII Legislatura, Núm. 20, pp. 798-799. Más adelante volvió a valorar positivamente «la posición de minoría de bloqueo que tenemos con el 65 por ciento, porque responde a lo que ha sido históricamente el objetivo de España y lo que se entiende por un país que está en el terreno de los países grandes: tener la posibilidad de bloquear con dos grandes y uno pequeño o mediano» y a señalar que «el Gobierno español pidió que se llegara al 55-65 y, afortunadamente, la Presidencia irlandesa hizo esa propuesta...» (*loc. cit.*, p. 833). En septiembre de 2004, un documento oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores (Secretaría de Estado para la UE) presentó el debate en torno a la definición de la mayoría cualificada en los siguientes términos: «El artículo I-25 fue, con creces, uno de los más conflictivos de todo el proyecto... La Convención propuso, cierto es que sin consenso, sustituir el sistema de

No obstante, los estudios técnicos no avalan tanto nivel de optimismo. R. Baldwin y M. Widgrén han puesto de relieve que mientras que con el Tratado de Niza «Spain and Poland as a group see their slice of the ‘power pie’ rise by about 3.5 percentage points», con los cambios introducidos por el TC «the Near-Bigs pay for the Big-4’s gain (the Big-4’s gain almost exactly matches the Spanish and Polish loss)»⁶⁷. Ahora bien, si esta conclusión parece inobjetable, también hay que tener presente que con el PTC los resultados hubieran sido sensiblemente peores para nuestro país.

A la postre, lo conseguido por España viene a ser una mezcla de su propio esfuerzo negociador, más el empeño de otros Estados miembros con intereses más o menos coincidentes⁶⁸, así como la prudente conveniencia de hacer de la necesidad virtud, como es normal en todo proceso de negociación⁶⁹. En todo caso, no conviene olvidar, de un lado, que con el principio de doble mayoría el criterio de la población atribuye siempre mucho poder a los Estados grandes y, de otro, que en el sistema de gobierno de la UE basado en el triángulo institucional Comisión-Consejo-Parlamento no es sólo la definición de la mayoría cualificada en el Consejo la que determina la adopción o no de un acto y el contenido del mismo sino también la actuación de las dos otras instituciones citadas. Esto nos lleva al análisis del equilibrio institucional, que efectuaremos en el apartado siguiente.

voto ponderado que ha regido las Comunidades y la Unión desde sus orígenes por un sistema basado en una doble mayoría de Estados y de población... Este modelo de voto, con los umbrales concretos propuestos por la Convención, suponía una notabilísima transferencia de poder hacia los Estados más poblados de la Unión, muy en particular hacia Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, lo que alteraba radicalmente los equilibrios de intereses en el seno de la Unión y fue por ello objeto de una fuerte contestación en la CIG. Finalmente, se ha acordado, tras duras negociaciones, reequilibrar los pesos específicos de los distintos Estados miembros modificando la propuesta de la Convención» (*Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Breve análisis*, p. 15 disponible en <<http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucion/europea2/documentos/debateafavor-secretariaestado.pdf>>; el mismo texto se publicó después como *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Breve análisis*, pp. 23-24, disponible en <http://www.constitucion europea.es/servlet/noxml2556.pdf?id=mae20031218Contenido%20M22772366611106760058475~BREVEANALISIS.pdf&mime=application/pdf>>).

⁶⁷ *Council voting in the Constitutional Treaty: Devil in the details*, cit., pp. 3-4. Véanse también los interesantes cuadros comparativos que ofrecen en ese trabajo así como los que se encuentran en R.S. Cari, A. Egea de Haro, K. Benoit y M. Laver, «Spain and European Union Constitution-Building», *Real Instituto Elcano*, WP 45/2004, pp. 3-6 (disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/133.asp>) y J.M. Bilbao Arrese, «El reparto de poder en la Constitución Europea», *Real Instituto Elcano*, ARI N° 125/2004 (disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/133.asp>).

⁶⁸ Desde luego, el de Polonia y también, indirectamente, el de los Estados pequeños y medianos en su intento de atenuar el poder de los grandes.

⁶⁹ En esta línea, el primer ministro polaco llegó a proclamar un gran éxito para ese Estado pues había asegurado para Polonia «una posición fuerte en la UE, más fuerte que la que preveía Niza» (*Bulletin Quotidien Europe* N° 8730, de 20 junio 2004, p. 4), lo que prueba la comprensible tendencia de cualquier gobierno a presentar como éxitos los hechos consumados.

B) MÉTODO COMUNITARIO VS. MÉTODO INTERGUBERNAMENTAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El elemento más original del sistema de gobierno de las Comunidades Europeas estriba en el llamado método comunitario. En un documento presentado a la Convención Europea, los entonces Comisarios M. Barnier y A. Vitorino resumieron acertadamente esta noción de la manera siguiente:

La notion de méthode communautaire désigne le processus de prise de décision dans le champ d'application du traité CE et notamment l'interaction des institutions dans le cadre de ce processus.

Aujourd'hui... la méthode communautaire «pure» correspond à un système où la Commission —institution représentative de l'intérêt général européen— détient le monopole de l'initiative législative, à savoir présente les propositions des actes législatifs, et le Conseil —institution composée des représentants des gouvernements des États membres— et le Parlement européen —institution représentative des peuples européens— en codécision adoptent ces actes. En particulier, le Conseil vote à la majorité qualifiée, l'unanimité étant nécessaire lorsqu'il veut amender la proposition de la Commission.

Dans la mesure où l'exécution des actes ainsi adoptés devrait se faire au niveau communautaire, les compétences pertinentes sont normalement attribuées à la Commission, qui les exerce avec l'assistance de comités composés de représentants des États membres et sous le contrôle du Conseil et, dans une certaine mesure, du Parlement européen.

Le système est complété par la Cour de Justice, pouvoir juridictionnel indépendant, qui assure de manière intégrale le respect de la règle de droit à travers les différentes procédures prévues à cet effet⁷⁰.

El art. I-1 de la Constitución proclama que la UE «ejercerá, de modo comunitario, las competencias» que los Estados le atribuyan. Sin embargo, el texto introduce algunas modificaciones que deben ser valoradas desde el punto de vista del método comunitario. La primera consiste en que introduce al Consejo Europeo en el marco institucional, añadiendo a éste rasgos de intergubernamentalidad, por varios motivos. En primer lugar, por su composición de Jefes de Estado o de Gobierno a los que se unen el Presidente de la Comisión y el del propio Consejo Europeo (art. I-21.2). En segundo lugar, porque se atribuyen al Consejo Europeo competencias que suponen una importante penetración en la conformación de otras instituciones, habida cuenta de que se le asigna la adopción de decisiones en relación con la composición del PE (art. I-20.2), las formaciones del Consejo de Ministros (art. I-24.4), el establecimiento de las reglas de rotación en la presidencia de las formaciones del Consejo de Ministros (art. I-24.7), la proposición del candidato al cargo de Presidente de la Comisión (art. I-27.1) y el nombramiento y cese del Ministro de Asuntos Exteriores (art. I-28.1).

⁷⁰ CONV 231/02, de 3 de septiembre de 2002, p. 3.

En tercer lugar, tampoco es baladí que aunque se consagre el consenso como regla general para la adopción de sus acuerdos (art. I-21.4), también se contemple el sistema de votación, hasta el punto de que la disposición relativa a la mayoría cualificada (art. I-25) se aplica también al Consejo Europeo⁷¹, con el agravante de que el Presidente y el Presidente de la Comisión son excluidos de las votaciones (art. I-25.4), con lo que se atribuye la decisión en exclusiva a los Jefes de Estado o de Gobierno⁷².

Por último, el Consejo Europeo recibe en la Constitución competencias en relación con ámbitos materiales de actuación. Así, aunque la Constitución dice que no ejercerá funciones legislativas, definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. III- 258).

La segunda modificación relevante se refiere a la Comisión, cuyo tamaño y modo de elección del Presidente experimentan alteraciones. En efecto, conforme al art. I-26. 5, «la primera Comisión nombrada con arreglo a lo dispuesto en la Constitución estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, incluidos su Presidente y el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, que será uno de sus Vicepresidentes». A tenor del art. I-26.6, acabado el mandato de esa Comisión, la institución «estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, que incluirá a su Presidente y al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número». Este apartado continúa diciendo que se

⁷¹ En consecuencia, el art. III-341 desarrolla las normas básicas a observar en caso de votación en el seno del Consejo Europeo y contempla el establecimiento por éste de su Reglamento Interno.

⁷² En el PTC había un elemento preocupante, consistente en que conforme a la redacción que se daba al art. III-270 los actos del Consejo Europeo quedaban excluidos del control judicial. Si esto podía tener sentido hasta ahora mientras que el Consejo Europeo se mantuviera en la esfera de las grandes decisiones políticas, deja de tenerlo si va a entrar en la de funcionamiento ordinario de la Unión. Esto es lo que explica que en su Dictamen para la CIG la Comisión propusiera prever una protección jurídica respecto de los actos del Consejo Europeo (*vid.* Comunicación de la Comisión, *Una Constitución para la Unión*, COM (2003), 548 final, p. 10, nota 6). Lo mismo hizo la Secretaría de la CIG en sus *Observaciones de redacción y jurídicas sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa – Documento de base*, proponiendo modificaciones a los arts. III-270 y III-272 para incluir al Consejo Europeo entre las instituciones que ostentan legitimación pasiva en los recursos de anulación y carencia, explicando que «Dado que el Consejo Europeo es una institución... y que adopta actos con efectos jurídicos... es preciso mencionar dichos actos entre los susceptibles de recurso ante el Tribunal de Justicia» (CIG 4/03, de 6 octubre 2003, pp. 428-431, la cita está en p. 429). La propuesta de la presidencia para el cónclave ministerial de Nápoles recogió este enfoque (*vid.* CIG 52/03, de 25 noviembre 2003, p. 5 y 52/03 ADD. 1, de 25 noviembre 2003, p. 11), que se consagró en la propuesta modificada del art. III-270 que apareció en el Proyecto de Tratado tras las adaptaciones de redacción y jurídicas efectuadas por el Grupo de expertos jurídicos de la CIG preparado para el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre 2003 (*vid.* CIG 50/03, p. 210). Finalmente, el art. III-365.1 establece que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de... los actos... del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.» y el art. III-367 incluye al Consejo Europeo entre los legitimados pasivos en el recurso de carencia. Por otra parte, el art. III-337.1 refuerza el control político sobre la nueva institución al prever que el Consejo Europeo comparecerá ante el Parlamento Europeo en las condiciones que fije el Reglamento Interno de aquél.

seguirá un sistema de rotación igual entre los Estados miembros que será establecido por el Consejo Europeo por unanimidad, basándose en unos principios allí formulados⁷³. De esta forma, tras el período transitorio se llegaría a un Colegio que en una UE de 27 tendrá 18 miembros. Esta fórmula alcanzada en el TC parece una solución razonable que por una parte tiene en cuenta la sensibilidad de los Estados miembros hacia la presencia de uno de sus nacionales en la Comisión⁷⁴ y por otra permitirá conseguir un tamaño que resulta adecuado para una institución que tiende a aproximarse a un ejecutivo⁷⁵.

Junto al tema del tamaño y composición de la Comisión, la segunda novedad importante de la Constitución consiste en el sistema de elección del Presidente de la Comisión. De manera ciertamente efectista, al enunciar las competencias del PE proclama que «Elegirá al Presidente de la Comisión»⁷⁶ mientras que en la disposición relativa a esta figura establece que, teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al PE y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al PE, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión, que deberá ser elegido por mayoría de los miembros de aquél⁷⁷. En realidad, la rotunda afirmación contenida en la primera de estas disposiciones viene a ser un trampantojo que esconde arteramente el papel del Consejo Europeo en la designación del Presidente de la Comisión, si bien no cabe duda de que esta regulación aporta una mayor parlamentarización del procedimiento en cuanto que aumenta la intensidad de la intervención del PE⁷⁸ y refuerza la legitimidad democrática del Presidente⁷⁹. También se ha retenido una idea que procedía de la Presi-

⁷³ Se tratará a los Estados miembros en condiciones de rigurosa igualdad en lo que se refiere a la determinación del orden de turno y del período de permanencia de sus nacionales en la Comisión; por lo tanto, la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados Estados miembros nunca podrá ser superior a uno; cada una de las sucesivas Comisiones se constituirá de forma que refleje de manera satisfactoria la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros de la Unión.

⁷⁴ Sobre el papel que cumple la Comisión como canal de representación de los Estados miembros, especialmente de los pequeños, *vid.* J. Temple Lang, «How much do the smaller Member States need the European Commission? The role of the Commission in a changing Europe», *CMLR*, vol. 39, 2002, pp. 315-335.

⁷⁵ Con el fin de atenuar el efecto psicológico sobre los Estados miembros a partir del momento de la aplicación de la Comisión reducida y seguir manteniendo la función de conexión nacional que de hecho cumple esta institución, la Declaración relativa al art. I-26 señala que la Comisión mantendrá un estrecho contacto con todos los Estados miembros, tengan o no un nacional como miembro de la Comisión, y tomará todas las medidas necesarias para garantizar que se tienen plenamente en cuenta las realidades políticas, sociales y económicas de todos los Estados miembros.

⁷⁶ Art. I-20.1 *in fine*.

⁷⁷ Art. I-27.1.

⁷⁸ En efecto, frente a la exigencia del Proyecto de que el candidato sea elegido por la mayoría de los miembros del PE, el vigente Reglamento interno del Parlamento requiere sólo la mayoría de los votos emitidos para la aprobación de la candidatura propuesta (art. 32.2).

⁷⁹ El PE valoró positivamente la previsión establecida al respecto en el PTC. En su Resolución de 24 de septiembre de 2004 el PE dijo que «Considera positiva la elección del Presidente de la Comisión Europea por el Parlamento Europeo y subraya que dicha elección significa un paso importante hacia un mejor sistema de democracia parlamentaria a nivel europeo» (apartado 6).

dencia italiana tendente a precisar el contenido de las consultas a celebrar entre las dos instituciones con competencias en la designación y elección del Presidente de la Comisión mediante una Declaración al Acta Final⁸⁰. Por el contrario, el texto constitucional mantiene el sistema actual de designación de los Comisarios, porque el art. I-27.2 establece que «El Consejo, de común acuerdo con el Presidente electo, adoptará la lista de las demás personalidades que se proponga nombrar miembros de la Comisión. Estas serán seleccionadas, a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros, de acuerdo con los criterios enunciados en el apartado 4 y en el segundo párrafo del apartado 6 del artículo I-26»⁸¹.

Si nos atenemos a lo expuesto hasta aquí, la conclusión respecto de la Comisión sería positiva. Sin embargo, es necesario añadir dos consideraciones. La primera, que la Constitución Europea crea dos figuras que pueden oscurecer a la Presidencia de esta institución: el Presidente estable del Consejo Europeo, con competencia de representación de la UE en el Exterior y el Ministro de Asuntos Exteriores, al que nos referiremos más adelante. La segunda consideración se refiere a la capacidad de la Comisión en el proceso de toma de decisiones. Al respecto, es cierto que mantiene prerrogativas decisivas, como la capacidad de propuesta (art. I-26.2) o la exigencia de unanimidad en el Consejo para apartarse de ésta (art. III-395) pero al mismo tiempo en la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia la Comisión comparte su competencia de iniciativa con los Estados miembros (art. I-42 y III-264) y en la política exterior y de seguridad común y de defensa es el Ministro de Asuntos Exteriores quien tiene la iniciativa (art. I-40.6, art. III-293.2; III-296; III-299; III-302), al tiempo que en el procedimiento de celebración de tratados internacionales el Ministro roba también protagonismo a la Comisión y ya no se le reconoce a ésta en exclusiva el papel de negociador (art. III-325); todo ello ha dado pie a J. M. Beneyto para afirmar que:

La Comisión no aparece configurada en la Constitución como un órgano de naturaleza política, en pie de igualdad con el Consejo y el Parlamento, sino como un órgano cuyas funciones esenciales se sitúan en el ejercicio del poder reglamentario, y, subsidiariamente respecto a los Estados miembros, del poder de ejecución⁸².

⁸⁰ Se trata de la Declaración relativa al art. I-27. La propuesta de la Presidencia italiana puede verse en CIG 60/03, ADD 1, de 9 diciembre 2003, p. 14.

⁸¹ Como señala F. Aldecoa, «la revisión es una vuelta atrás a la lógica de Niza, limitando la discrecionalidad del Presidente de la Comisión en la elección de su equipo y volviendo a colocar al Consejo Europeo y al Consejo en un lugar preeminente... La nueva previsión no puede sino calificarse de retroceso en la lógica deseada de hacer converger a la Comisión hacia un gobierno independiente y responsable ante el Parlamento Europeo. Igualmente reduce las posibilidades del Presidente de la Comisión en formar un equipo homogéneo y sometido a su liderazgo por la intromisión del Consejo» («La CIG confirma el Tratado Constitucional de la Convención», *cit.*, p. 21).

⁸² «¿Hacia un nuevo equilibrio institucional de la Unión Europea?», *El reto constitucional de Europa*, (J. Vidal-Beneyto coord.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 254.

La tercera modificación atañe al Parlamento Europeo. Una vez más, esta institución ha seguido reforzando su posición en el sistema de la Unión. En la Constitución, estos avances vienen dados principalmente por las medidas consagradas en relación con la simplificación y racionalización de los actos y los procedimientos, que han conducido por ejemplo a la creación de la categoría de actos legislativos, a la generalización de la codecisión bajo la denominación de procedimiento legislativo ordinario y a la racionalización del procedimiento presupuestario. En el ámbito estrictamente institucional, el art. I-20.1 se hace eco del progreso del PE hacia el núcleo del gobierno de la Unión Europea cuando al enumerar sus competencias afirma que el Parlamento ejercerá conjuntamente con el Consejo de Ministros la función legislativa y la función presupuestaria, así como funciones de control político y consultivas.

Además, en diversas materias la Constitución refuerza la participación del PE en el proceso de toma de decisiones en diversas materias. Así, se prevé la aprobación del PE para casos en los que en los Tratados sólo se establecía la consulta o no había ninguna implicación del PE: el recurso a la cláusula de flexibilidad (art. I-18), el marco de los recursos propios de la Unión y el marco financiero plurianual (art. I-55), la suspensión de los derechos de pertenencia a la Unión (art. I-59), la retirada voluntaria de la Unión (art. I-60), medidas para luchar contra la discriminación (art. III-124), la integración de los derechos de la ciudadanía de la Unión (art. III-129), algunos aspectos del espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. III-270, III-271, III-274), la adhesión al Convenio europeo de derechos humanos (art. III-325), la cooperación reforzada (art. III-429), la decisión de no convocar una Convención para las futuras modificaciones de los Tratados (art. IV-443). Con carácter general, el PE puede pedir a la Comisión que presente propuestas sobre cualquier asunto: el art. III-234 introduce la obligación de la Comisión, en caso de que no presente ninguna propuesta, de comunicar los motivos al PE.

Si tenemos en cuenta que las cuestiones institucionales vinculadas al PE no estuvieron en el centro del debate durante la Convención, podemos llegar a una conclusión positiva sobre la consideración que la institución merece en el Proyecto. No obstante, conviene recordar que la Declaración de Laeken interrogaba sobre si debe replantearse el modo en que se eligen los diputados del PE, si era conveniente crear una circunscripción electoral europea o mantener las circunscripciones electorales nacionales o bien combinar ambos sistemas. En definitiva, Laeken apuntaba mejoras cualitativas en el actual sistema de elección que el Proyecto no aborda, limitándose a reiterar lo ya establecido sobre el tan difícil objetivo de alcanzar un procedimiento electoral uniforme o la importancia de los partidos políticos a escala europea⁸³. Por consiguiente, hay que concluir que el incremento de

⁸³ Arts. III-330 y 46.4 respectivamente. En relación con estas cuestiones, la Comisión había señalado que «El principio de procedimiento electoral uniforme en todos los Estados miembros para la elección de los diputados europeos debe reafirmarse en el tratado constitucional» y que «la Unión saldría muy beneficiada si un número de diputados europeos fueran elegidos de listas europeas presentadas al electorado europeo en toda la Unión. En este caso, los ciudadanos deberían expresar dos sufragios: uno a título nacional y otro para los candidatos incluidos en estas listas transnacionales. Esta

los poderes del PE no ha ido acompañado de una profundización en los elementos que son imprescindibles para configurar una auténtica cámara de representación popular a nivel europeo, pieza esencial en cualquier proyecto riguroso de constitucionalización⁸⁴.

El análisis hasta aquí realizado arroja luces y sombras sobre la plasmación del método comunitario en la Constitución Europea. Como ha dicho L. Serena Rossi, «Si se trata de responder a la pregunta... ¿se mantiene el modelo comunitario como promete el art. I.1 ...?, la respuesta es: sólo en parte»⁸⁵.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y LA ADHESIÓN AL CEDH

La Constitución tiene dos aportaciones fundamentales en este ámbito: de un lado, resuelve la cuestión del valor jurídico de la Carta de los derechos fundamentales incorporándola íntegramente en su Parte II; de otro, consagra la base jurídica para la adhesión de la Unión al Convenio europeo de salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 1950.

1. El contenido de la Carta a la luz de otros textos internacionales sobre derechos humanos

J.A. Pastor Ridruejo ha sintetizado los rasgos distintivos de la Carta en comparación con otros textos internacionales. En primer lugar, «desde el punto de vista sustantivo, y comparada con otros instrumentos internacionales, un primer rasgo de la Carta es la definición, dentro de un mismo instrumento, de las dos categorías o generaciones tradicionales de los derechos humanos, a saber, los civiles y políticos, de un lado; y los económicos, sociales y culturales, de otro. Esto es una novedad, porque en supuestos anteriores... cada generación era objeto de un instrumento distinto». En segundo lugar, «otro rasgo diferencial de la Carta es la

forma de organización de las elecciones europeas contribuirá a afianzar la democracia a escala europea» (Comunicación de la Comisión sobre la arquitectura institucional, *Para la Unión Europea. Paz, Libertad, Solidaridad*, COM (2002) 728 final, Bruselas, 4.12.2002, p. 16).

⁸⁴ Refiriéndose a la solución adoptada para la distribución de los escaños en el PE, A. Dashwood comenta: «The principle which... should govern the distribution of parliamentary seats —that representation be ‘degressively proportional’— will not much encourage those hopeful of seeing the democratic legitimacy of the Parliament enhanced. When the European Council of an enlarged Union with even more small members, comes to adopt the new law on the composition of the Parliament... considerations of national *amour propre* seem sadly likely to outweigh any will to create a Parliament that genuinely represents the people of the Union as a whole, rather than the separate peoples of its Member States.» («The Impact of the Enlargement on the Union’s Institutions», *EU Enlargement: A Legal Approach* (Ch. Hillion ed.), Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, p. 48).

⁸⁵ «La paradoja del método intergubernamental. Los equilibrios institucionales en la Constitución Europea», *El reto constitucional de Europa*, (J. Vidal-Beneyto coord.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 277.

sistematización de los derechos en capítulos separados, a saber: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Esta sistemática no aparece en ningún instrumento internacional de protección de los derechos humanos». En tercer lugar, «destaca asimismo la Carta por su modernidad... porque en la fecha de su elaboración permitió la definición de derechos que hasta entonces no aparecían consagrados en instrumentos internacionales de contenido general. Es el caso, entre otros, del derecho a la dignidad humana; a la integridad de la persona (con implicaciones en el marco de la bioética); a la protección de datos personales... a la libertad académica, de las artes y de la investigación científica... a los derechos de las personas mayores, y a otros»⁸⁶.

Por lo que se refiere a los derechos civiles y políticos, el principal texto de referencia para la elaboración de la Carta fue el Convenio europeo de 1950. Por eso, el texto de la Carta iba acompañado por dos listados, uno de correspondencias entre los artículos de ésta y los del CEDH y otro de los artículos de la Carta cuyo sentido es el mismo que los artículos del CEDH «pero cuyo alcance es más extenso». Las simetrías y similitudes llevó a los autores de la Carta a adoptar dos cautelas; de un lado, para evitar interpretaciones divergentes, el art. II-112.3 de la Constitución establece que en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio europeo «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», de otro, para impedir interpretaciones restrictivas, el art. II-113 dispone que ninguna de las disposiciones de la Carta «podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos» por el Derecho de la Unión o el Derecho internacional en la materia «y en particular el Convenio Europeo».

En cuanto a los derechos sociales, A. Fernández Tomás ha puesto de relieve que las fuentes de inspiración de la Carta fueron dos: la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996 y con su Protocolo adicional de 1988 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, de 1989⁸⁷.

Lo anterior pone de relieve que los instrumentos internacionales de carácter universal, como los Pactos de 1966, tuvieron una influencia mucho menor en el contenido de la Carta, lo que vendría a alimentar las acusaciones según las cuales en la Unión Europea habría cierta «aversión a los textos de derechos humanos no originados en Europa»⁸⁸. De otro lado, considerando el conjunto de los derechos consagrados, cabe destacar tanto algunas desproporciones en la atención prestada a determinados derechos y no a otros como determinadas ausencias en el catálogo. En cuanto a las primeras, puede sorprender que el derecho a una buena administración reciba en el art. II-101 una detallada enumeración mientras que la prohibi-

⁸⁶ «La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales», *Comentarios a la Constitución Europea*, (E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol dirs.), Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1659.

⁸⁷ *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 121-122.

⁸⁸ J.E. Alvarez, «Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory», *EJIL*, 2001, p. 221. El Preámbulo de la Carta sólo cita textos europeos.

ción de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes sólo merezca una línea en el art. II-64; también llama la atención la inclusión duplicada de los derechos de la ciudadanía de la Unión (arts. I-10 y II-99 a II-106)⁸⁹. Respecto a las segundas, en la Carta no hay referencias al derecho de libre determinación y los derechos de las minorías únicamente aparecen respecto a las nacionales en la alusión que el enunciado general del art. II-81 hace del principio de no discriminación, a lo que cabe añadir el silencio sobre el aborto. Por eso, es evidente que la Carta refleja tanto el nivel de desarrollo alcanzado en Europa con ciertos derechos de última generación como la falta de acuerdo en lo que concierne a otros.

2. La adhesión de la UE al Convenio europeo de derechos humanos

Como es sabido, se trata de una ya vieja cuestión que arranca de la propuesta hecha en ese sentido por la Comisión al Consejo en 1979 y que tuvo su punto álgido en el Dictamen 2/94 del TJCE, en el que éste afirmó que «la adhesión a la Convención entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos en la medida en que implicaría inserción de la Comunidad en un sistema internacional distinto... Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad... tendría envergadura constitucional, y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado», modificación que los Estados miembros pudieron pero no quisieron hacer en el Tratado de Ámsterdam ni en el Tratado de Niza.

Mientras tanto y a lo largo del tiempo se han venido planteando problemas de posibles divergencias de interpretación de determinados derechos por parte del TJCE y del TEDH así como diversas demandas ante este último por cuestiones relacionadas con el derecho comunitario. Recientemente, tras el asunto *Senator Lines*, en el que la Gran Sala acabó declarando inadmisibile la demanda tras un astuto período de espera para dar tiempo a la solución del tema ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas⁹⁰, la Sentencia de la Gran Sala de 30 de junio de 2005 en el asunto *Bosphorus c. Irlanda* se ha ocupado del tema de la responsabilidad de un Estado miembro de la Unión por una medida nacional de aplicación del derecho comunitario para la que no dispone de ningún margen de apreciación. El Tribunal resuelve la cuestión a través de la presunción de equivalencia de protección de los derechos humanos por el derecho comunitario, afirmando:

155. De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'or-

⁸⁹ Como señala J. Roldán Barbero, el estatuto de ciudadano de la Unión no es propiamente un derecho de la persona («La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *RDCE*, 2003, p. 960).

⁹⁰ TEDH, Decisión de inadmisibilidad de 10 marzo 2004, demanda n° 56672/00. Sobre este asunto, puede verse A. Pastor Palomar, «*Senator Lines* ante los tribunales europeos: los frutos de las acciones procesales paralelas ante las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo», *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 193-204.

ganisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention... Par «équivalente», la Cour entend «comparable»: toute exigence de protection «identique» de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivie.

Partiendo de esa premisa, el TEDH estima que:

156. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation.

Finalmente, llega a la conclusión de que:

l'on ne saurait considérer que la protection des droits de la société requérante garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste, de sorte que ladite présomption de respect de la Convention par l'État défendeur n'a pas été renversée.

No obstante, hay alguna afirmación en la Sentencia que podría ser entendida como una advertencia en el sentido de que el tribunal no excluiría realizar en el futuro un control de esas medidas nacionales de aplicación a la luz de la Convención europea; se trata en particular de la frase según la cual:

Toutefois, un constat de «protection équivalente» de ce type ne saurait être définitif: il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

Esta afirmación evoca un *Solange II* y parece querer dar a entender que el Tribunal mantiene su vigilancia en cada caso. Esta impresión se ve confirmada por las Opiniones que acompañan a la decisión. En efecto, la Opinión Concordante común a seis jueces⁹¹, aceptando el concepto de «protección equivalente», avisa sin embargo de que esos jueces no están convencidos del enfoque seguido para establecer que tal equivalencia existe en el caso, recordando en particular que el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria está restringido, sin que el mecanismo de la cuestión prejudicial pueda reemplazar el control externo del TEDH, de forma que para ellos el criterio de la «insuficiencia manifiesta» parece fijar un umbral de exigencia relativamente bajo que contrasta con la naturaleza general del control que se ejerce en el marco de la Convención europea de derechos humanos. Por su parte, la Opinión Concordante del juez Ress señala que «Il ne faut pas interpréter le concept de présomption de respect de la Convention comme excluant un contrôle au cas par cas de notre Cour du point de savoir s'il y a réellement eu une violation de la Convention».

⁹¹ Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki.

Estos nuevos desarrollos vienen a reforzar la idea de la adhesión de la UE al CEDH. Así, para F. Benoit-Rohmer,

L'arrêt *Bosphorus* constitue une incitation directe à l'adhésion de l'Union à la Convention. En effet, il place l'Union dans la pire des situations possibles, celle d'être justiciable devant une Cour où elle ne peut avoir le statut de partie au litige... L'exécution des arrêts pourrait également se révéler délicate puisque l'État condamné aura l'obligation de ne pas appliquer le droit de l'Union alors qu'il recevra l'injonction inverse de l'Union... seule l'adhésion permettra de résoudre de manière efficace ces problèmes⁹².

Por otra parte, la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH había sido instada también en varias ocasiones desde el Consejo de Europa, así lo hizo su Asamblea Parlamentaria mediante las Resoluciones 1068 (1995) y 1439 (2000)⁹³ y se planteó desde el primer momento en el seno de la Convención Europea que elaboró el proyecto de Constitución, hasta el punto de que el Grupo de Trabajo se denominó «Integración de la Carta y adhesión al CEDH»⁹⁴. Un documento elaborado por la Secretaría⁹⁵ se ocupaba de las modalidades y consecuencias de una eventual adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio, partiendo de la complementariedad entre la Carta y la idea de la adhesión, en la línea señalada en su día por los Presidentes del TJCE y del TEDH; el documento apuntaba las fórmulas necesarias en caso de adhesión⁹⁶ y reflexionaba en torno a las consecuencias de la adhesión en cuanto al principio de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y sobre el reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros. Incluso, el texto llegaba a esbozar fórmulas alternativas a la adhesión, como eran la instauración de un mecanismo de traslado o consulta que daría al Tribunal de Luxemburgo la posibilidad de plantear al de Estrasburgo una cuestión de interpretación del CEDH, la creación de una sala común al que ambas jurisdicciones podrían dirigirse cuando observaran la necesidad de garantizar una interpretación uniforme de los derechos fundamentales o cuando uno de los tribunales quisiera apartarse de la jurisprudencia del otro, o la creación de un derecho de recurso ante el TEDH sin adhesión al CEDH por el que la

⁹² «À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», *Rev. Trim. Dr. H.*, n° 64, 2005, p. 853. Según L. Scheeck, «with the *Bosphorus* judgement, Strasbourg has found a way to wait for a formal accession, while confirming at the same time that it can intervene at the EU level» («The Relationship between the European Courts and the Integration through Human Rights», *ZaöRV*, vol. 65, 2005, p. 863.

⁹³ En la que invita a la UE a pronunciarse a favor de la adhesión al Convenio y a preparar las enmiendas necesarias a los tratados comunitarios.

⁹⁴ La Declaración de Laeken indicaba que «hay que plantearse la cuestión de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos».

⁹⁵ CONV 116/02, de 18 de junio de 2002.

⁹⁶ Por parte de la Unión, se señalaba que la adhesión requeriría una base jurídica específica y por parte del Consejo de Europa la modificación del Convenio, pues su art. 59 restringe en la actualidad el círculo de partes contratantes a los Estados miembros del Consejo de Europa, así como algunas cuestiones técnicas.

acción de las instituciones se sometería al mecanismo de las demandas individuales ante el Tribunal de Estrasburgo mediante un protocolo específico⁹⁷.

En su Informe Final, el Grupo recomendó al Pleno de la Convención la adhesión al Convenio Europeo, afirmando que «todos los miembros del Grupo apoyan con firmeza o bien están dispuestos a estudiar con ánimo favorable la creación de una autorización constitucional que faculte a la Unión para adherirse al CEDH»⁹⁸ y en cambio no recomendó los mecanismos alternativos, por los problemas jurídicos y prácticos que plantearían. Los argumentos en pro de la adhesión citados en el Informe fueron varios. Por una parte, se dijo que la adhesión «daría un mensaje político claro en cuanto a la coherencia entre la Unión y la «Europa en sentido amplio» reflejada en el Consejo de Europa y su sistema paneuropeo de protección de los derechos humanos»; por otro, que la adhesión «daría a los ciudadanos una protección análoga frente a actos de la Unión de que disfrutaban actualmente frente a todos los Estados miembros», lo que constituiría una «cuestión de credibilidad, por cuanto los Estados miembros han transferido múltiples competencias a la Unión y se ha establecido la adhesión al CEDH como condición para la adhesión de nuevos Estados a la Unión»; además, la adhesión «sería un instrumento ideal para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos de derechos humanos», a lo que había que añadir «los problemas que se derivan de la no participación de la Unión en el sistema judicial de Estrasburgo en los casos en que el Tribunal de Estrasburgo debe pronunciarse indirectamente sobre el Derecho comunitario sin que la Unión pueda defenderse ante dicho Tribunal ni disponga de un juez en el mismo que garantice la experiencia necesaria en el Derecho de la Unión»⁹⁹. En base a todo lo anterior, el Grupo recomendó la inclusión en el nuevo tratado constitucional de una base jurídica autorizando a la Unión a adherirse al CEDH.

El Informe daba también respuestas a las cuestiones planteadas por la Secretaría en su documento de reflexión, entendiendo que el principio de autonomía no se opone en modo alguno a la adhesión al CEDH porque «el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de Derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podría considerarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto del Tribunal de Estrasburgo»¹⁰⁰. De otro lado, el Grupo manifestaba su acuerdo en que la adhesión no modificaría el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros pues el ámbito de aplicación de la adhesión se limitaría a las cuestiones en las que la Unión es competente por lo que no entrañaría una ampliación de las competencias de la Unión ni muchos menos el establecimiento de una competencia general de la Unión en materia de derechos fundamentales; «úni-

⁹⁷ Véase CONV 116/02, pp. 23-26.

⁹⁸ CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, p. 11.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 11-12.

camente se generarían obligaciones «positivas» de actuación de la Unión para dar cumplimiento al CEDH en la medida en que el tratado contemple competencias de la Unión que permitan tal actuación»¹⁰¹. Con independencia de ello, el Grupo recomendó incluir en la base jurídica que autorizara la adhesión una disposición que precisara este aspecto. En coherencia, el art. I-9.2 termina diciendo que «Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución».

El Informe precisó que no le correspondía a él sino a las instituciones de la Unión decidir más adelante la apertura de negociaciones relativas a un tratado de adhesión y establecer el marco concreto para dichas negociaciones, durante las cuales —advertía— sería preciso abordar una serie de cuestiones técnicas sobre las modalidades concretas de la adhesión. En este punto, el Informe se remitía a un estudio efectuado por el Consejo de Europa y presentado en el seno del Grupo de Trabajo, al que enseguida nos referiremos.

Pues bien, el art. I-9.2 de la Constitución Europea establece que «La Unión se adherirá al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» y lo hace de manera más tajante que lo que había propuesto la Convención Europea¹⁰². Con esto, se vendría a resolver por fin este espinoso tema.

3. Allanando el camino: el Protocolo 14 al CEDH

El Consejo de Europa no ha esperado a la adopción de la Constitución Europea para empezar a facilitar la tarea de la adhesión de la UE al CEDH. En efecto, el Protocolo 14, adoptado el 14 de mayo de 2004, además de reformar determinados aspectos del sistema de control, enmienda el art. 59 del Convenio para insertar un nuevo párrafo conforme al cual «La Unión Europea puede adherirse al presente Convenio». El Informe Explicativo del Protocolo explica lo obvio:

El artículo 59 ha sido enmendado con miras a la eventual adhesión de la Unión Europea al Convenio. Un nuevo segundo párrafo prevé esta posibilidad, a fin de tomar en cuenta los desarrollos que han tenido lugar en el seno de la Unión Europea, en particular en el contexto del proyecto de tratado constitucional, en lo relativo a la adhesión al Convenio. Debe subrayarse que serán necesarias modificaciones adicionales al Convenio a fin de hacer posible tal adhesión desde un punto de vista jurídico y técnico¹⁰³.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰² El art. 7 del Proyecto elaborado por la Convención decía que «La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo».

¹⁰³ Sobre el Protocolo 14 puede verse J.A. Pastor Ridruejo, «El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 141-149; E. Savarese, «Protocol No. 14 to the European Convention on Human Rights», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVII, 2004, pp. 714-729. El Informe del CDDH del que nos ocupamos a continuación se había planteado varias fórmulas de enmienda del art. 59, según que se quisiera habilitar para adherirse a las Comunidades Europeas, a la Unión Europea, a ambas o, con carácter más general, a las organizaciones internacionales que hubieran sido invitadas por el Comité de Ministros (p. 11). En el momento de adoptarse el Protocolo 14 ya era bien conocida la intención de atribuir personalidad jurídica a la UE en la Constitución Europea.

4. Las cuestiones técnicas y jurídicas planteadas por la adhesión

Como ya hemos indicado, las consecuencias técnicas y jurídicas de la adhesión fueron abordadas en profundidad en un informe del Consejo de Europa presentado ante el Grupo de Trabajo¹⁰⁴. En él se identifican tres grandes tipos de disposiciones que pueden ser necesarias o deseables en el caso de la adhesión de las CE/UE al CEDH: a) enmiendas al texto de las disposiciones que figuran ya en el CEDH y sus protocolos; b) disposiciones adicionales que clarifiquen los términos utilizados o los adapten al caso especial de la UE; c) cualquier cuestión administrativa y técnica que no se derive del texto del Convenio. Partiendo de esto, el Informe explora dos opciones: un Protocolo de enmienda al CEDH o un tratado de adhesión. El Protocolo podría contener las disposiciones del tipo a) y b) mientras que las del c) se prestan menos a ser incluidas en un texto de estas características. En cuanto a la entrada en vigor, se plantea la posibilidad de incluir una cláusula de aceptación tácita que previera la entrada en vigor automática pasado un tiempo si no se han expresado objeciones pero se advierte de que este sistema se ha utilizado hasta el momento para instrumentos de carácter técnico mientras que la adhesión de la UE sería una innovación importante que plantea cuestiones políticas, por lo que no parece aconsejable. El tratado de adhesión se concluiría entre todos los Estados partes en el CEDH y la UE y tendría la ventaja de consistir en un solo procedimiento y no en dos como el Protocolo (que primero tendría que ser ratificado por todos los Estados partes y seguido por la adhesión de la UE); además, el tratado de adhesión podría contener los tres tipos de disposiciones antes apuntadas. El Informe concluye que ambas soluciones son técnicamente realizables desde el punto de vista del derecho de los tratados pero añade que la fórmula del tratado de adhesión tiene más ventajas.

Seguidamente, el Informe se ocupa de las diferentes cuestiones técnicas y jurídicas, distinguiendo entre las necesarias y las deseables. Entre los puntos necesitados de enmienda estarían, además del art. 59, todas aquellas disposiciones que se refieren al «Estado» o «Estados» y el art. 46.2 de la CEDH que se refiere a la competencia del Comité de Ministros para vigilar la ejecución de las sentencias, el cual debería ser enmendado para permitir a la UE participar con derecho de voto en las reuniones del Comité en esos casos. Al respecto, se suscita si también sería necesario enmendar el Estatuto del Consejo de Europa; el Informe considera que no en base al art. 30.3 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, que otorga aplicación preferente al tratado posterior (de enmienda del art. 46.2). Entre las disposiciones cuya enmienda sería deseable, el Informe cita la cuestión de cómo asegurar a la UE la participación en el procedimiento cuando en un asunto ante el TEDH estén en juego cuestiones relativas al derecho comunitario, incluyendo los asuntos relativos a una presunta violación del Convenio como consecuencia de una medida tomada por un Estado en aplicación del derecho co-

¹⁰⁴ Se trata de un Informe adoptado por el Comité Director para los Derechos Humanos (CDDH) en junio de 2002 (DG-II (2002) 006, presentado ante el Grupo de Trabajo II de la Convención como documento de trabajo 8).

munitario. El Informe opta por sugerir el establecimiento en el Convenio de una base jurídica en virtud de la cual la UE podría, tras ser autorizada por el TEDH, unirse al Estado contra el que se ha presentado la demanda, en calidad de parte en el procedimiento.

El documento que comentamos contempla también otro problema importante, cual es el estatuto y participación en el TEDH de un juez elegido por la UE. Al respecto, caben 4 opciones distintas: a) entender que ese juez no es necesario porque ya están presentes los jueces elegidos por los Estados miembros en su condición de parte en el Convenio; b) nombrar un juez de la UE sobre una base ad hoc, para los asuntos que impliquen al derecho comunitario; c) nombrar un juez a tiempo completo con una participación restringida; d) nombrar un juez a tiempo completo participando en pie de igualdad con los demás jueces. El CDDH entiende que ésta sería la solución más respetuosa con el espíritu del Convenio porque conforme a éste los jueces no representan a un Estado o a una región sino que son imparciales e independientes.

Por su parte, al elaborar la Constitución Europea los Estados miembros han querido precisar algunos extremos que habrán de ser tenidos en cuenta en el acuerdo relativo a la adhesión de la UE al CEDH. Para ello, el Protocolo 32 dispone que en dicho acuerdo «se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión»¹⁰⁵, en particular por lo que se refiere a «las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo» y a «los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten contra los Estados miembros o la Unión, según el caso». Asimismo, el Protocolo se preocupa por asegurar que la adhesión no altere ni las competencias de la UE ni la posición particular de cada Estado ante el CEDH, estableciendo:

El acuerdo... garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, a las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y a las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57.

Finalmente, el Protocolo quiere atajar la posibilidad de una utilización futura del CEDH en las controversias que pudieran surgir entre los Estados miembros en relación con la interpretación o aplicación de la Constitución, las cuales conforme al art. III-375.2 quedan confiadas en exclusiva a los procedimientos de solución establecidos en ella; para ello, el Protocolo dispone que ninguna disposición del acuerdo de adhesión afectará a la citada cláusula.

¹⁰⁵ En el mismo sentido, la Declaración relativa al apartado 2 del artículo I-9 señala que «La Conferencia conviene en que la adhesión... deberá realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión».

5. Un ensayo de proyección del CEDH sobre el derecho comunitario

Las cuestiones de relación entre el sistema de Estrasburgo y la UE tienen también otra dimensión que ya ha salido a la luz en varios casos y que en realidad es fruto de la proyección del CEDH sobre el sistema comunitario. Se trata de las invocaciones del Convenio europeo de derechos humanos frente a determinados rasgos particulares de los procedimientos comunitarios, lo que pone en juego principalmente a los arts. 6 y 13 del CEDH. Como es sabido, se han producido ya varios intentos en este sentido, tanto ante el TJCE como ante el TEDH. Así, las características de la participación del Abogado General y la imposibilidad para el particular de formular observaciones frente a sus Conclusiones han sido cuestionadas en los asuntos *Emesa Sugar*¹⁰⁶ y *Kaba*¹⁰⁷ ante el Tribunal de Luxemburgo; por su parte, la prolongada duración de la solución de una cuestión prejudicial (asunto *Pafitis y otros c. Grecia*¹⁰⁸), los procedimientos ante la Comisión (asuntos *Société Gueirin Automobiles c. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia*¹⁰⁹ y *Senator Lines c. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia*) y la inclusión en las listas de organizaciones terroristas anexas a Posiciones Comunes del Consejo (asunto *Segi y otros y Gestoras Pro-Amnistía c. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia*¹¹⁰) se han planteado ante el TEDH. Incluso ha sucedido que los asuntos planteados inicialmente ante el TJCE han pasado después al TEDH¹¹¹. Aunque hasta ahora por unos u otros motivos se ha conseguido esquivar el problema de fondo, éste estriba en que —como dijera el Abogado General Ruiz Jarabo en relación con el asunto *Emesa Sugar*— «la cuestión que se plantea, es concreto, es la de la adecuación con los postulados del Convenio, interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del procedimiento ante el juez comunitario»¹¹².

En este ámbito hay otro aspecto especialmente relevante que se une a los ya apuntados: la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el restringido acceso de los particulares a la justicia comunitaria. El TJCE reconoce este derecho

¹⁰⁶ Asunto *Emesa Sugar (Free Zone) NV y Aruba*, as. C-17/98. El Auto TJCE de 4 febrero 2000 desestimó la solicitud de *Emesa Sugar* destinada a presentar observaciones escritas en contestación a las conclusiones presentadas por el Abogado General.

¹⁰⁷ Asunto *Arben Kaba/Secretary of State for the Home Department*, as. C-466/00. En su Sentencia de 6 de marzo de 2003 el TJ no se pronunció sobre la petición del órgano nacional de valorar el procedimiento seguido en el asunto a la luz del art. 6 CEDH; véase al respecto las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo, apartados 88-117.

¹⁰⁸ STEDH de 26 de febrero de 1998.

¹⁰⁹ TEDH, decisión de inadmisibilidad de 4 de julio de 2000, demanda n° 5171/99.

¹¹⁰ TEDH, decisiones de inadmisibilidad n° 6422/02 y 9916/02.

¹¹¹ Asunto *Emesa Sugar c. Países Bajos*, decisión de inadmisibilidad de 13 de enero de 2005, demanda 62023/00.

¹¹² Asunto *Emesa Sugar (Free Zone) NV y Aruba*, *cit.*, Conclusiones del Abogado General, apartado 86.

como un principio general del derecho comunitario que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está consagrado por los arts. 6 y 13 CEDH¹¹³; la tutela judicial se concreta en la garantía de que el justiciable debe disponer en el derecho interno de un recurso de carácter jurisdiccional que permita controlar la legalidad de un acto nacional en relación con el derecho comunitario¹¹⁴; en definitiva, en un derecho a la justicia o un derecho al juez.

Hasta hace poco, lo habitual en la jurisprudencia del TJ era ver proyectado el principio de tutela judicial sobre el derecho nacional —proyección externa— y contemplar cómo con su invocación se limita la autonomía organizativa y procedimental del Estado miembro o se superaban los obstáculos procesales que condicionan la eficacia del derecho comunitario. Sin embargo, la STPI de 3 de mayo de 2002, en el asunto *Jégo-Quéré c. Comisión*¹¹⁵, invoca el derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección interna para facilitar a los particulares en el recurso de anulación el control efectivo de la normativa comunitaria, fundamentalmente cuando el acto comunitario de alcance general no precisa de desarrollo normativo o ejecutivo interno, lo que le lleva a adoptar una interpretación más amplia del art. 230 TCE; con posterioridad, la STJCE de 25 de julio de 2002, en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*¹¹⁶, reafirma la jurisprudencia tradicional sobre las condiciones de acceso de los particulares al juez comunitario, valorando el derecho a la tutela judicial efectiva pero entendiendo que en este campo, para establecer un sistema distinto, sería necesario revisar los Tratados constitutivos.

Así pues, el TJCE reenvía a los Estados la solución del tema porque no puede hacer otra cosa, lo que no significa que el problema no exista. En su Opinión Concordante a la STEDH en el asunto *Bosphorus*, el juez Ress ha recordado recientemente la cuestión, citando expresamente las dos decisiones que se acaban de traer a colación.

Pues bien, la Constitución Europea ¿supone algún avance en este ámbito? La Nota de reflexión de la Secretaría de junio de 2002, al estudiar las consecuencias de la integración de la Carta en los Tratados, apuntó la posibilidad de liberalizar las condiciones del recurso directo de los particulares ante el TJCE; la Nota mencionaba como especialmente problemático el caso en que la legislación comunitaria formula una prohibición aplicable directamente sin que se requiera un acto nacional de ejecución, en el que la única posibilidad de que dispondría un particular sería el recurso contra la sanción que en su caso le impusieran las autoridades nacionales por violación de la norma comunitaria¹¹⁷. El Grupo de Trabajo retomó la

¹¹³ STJCE de 15 de mayo de 1986, *Marguerita Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, as. 222/84, apartado 18).

¹¹⁴ STJCE de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros*, as. 222/86, apartado 17.

¹¹⁵ As. 177/01, apartados 41, 42 y 47. Un comentario sobre el asunto puede verse en B. Fernández Pérez, «Tutela judicial efectiva de los particulares y legitimación para impugnar directamente actos normativos comunitarios», *La Ley, Suplemento Unión Europea*, n° 5576, de 28 de junio de 2002, pp. 1-6.

¹¹⁶ As. C-50/00P, apartado 39. Sobre la Sentencia, puede verse B. Fernández Pérez, «De nuevo sobre la legitimación de los particulares para impugnar directamente actos normativos comunitarios y la tutela judicial efectiva: el restablecimiento del *statu quo*», *La Ley, Suplemento Unión Europea*, n° 5645, de 31 de octubre de 2002, pp. 1-7.

¹¹⁷ CONV 116/02, *cit.*, pp. 15-17.

cuestión en su Informe Final, llamando la atención del Plenario pero sin formular recomendaciones concretas¹¹⁸. Finalmente, el art. III-365.4 de la Constitución Europea dispone que «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso... contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución», con lo que se pone remedio al problema, abriendo el cauce de acceso de los particulares en el recurso de anulación.

Por otro lado, en el proceso de elaboración de la Constitución Europea en el seno de la Convención, el derecho a la tutela judicial efectiva condujo también a debatir sobre otra posible fórmula. En efecto, la Nota de reflexión de la Secretaría antes citada planteó además la cuestión de si sería conveniente instaurar una nueva vía de recurso directo para la protección de los derechos fundamentales de las personas, a imagen de algunos procedimientos constitucionales nacionales (recurso constitucional o recurso de amparo), teniendo en cuenta las condiciones restrictivas que rigen el recurso directo de los particulares a la justicia comunitaria (art. 230.4 TCE)¹¹⁹. Sin embargo, el Informe Final del Grupo de Trabajo señala en relación con este hipotético nuevo procedimiento especial que «dado que la mayor parte de los miembros tenía reservas al respecto, el Grupo no lo recomienda a la Convención»¹²⁰, por lo que el Proyecto elaborado por ésta no recogió nada al respecto.

VI. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA A LA LUZ DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

Como tratado internacional que es, la Constitución plantea diversas cuestiones desde la perspectiva del derecho de los tratados: el peculiar método de elaboración, su condición de texto compuesto por un Tratado, Protocolos y Declaraciones, el valor jurídico de las Explicaciones que acompañan a la Carta de los derechos fundamentales, el tema de la derogación de los Tratados anteriores, la entrada en vigor y las futuras revisiones del texto.

1. La elaboración de la Constitución Europea: ¿el fin del método tradicional?

Como es bien sabido, el TUE asigna la revisión de los Tratados constitutivos a una «conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros» (art. 48 TUE); sin embargo, para la elaboración de la Constitución se intercaló una fase previa que fue la Convención Europea. En efecto, la Declaración de Laeken señaló que «para garantizar una preparación tan amplia y transparente como sea posible de la próxima Conferencia Intergubernamental, el Consejo Europeo ha de-

¹¹⁸ CONV 354/02, *cit.*, pp. 15-16.

¹¹⁹ CONV 116/02, *cit.*, pp. 15-17. El documento citaba la STPI de 3 de mayo de 2002 en el asunto *Jégo-Quéré* y las Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores*.

¹²⁰ CONV 354/02, *cit.*, p. 15.

cido convocar una Convención que reúna a los principales participantes en el debate sobre el futuro de la Unión».

La Convención supuso desde luego una novedad importante y algunos quisieron verla como un cambio trascendental en el procedimiento de elaboración de los tratados. Así, la entonces ministra española de asuntos exteriores, A. Palacio, dijo en una ocasión que la Convención suponía «el fin del Derecho Internacional Público tradicional»¹²¹. El propio V. Giscard d'Estaing en su discurso de introducción con motivo de la apertura de los trabajos de la Convención apuntó que «No somos una Conferencia Intergubernamental, pues no hemos recibido un mandato de los Gobiernos para negociar, en su nombre, las soluciones que propondremos» y señaló las diferencias, afirmando que:

a lo largo de todo este tiempo, ha habido varias conferencias intergubernamentales, pero las conferencias intergubernamentales son foros en los que se llevan a cabo negociaciones diplomáticas entre los Estados miembros y en los que cada Estado trata legítimamente de obtener el mayor beneficio posible, sin tener en cuenta la visión de conjunto.

mientras que definió la Convención como «un grupo de hombres y mujeres reunidos con el único fin de elaborar un proyecto común»¹²².

Desde luego, la Convención Europea presentó rasgos innovadores desde el punto de vista del proceso de elaboración de un tratado internacional. El primero de ellos es su composición, en la que además de los representantes de los jefes de Estado o de Gobierno había representantes del PE, de los Parlamentos nacionales y de la Comisión, un Presidente y dos Vicepresidentes designados directamente por los Estados miembros por su condición de personalidades relevantes y, además, los entonces países candidatos a la adhesión participaron también en las deliberaciones representados en las mismas condiciones que los Estados miembros aunque sin poder impedir el consenso. Otros rasgos a destacar son el método del consenso utilizado para alcanzar los acuerdos y la transparencia, que permitió conocer a través de Internet el contenido de los trabajos e incluso que cualquier persona pudiera participar en foros presentando contribuciones.

No obstante, en el sistema de la Convención también se pueden observar una serie de cortapisas. Por ejemplo, la composición del Praesidium, formado por el presidente, los dos vicepresidentes, tres representantes gubernamentales, dos miembros de la Comisión, dos parlamentarios europeos y dos parlamentarios nacionales; la Secretaría, proporcionada por el Consejo; la forma de desarrollar sus sesiones a puerta cerrada; se ha dicho que estos elementos lo hacían parecerse a una pequeña conferencia intergubernamental a través de la cual los Estados miembros lograban mantener un último control sobre la actividad de la Convención¹²³.

¹²¹ *El País*, 6 de noviembre de 2002.

¹²² Discurso pronunciado el 28 de febrero de 2002, doc. SN 1565/02.

¹²³ E. Brok y M. Selmayr, «Constitución de la Unión Europea y Conferencia Intergubernamental: el fracaso del «método Metternich», *El reto constitucional de Europa* (J. Vidal-Beneyto coord.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 132.

Por otro lado, con independencia de la autoafirmación que la Convención hizo desde el comienzo de sus trabajos, la Declaración de Laeken había sido bastante cauta con respecto a la misión atribuida a la Convención, la cual tenía que «ahondar entre las distintas respuestas posibles» a las cuestiones relativas a la reforma de la UE y elaborar un «documento final» que, junto con los resultados de los debates sobre el futuro de la UE en los Estados miembros, sería el punto de partida de la subsiguiente CIG, la cual «adoptaría las decisiones definitivas». Incluso, como se recordará, la elaboración de una Constitución no era la única opción prevista por la Declaración de Laeken, limitándose a apuntar «si esta simplificación y reorganización [de los tratados] no deberían conducir en última instancia a la adopción de un texto constitucional».

A la vista de cómo se desarrollaron los trabajos en el seno de la Convención, P. Magnette ha puesto de relieve cómo en ella se desarrolló inicialmente una «lógica deliberativa» en la que los miembros de la convención presentaban sus puntos de vista en términos imparciales y a título personal, sin hacer referencia a intereses nacionales, de partido o institucionales, pero luego se volvió a una «lógica intergubernamental» donde reaparecieron los diferentes intereses; al mismo tiempo, la capacidad de influencia de los componentes no gubernamentales se debilitó considerablemente¹²⁴. Comparando con los métodos anteriores de revisión de los Tratados, P. Magnette llega a la conclusión de que

la rupture ne fut que partielle. Les échanges entre les conventionnels furent dominés, sur les questions institutionnelles autant que sur les politiques publiques, par les attitudes stratégiques et les modes classiques de négociation intergouvernementale¹²⁵.

Por todo ello, lleva razón P. Manin cuando habla de «un procedimiento parcialmente nuevo de revisión de los Tratados»¹²⁶.

A estas consideraciones vinculadas exclusivamente al método utilizado en la UE para la elaboración del texto del tratado constitucional, cabe unir otras provenientes de las nuevas tendencias de elaboración de algunos tratados multilaterales en diversos sectores del derecho internacional público, que vienen a poner de relieve que la originalidad del sistema de elaboración de la Constitución es sólo parcial. En particular, se trata de que desde hace años las ONGs han irrumpido en este tipo de procesos, consiguiendo un protagonismo relevante, desarrollando lo que se ha denominado «la diplomacia no gubernamental»¹²⁷. En este sentido. M. Bettati ha

¹²⁴ «Les deux logiques de la Convention: intergouvernementalisme vs. mimétisme constitutionnel », *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention* (O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel dirs.), pp. 192-193.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 198. Del mismo autor puede verse también sobre el tema «Deliberation or bargaining? Coping with constitutional conflicts in the Convention on the Future of Europe», *Developing a Constitution for Europe*, (E.O. Eriksen, J.E. Fossum, A.J. Menéndez eds.), Routledge, Londres y Nueva York, pp. 205-225.

¹²⁶ «Del Tratado a la Constitución. ¿Ruptura o continuidad?», *El reto constitucional de Europa*, cit., p. 91.

¹²⁷ C. Zörgbibe, «La diplomatie non gouvernementale», *Les O.N.G. et le Droit International* (M. Bettati, P-M Dupuy eds.), Economica, París, 1986, pp. 35-39.

señalado la pluralidad de niveles de intervención de las ONG en el proceso normativo y la variedad de modalidades de intervención en el mismo, bien estando presentes en la iniciativa de la norma, bien participando en un proceso normativo ya emprendido¹²⁸.

Esta apertura de los procesos de celebración de tratados a entes no estatales y carentes de subjetividad internacional se viene produciendo en sectores como el derecho del medio ambiente¹²⁹, el de los derechos humanos o en el derecho humanitario y ha encontrado un punto importante de inflexión en la elaboración de dos convenios internacionales: la Convención para la prohibición de minas antipersonas, de 1997 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998. En ambos casos, las ONGs actuaron agrupadamente y se concertaron con los Estados que compartían sus posiciones, quienes se encargaron de llevar adelante las negociaciones, con el apoyo y la presión de las organizaciones civiles. En el caso del Estatuto de Roma, más de 800 ONGs formaron una coalición que participó de manera muy trascendente en los trabajos preparatorios, dando paso luego a la presencia de 238 ONGs en la Conferencia de Roma¹³⁰. La participación de las ONGs abarcó la asistencia a las sesiones plenarias y a las sesiones oficiales de sus órganos subsidiarios, la recepción de ejemplares de los documentos oficiales, la distribución de su documentación y la intervención de un número de sus representantes en las sesiones de apertura y clausura¹³¹. Así, como ha señalado S. Sur,

la Conférence de Rome a été marquée par l'influence de nombreuses ONG, qui ont été de véritables partenaires de la négociation, soit directement, soit indirectement en investissant certaines délégations, en définissant leur position et en leur fournissant les argumentations correspondantes¹³².

Para este autor, la presencia y el activismo de las ONG es una característica de la evolución reciente del multilateralismo, que empieza a concederles —a su juicio— «un lugar excesivo» y que está derivando hacia una «nueva desposesión de los Estados, que se han prestado a este atentado a su monopolio de la conducta de

¹²⁸ «La contribution des organisations non-gouvernementales à la formation et à l'application des normes internationales», *Les O.N.G. et le Droit International*, cit., pp. 17-18. En parecidos términos, puede verse P-M Dupuy, *ibid.*, pp. 254-258.

¹²⁹ Pueden verse ejemplos de tratados sobre protección del medio ambiente en cuya elaboración participan ONGs desde 1987 en K. Raustiala, «The 'Participatory Revolution' in International Environmental Law», *The Harvard Environmental Law Review*, p. 549. Sobre el tema, puede verse también P. Willetts, «From Stockholm to Rio and beyond: the impact of the environmental movement on the United Nations consultative arrangements for NGOs», *Review of International Studies*, 1996, vol. 22, pp. 57-80.

¹³⁰ Véase A. Bos, «The Experience of the Preparatory Committee», *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, (M. Politi, G. Nesi eds.), Asghate, Aldershot, 2002, p. 27; Ch. Bassiouni, «Negotiating the Treaty of Rome», *Cornell International Law Journal*, 1999, p. 455.

¹³¹ I. Lirola Delgado, M. M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 51.

¹³² «Vers une Cour Pénale Internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», *RGDIP*, t. 103, 1999, p. 36.

las negociaciones interestatales»¹³³. Entre nosotros, L. Pérez-Prat habla de la «nueva diplomacia multilateral» y se refiere a los procesos negociadores que han tenido lugar a finales de los noventa, en los que las organizaciones de la sociedad civil «desempeñaron un papel idéntico al negociador, con la única excepción de no ejercer los derechos formales (votación para la adopción del texto) con que un sujeto estatal cuenta»¹³⁴.

De esta forma, sin restarle méritos al método de la Convención, conviene poner de relieve que viene a unirse a una orientación más general, ya conocida en el plano de la formación de las normas en el derecho internacional público y que en definitiva es tributaria de la emergencia de la sociedad civil en el ámbito internacional, en relación con aquellas materias que afectan más directamente a sus intereses. Que en el momento de redactar un texto que se llama Constitución Europea se haya procedido a esta apertura, no debe sorprender, muy al contrario, era obligado.

Al hacer estas consideraciones, dejo a un lado otra cuestión sobre la que ya se ha escrito mucho cual es la de si la Convención Europea cumplió el papel de una auténtica asamblea constituyente. Sin entrar en ella, me quedo con la opinión de A. Mangas Martín, para quien

la inserción del método «convención»... no añade especial legitimidad democrática al texto que aprueben pues no han sido elegidos por los pueblos de los Estados miembros... No se debe confundir la transparencia en el debate y apertura institucional y política... con la legitimidad democrática¹³⁵.

2. Los aspectos formales de la Constitución: una Constitución fragmentada

Pese a sus pretensiones de constitucionalización, desde el punto de vista formal el texto retiene las características de los Tratados anteriores, en el sentido de que el tratado propiamente dicho va acompañado de Protocolos, Anexos y Declaraciones. Desde un punto de vista técnico-jurídico, los Protocolos y Anexos forman parte integrante del Tratado y así lo establece el art. IV-442. Cuestión diferente, porque no forman parte del Tratado, son las Declaraciones anexas al Acta Final de la CIG, de las cuales hay 30 relativas a disposiciones de la Constitución, 11 relativas a Protocolos anexos y 9 emitidas por Estados miembros; entre estas últimas hay declaraciones individuales y plurilaterales, mientras que todas las demás son declaraciones colectivas¹³⁶. Centrándonos en ellas, sin duda el mayor interés para el

¹³³ *Ibid.*, pp. 35 y 36.

¹³⁴ *La provincia del Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 173.

¹³⁵ «Estudio Preliminar. El futuro de la Unión Europea ampliada: el Tratado de Niza y el Proyecto de Tratado Constitucional», *Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 10ª edición, 2003, p. 40.

¹³⁶ Utilizamos al respecto las categorías acuñadas por C. Martínez Capdevila, *Las declaraciones en el derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los tratados y al derecho derivado*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 72-85.

análisis se encuentra en las Declaraciones relativas a disposiciones de la Constitución, porque las vinculadas a los Protocolos se limitan a mantener algunas ya realizadas con anterioridad en relación con los Tratados y Actas de Adhesión.

Como ha señalado C. Martínez Capdevila,

La gran pregunta que surge en relación con las declaraciones colectivas al Derecho originario es por qué los Estados miembros, en cuya mano está la inclusión en el texto del Tratado correspondiente de una determinada previsión, no toman una determinación en este sentido y, en cambio, acceden a aprobar una declaración. Puede que... la respuesta se halla en el «menor valor jurídico» de las declaraciones con respecto a los Tratados (un Estado puede no estar dispuesto a que una determinada previsión adquiera rango de «Tratado», pero no le importe que sea objeto de una declaración), pero puede también que obedezca a otros motivos, tales como: evitar volver a abrir las negociaciones sobre un capítulo que las delegaciones consideran definitivamente cerrado (si la declaración se aprueba mientras se está celebrando una CIG), soslayar la iniciación del procedimiento del artículo 48 del TUE para solucionar algún problema que surge repentinamente y que requiere una respuesta inmediata (si la declaración se aprueba mientras no hay en curso ninguna CIG de revisión) o considerar que no hay forma de que el contenido de lo acordado por los Estados tenga cabida en el Tratado y que la única solución posible es recogerlo en una declaración¹³⁷.

En el caso de la Constitución Europea, es evidente que algunas de las declaraciones obedecen a los complejos equilibrios que tan difíciles fueron de alcanzar en relación con las instituciones, mientras que otras son de índole menor y por tanto no había necesidad de incluirlas en el Tratado. De todas ellas, cabe destacar dos: la Declaración relativa al apartado 7 del art. I-24 sobre la decisión del Consejo Europeo relativa al ejercicio de la Presidencia del Consejo y la Declaración relativa al art. I-25. Se trata de lo que se denomina «declaraciones adicionales»¹³⁸ que recogen, respectivamente, el proyecto de decisión europea sobre el ejercicio de la presidencia del Consejo de Ministros y el proyecto de decisión europea sobre la aplicación del art. I-25 que resucita el compromiso de Ioannina. En nuestra opinión, en cuanto al grado de precisión, estas dos declaraciones representan hasta el momento la frontera última de este tipo de textos en la práctica de la UE¹³⁹ y lo mismo puede decirse desde la óptica de sus efectos, porque rebasan claramente el papel interpretativo para plasmar el compromiso de los Estados respecto a la regulación futura de las presidencias del Consejo o a las modulaciones en la aplicación de las reglas para la adopción de decisiones por mayoría cualificada.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 72-73.

¹³⁸ Entendiendo por tal las que buscan completar la regulación contenida en el Tratado con nuevas previsiones, implicando por tanto un *aliquid novis* (C. Martínez Capdevila, *op. cit.*, p. 89).

¹³⁹ C. Martínez Capdevila cita como ejemplos de declaraciones muy precisas la Declaración sobre el establecimiento de una unidad de planificación de la política y de alerta rápida (CIG 96), la Declaración relativa a la ampliación de la UE (CIG 2000) y la Declaración relativa al futuro de la Unión (CIG 2000) (*op. cit.*, pp. 92-94).

Junto a ellas, también cabe hacer mención específica de la Declaración relativa a las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales, que incorpora el texto completo de las mismas, habida cuenta de que según el art. II-112.7 deberán ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

3. El valor interpretativo de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales

Como es sabido, el Praesidium que redactó la Carta elaboró unas explicaciones que han sido actualizadas bajo la autoridad del Presidium de la Convención Europea y que se presentan como «un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta»¹⁴⁰. En este sentido, el art. II-112.7 establece que estas explicaciones «serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» y lo mismo se indica en el Preámbulo de la Carta, recogiendo así el deseo del gobierno británico. L. Burgorgue-Larsen ha señalado que desde el punto de vista del derecho internacional se podría considerar a estas explicaciones como el reflejo del contexto, un elemento de interpretación de los términos de un tratado contemplado en el art. 31.2 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁴¹; en su opinión, las explicaciones son todo esto a la vez: acuerdo interpretativo anexo al tratado sobre la base de la Declaración nº 12 y tratado mismo, porque el Preámbulo de la Carta y sobre todo el art. II-112.7 constitucionalizan las explicaciones¹⁴². Al mismo tiempo, esta autora señala que lo establecido en el Preámbulo y en el artículo citado limitan el margen de maniobra interpretativo de los jueces, pues si bien en derecho internacional éste es libre de combinar la multiplicidad de elementos previstos en los artículos 31 (texto, contexto, acuerdo ulterior, práctica ulterior) y 32 (trabajos preparatorios, circunstancias que rodearon la conclusión del tratado), la lógica del art. II-112.7 impide que las demás reglas interpretativas intervengan hasta que se haya recurrido a las explicaciones. Afirma así que:

¹⁴⁰ Así se dice en la Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales anexa al Acta Final de la CIG.

¹⁴¹ Conforme al cual el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

¹⁴² L. Burgorgue-Larsen discrepa de J. Roldán Barbero, quien asimila las explicaciones a los trabajos preparatorios de la Carta como criterio de interpretación («La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *RDCE*, vol. 16, 2003, p. 964), por entender que «si on reste campé dans cette perspective analytique, il ne s'agit que d'une *synthèse de travaux préparatoires*. Los «explications» ont, en elles-mêmes, fait l'objet de nombreuses discussions et compromis qui, comme tel, ne sont pas visibles à leur seule lecture. On ne peut donc guère les assimiler *in extenso* aux travaux préparatoires de la Charte, car cela serait particulièrement réducteur » («Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne », *Cahiers de Droit Européen*, p. 764, nota 48).

Là où en droit international une marge de manoeuvre conséquente est laissée au juge qui —sur la base d'un ensemble de facteurs est amené à se tourner vers le texte, mais aussi le contexte et/ou une variété d'autres moyens d'interprétatifs qu'il aura le loisir de concilier— ici une obligation —le présent de l'indicatif du 7 ne trompe pas— est mise à la charge du juge qui voit ainsi son autonomie sérieusement encadrée¹⁴³.

4. La Parte IV de la Constitución: el Tratado desenmascarado

En esta Parte emerge inevitablemente la naturaleza de derecho convencional internacional de la Constitución, la cual resulta enmascarada todo a lo largo de su texto pues si bien su título es el de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, a partir del art. I-1 se habla exclusivamente de «la Constitución»¹⁴⁴. Como tratado que es, esta Parte IV contiene las tradicionales cláusulas finales propias de todo texto convencional internacional relativas a la terminación de los tratados anteriores, el ámbito de aplicación territorial y temporal, entrada en vigor, textos auténticos etc. Sin embargo, incluso aquí la terminología aparece teñida de vocablos más propios del derecho constitucional interno, de forma que no siempre se utilizan adecuadamente las categorías del derecho de los tratados. En efecto, mientras que se habla correctamente de «ámbito de aplicación territorial» (art. IV-440), «ratificación y entrada en vigor» (art. IV-447) o de «textos auténticos» (art. IV-448), se dice «derogación de los tratados anteriores» (art. IV-437) y «procedimiento de revisión» (arts. IV-443, 444 y 445), siendo así que conforme al Convenio de Viena de 1969 procede hablar de «terminación» (Parte V del Convenio) y de «enmienda» (Parte IV del Convenio).

A) LA «DEROGACIÓN» DE LOS TRATADOS ANTERIORES

En coherencia con la voluntad de refundar el proceso de integración europea, el art. IV-437 contempla lo que denomina la «derogación» de los Tratados anteriores en la fecha de entrada en vigor de la Constitución. El Proyecto de la Convención se limitaba a decir que «En la fecha de entrada en vigor del Tratado por el que se instituye la Constitución quedarán derogados el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, así como los Tratados que los completaron o modificaron y que figuran en el Protocolo anexo al Tratado por el que se instituye la Constitución»¹⁴⁵. Sin embargo, en la revisión jurídica realizada en la CIG se puso enseguida de relieve que en aras de la transparencia convendría mencionar expresamente todos los Tratados derogados así como mencionar también expresa-

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 674-657.

¹⁴⁴ Como ha dicho A. Mangas Martín, la Parte IV delata «que estamos ante una estructura organizativa de Derecho internacional e instrumentos jurídico-convencionales» («Estudio preliminar...», *op. cit.*, p. 42).

¹⁴⁵ Art. IV-2 del Proyecto.

mente que se derogarán los Protocolos que forman parte integrante de los Tratados derogados aunque la mayoría de ellos tendrían que ser recuperados e incorporados a la Constitución; además, se planteó también la conveniencia de referirse expresamente a los Tratados de Adhesión, los cuales habrían de ser estudiados para verificar si podían derogarse en lo esencial determinando qué disposiciones deberían mantenerse, considerando en particular el último Tratado de Adhesión, respecto al cual habría que estudiar el enfoque a seguir, habida cuenta de su contenido y del calendario¹⁴⁶. Así se hizo a lo largo de la Conferencia, en un trabajo en el que participaron la Secretaría de la CIG, la Comisión y el Grupo de expertos jurídicos¹⁴⁷.

El resultado fue el art. IV-437, cuyo tenor es mucho más largo que el previsto por la Convención porque cita expresamente los Tratados de Adhesión, completado por tres Protocolos: el 33 que recoge los actos y tratados posteriores a los Tratados constitutivos que quedan derogados, con la excepción del Acta de 1976 relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europea por sufragio universal directo, que permanece en vigor con adaptaciones, y los Protocolos 8 y 9 que contienen las disposiciones de los Tratados y Actas de Adhesión que también siguen en vigor con adaptaciones. Desde el punto de vista del derecho de los tratados, la redacción de este art. IV-437 no sólo habla impropiaemente de la «derogación» sino que se refiere a los tratados que «completaron o modificaron» el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, y lo mismo hace el Protocolo 33, lo que nos obliga a recordar que según el Convenio de Viena los tratados posteriores han sido de «enmienda» (art. 39 y 40 del Convenio), mientras que la «modificación» técnicamente tiene lugar entre algunas de las partes únicamente, en sus relaciones mutuas (art. 41 del Convenio), lo que no ha sido el caso de los tratados relativos a las Comunidades o a la UE, en los que siempre se ha preservado la aplicación íntegra entre todas las partes por razones obvias de coherencia del sistema de integración.

B) LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: LA INEVITABLE UNANIMIDAD

El art. IV-8 del Proyecto de la Convención exigía la ratificación por todos los Estados miembros para su entrada en vigor, de forma que, como decía el Comentario que acompañaba a esta disposición cuando se presentó «en caso de que al menos uno de los Estados signatarios no ratificara el Tratado Constitucional, éste no podría entrar en vigor y seguirían vigentes los Tratados actuales»¹⁴⁸. Al mismo tiempo, se preveía incorporar al Acta Final una Declaración trasladando la situación al Consejo Europeo si transcurrido un plazo de 2 años desde la firma del Tratado las 4/5 partes de los Estados miembros lo hubieran ratificado y uno o varios Estados hubieran experimentado dificultades para proceder a dicha ratificación. La Constitución Europea no introdujo cambios en este aspecto: su art. IV-447.2 man-

¹⁴⁶ CIG 4/03, *Observaciones de redacción y jurídicas... cit.*, p. 497.

¹⁴⁷ *Vid.* CIG 41/03, 48/03, 49/03, 51/03, 54/03 y 67/04.

¹⁴⁸ CONV 647/03, de 2 de abril de 2003.

tiene la exigencia de la unanimidad y la Declaración 30 al Acta Final contiene el texto propuesto por la Convención para el supuesto de que surgieran complicaciones en los procesos nacionales de ratificación.

De esta manera, la Constitución ha optado por la fórmula correcta desde el punto de vista del derecho de los tratados en un tema sobre el que se ha debatido mucho debido al temor —ahora confirmado— de que la ratificación no fuera unánime. Ya en el seno de la Convención se llegaron a proponer otras soluciones. Así, entre las enmiendas presentadas al art. IV-8, las hubo que propugnaban que la entrada en vigor se produjera al alcanzarse un determinado umbral (3/4 de los Parlamentos nacionales, 4/5 de los Estados miembros que representaran 4/5 de la población de la Unión, 5/6 de los Estados miembros etc.)¹⁴⁹. A su vez, el Proyecto de Constitución elaborado oficiosamente en el seno de la Comisión ofrecía una solución ingeniosa para solventar el problema consistente en proponer la adopción de dos Tratados: un Acuerdo sobre la entrada en vigor del Tratado sobre la Constitución de la Unión Europea y un Tratado sobre la Constitución de la Unión Europea; el primero entraría en vigor una vez ratificado por todas las partes, o el 31 de agosto de 200n si lo han ratificado 5/6, o en cualquier fecha posterior a ésta en que se cuente con los 5/6, mientras que el segundo lo haría el 1 de enero del año siguiente al de entrada en vigor del primer Acuerdo, siempre que al menos 3/4 de los Estados miembros hubieran efectuado una declaración solemne confirmando la voluntad de su pueblo de continuar perteneciendo a la Unión¹⁵⁰. Otros proyectos acogían fórmulas similares¹⁵¹ mientras que la doctrina ha sugerido opciones más conservadoras¹⁵².

Sin embargo, desde una perspectiva técnica nada de esto es posible. B. de Witte ha recordado que a la luz del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados el mecanismo de la modificación de los tratados sólo es posible a condición de que no

¹⁴⁹ Vid. CONV 673/03, *Ficha de análisis de las propuestas de enmiendas relativas a las disposiciones generales y finales: Proyecto de artículos relativos a la Parte III (artículos A a I)*, p. 3. Acerca de los diversos planteamientos y fórmulas barajadas en la Convención sobre este tema, puede verse E. Roig Molés, «Continuidad y refundación; deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados», *El proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, (E. Albertí Rovira dir., E. Roig Molés coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 111-116.

¹⁵⁰ Sobre la solución contenida en el Proyecto Penélope, vid. M. Urrea Corres, «El dilema de la Convención: la búsqueda de una solución alternativa al modelo clásico de reforma de los tratados», *RDCE*, vol. 14, 2003, pp. 265-280. B. de Witte ha dicho que la de este Proyecto es «the most sophisticated construction ever made in order to circumvent the unanimity rule for Treaty revision» («Entry into Force and Revision», CONV 703/03, p. 210. Este autor recuerda otras fórmulas distintas de la unanimidad que también fueron propuestas por diferentes vías (*op. cit.*, pp. 208-210).

¹⁵¹ El del Partido Popular Europeo contemplaba la entrada en vigor tras la ratificación por 12 Estados; el Proyecto Spinelli de 1984 requería la ratificación por una mayoría de los Estados miembros cuya población represente los 2/3 de la población global de la Unión.

¹⁵² Así, se propuso adoptar un Tratado de enmienda que contendría la nueva parte constitucional en su primera parte mientras que el resto del Derecho de la Unión no afectado por ella continuaría en vigor; la ratificación se requeriría sólo para aquella primera parte y el Tratado de enmienda llevaría anexo una versión consolidada del Tratado Constitucional que adquiriría eficacia jurídica a la fecha de la entrada en vigor del Tratado de enmienda («Giscard's constitutional outline», *Common Market Law Review*, vol. 39, p. 1215).

afecte al disfrute de los derechos que corresponden a las demás partes en virtud del tratado original (art. 41.1 del Convenio) y éste nunca puede ser el caso de la Constitución Europea, que inevitablemente afectará y modificará los derechos existentes de todos los Estados miembros¹⁵³. Por otro lado, el art. 48 TUE exige que las enmiendas a los Tratados sean «ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales», sin que el hecho de que la Constitución Europea pretenda refundar el proyecto de integración europea permita obviar este requerimiento porque no por ello deja de ser un tratado de enmienda de los anteriores. Como señala B. de Witte, «Legally speaking, there can be no *tabula rasa*»¹⁵⁴. A todo lo anterior cabe añadir otro argumento procedente también del derecho de los tratados: tanto el Tratado de la Comunidad Europea como el Tratado de la Unión Europea tienen una duración ilimitada, por lo que para su terminación hay que aplicar el art. 54 del Convenio sobre el derecho de los tratados, según el cual aquella podrá tener lugar «en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes».

C) LAS POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA FALTA DE UNANIMIDAD EN LA RATIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

El resultado de los *referenda* en Francia y en los Países Bajos y la consiguiente no ratificación por parte de esos Estados ha llevado ya a algunos a sugerir fórmulas alternativas para aplicar algunas de las previsiones de la Constitución. En este sentido, A. Mangas Martín ha puesto de relieve la imposibilidad de acudir a mecanismos del derecho internacional para salvar la situación. Así, no sería viable la aplicación provisional del texto, no sólo como dice esta autora porque «en la UE sería una burla descomunal y nunca se han utilizado en este marco»¹⁵⁵ sino también porque el art. 25.1 del Convenio de Viena requiere que el propio tratado así lo disponga o que los Estados negociadores hayan convenido en ello de otro modo, acuerdo al que previsiblemente no se prestarían los dos Estados afectados, amén de que conforme al apartado 2 de esta disposición la aplicación provisional terminará para un Estado si éste notifica a los demás su intención de no llegar a ser parte en el tratado, lo que tendrían que hacer Francia y los Países Bajos. De otro lado, el retiro del tratado por parte de estos dos Estados, mencionado también por A. Mangas, tendría que darse respecto de los actuales Tratados siempre que se considerara que se cumplen los requisitos establecidos por el Convenio de Viena en sus arts. 54 y 56¹⁵⁶ y ello sin entrar aquí en

¹⁵³ «Entry into Force and Revision», *op. cit.*, p. 212. En el mismo sentido se pronunció este autor en su intervención ante el Grupo de Trabajo sobre Personalidad Jurídica de la Convención Europea (WG III-WD 27, pp.10-11).

¹⁵⁴ «Entry into Force and Revision», *cit.*, p. 212. En el mismo sentido, puede verse también F. Dehousse, W. Coussens, «Rethinking the Revision and Entry into Force Clauses of the European Constitution», *Studia Diplomatica*, vol. LVI, 2003, pp. 182-183 y F. Dehousse, W. Coussens, J. García, P. Van Den Brûle, «The Results of the IGC. An Assessment in the Light of the Convention's Draft», *Studia Diplomatica*, vol. LVII, 2004, p. 32.

¹⁵⁵ «La compleja tela de araña de la UE», *Cinco Días*, 16 de junio de 2005.

¹⁵⁶ Según el art. 54, por consentimiento de todas las partes; conforme al art. 56, relativo específicamente a los tratados que no contienen disposiciones expresas al respecto, si consta que fue intención

la dimensión política que ese hecho tendría y que lo convierte en impensable. Por último, tampoco serviría recurrir a las reglas del Convenio de Viena en relación con los tratados de enmienda por los que no se hayan obligado todas las partes en el tratado anterior¹⁵⁷, según las cuales las relaciones entre los Estados partes en el tratado en la forma enmendada se regirán por éste, las relaciones entre los Estados que no hayan llegado a ser parte en el tratado en la forma enmendada se regirán por el tratado en su forma originaria y las relaciones entre los Estados partes en el tratado enmendado y los Estados partes en el tratado no enmendado se regirán por éste. Aplicar estas fórmulas atentaría contra el sistema integral de los Tratados.

Lo que sí permitiría el mecanismo de la enmienda sería reformar el art. 48 TUE para suprimir el requisito de la unanimidad pero para ello, como ha señalado C. Closa, sería necesaria una CIG cuyo resultado tendría que ser aceptado por unanimidad, seguida de una reforma del art. IV-447 de la propia Constitución que requeriría un nuevo proceso de ratificación¹⁵⁸.

D) LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El Proyecto de la Convención sólo aportó una novedad interesante a la hora de abordar la revisión de la Constitución: su art. IV-7 consagraba el método de la Convención salvo para modificaciones de escasa importancia y formalizaba el modo y el método que aquélla seguiría para transmitir sus propuestas a la CIG que tendría lugar a continuación: lo haría mediante una recomendación adoptada por consenso. En cambio, no aparecía ninguna referencia a una opción planteada en los análisis efectuada por expertos¹⁵⁹ en los últimos años acerca de la simplificación de los Tratados y de la que se hacía eco la Declaración de Laeken: establecer

de las partes admitir la posibilidad de retiro o si el derecho de retiro puede inferirse de la naturaleza del tratado; además, la parte interesada deberá notificar su intención de retirarse al menos con 12 meses de antelación.

¹⁵⁷ Art. 40.4 y 5 del Convenio.

¹⁵⁸ «Quo Vadis, Europa? Seis opciones para una crisis constitucional», *ARI* n° 76/2005, disponible en la página web del Real Instituto Elcano. Diversas reflexiones y propuestas sobre soluciones alternativas pueden verse en: S. Kurpas, «¿Qué aspectos de la Constitución Europea podrían salvarse si fracasa la ratificación? Los problemas del 'Plan B'», Real Instituto Elcano, DT 26/2005; G.L. Tosato y E. Greco, «The EU Constitutional Treaty: How to Deal with the Ratification Bottleneck», *The International Spectator*, 4/2004; J. Shaw, «What Happens If The Constitutional Treaty Is Not Ratified?», disponible en <http://www.ecln.net/elements/conferences/prague/Shaw.doc>, también en *The Treaty on a Constitution for Europe: Perspectives after the ICG*, (I. Pernice y J. Zemanek eds.), Baden-Baden, Nomos, 2005, en prensa; L. Serena Rossi, «En cas de non-ratification... Le destin périlleux du 'Traité-Constitution'», *RTD eur.*, vol. 40, 2004, pp. 621-637; B. de Witte, *The Process of Ratification of the Constitutional Treaty and the Crisis Options: A Legal Perspective*, EUI Working Paper Law No. 2004/16; R. Baldwin, «Plan B», *CEPS Policy Brief*, No. 74/June 2005.

¹⁵⁹ Así, en el Informe de los Tres Sabios, de octubre de 1999 (R. Von Weizsäcker, J-L Dehaene, D. Simon, *Las implicaciones institucionales de la ampliación*, disponible en europa.eu.int/igc2000/repoct99_es.pdf) y en el Informe del Instituto Europeo de Florencia, *Réformer les procédures de révision des traités. Deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union Européenne*, 31 de julio de 2000.

un procedimiento de revisión agravado para los aspectos de carácter constitucional, en el que sería necesaria la unanimidad, y otro más flexible para las cuestiones relativas a las políticas, en el que bastaría con una mayoría cualificada¹⁶⁰. Esta carencia fue censurada por el PE en su Resolución de 24 de septiembre de 2003 sobre el Proyecto¹⁶¹ y por la Comisión en su Dictamen para la CIG, advirtiendo que «este estado de cosas puede acarrear la parálisis total de la Unión» y considerando «absolutamente necesario que la CIG encuentre la forma de establecer procedimientos de revisión de la Constitución que sean, en condiciones bien definidas, más flexibles»¹⁶².

Los trabajos jurídicos efectuados durante la CIG remediaron esta situación, de forma que la Constitución contiene tres disposiciones relativas a los procedimientos de revisión. El art. IV-443 regula el procedimiento de revisión ordinario el cual, tras la propuesta que pueden presentar un Gobierno, el PE o la Comisión, se desarrollará en dos fases, una de Convención —salvo que la entidad de las modificaciones no la justifique— y otra de CIG, tras las cuales el texto resultante habrá de ser ratificado por todos los Estados miembros. Así pues, la Constitución Europea consagra definitivamente el método de la Convención. El art. IV-444 regula un procedimiento de revisión simplificado consistente en una «pasarela» que permitirá al Consejo Europeo mediante una decisión europea autorizar la toma de una decisión relativa a la Parte III por mayoría cualificada o mediante el procedimiento legislativo ordinario pese a que dicha Parte III requiera al respecto la unanimidad o un procedimiento legislativo especial; la iniciativa del Consejo Europeo habrá de ser transmitida a los Parlamentos nacionales, quienes podrán oponerse. En realidad, en estos supuestos no estamos ante cambios en el texto constitucional sino en el proceso de toma de decisiones¹⁶³. Finalmente, el art. IV-445 establece un procedimiento de revisión simplificado relativo a las políticas y acciones internas de la Unión (Título III de la Parte III) en el que la iniciativa corresponderá a cualquier Gobierno, el PE o la Comisión y el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea de modificación, siempre que este acto haya sido aprobado por los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales.

¹⁶⁰ Algunas de las enmiendas propuestas a este artículo proponían, sin éxito, que el procedimiento de revisión y/o de adopción de la Parte II fuera distinto del establecido para las Partes I y III (*vid.* CONV 673/03, *Ficha de análisis de las propuestas de enmiendas relativas a las disposiciones generales y finales* : Proyecto de artículos relativos a la Parte III (artículos A a I), p. 2.

¹⁶¹ Apartado 32.

¹⁶² Comunicación de la Comisión, *Una Constitución para la Unión*, COM (2003), 548 final, p. 9. En este sentido, proponía que el Consejo Europeo pudiera modificar la Parte III por mayoría de 5/6 de sus miembros, previa aprobación del PE y dictamen favorable de la Comisión; la unanimidad seguiría siendo requerida siempre que la modificación implicara una alteración de las competencias de la Unión o del equilibrio institucional (*ibid.*). Para J. Martín y Pérez de Nanclares, de no flexibilizarse el procedimiento de revisión de esa Parte, «pierde razón de ser la propia estructura del proyecto de Constitución y representa además un serio fracaso en uno de los elementos capitales para lograr en el futuro la necesaria eficacia y dinamismo de la Unión» («El Proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», *RDCE*, vol. 15, 2003, p. 570).

¹⁶³ J. Wouters, «The European Constitution, Parts I and III: Some Critical Reflections», *MJ*, 2005, p. 8.

No vamos a entrar a analizar en detalle estas disposiciones pues exceden del ámbito de este trabajo¹⁶⁴. Baste con señalar que desde la óptica del Derecho internacional no existe ningún inconveniente al respecto, pues el Convenio sobre el derecho de los tratados prima la autonomía de la voluntad de las partes en relación con la enmienda de los tratados (art. 40.1 del Convenio). En definitiva, estamos ante una de las vertientes de la flexibilidad en materia de tratados, sobre la que existe una variada práctica internacional.

VII. LA UNIÓN EUROPEA, ACTOR INTERNACIONAL

La Constitución Europea refuerza la dimensión internacional de la Unión desde varias perspectivas. Las disposiciones del texto relativas a estas cuestiones son tributarias en buena medida de los desarrollos alcanzados en los Grupos de Trabajo «Acción Exterior» y «Defensa» de la Convención.

1. Aspectos institucionales

Son tres las aportaciones del texto constitucional: la presidencia estable del Consejo Europeo, la creación de la formación «Consejo de Asuntos Exteriores» dentro del Consejo de Ministros, y sobre todo la consagración de la figura del Ministro de Asuntos Exteriores.

Con el fin de dar mayor visibilidad a la Unión, la Constitución crea el cargo de Presidente del Consejo Europeo. Sus competencias serán de proyección externa e interna, conforme a lo previsto en el art. I-22.2. En cuanto a las primeras, el TC señala que «asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Ministro de Asuntos Exteriores». A la vista de esta regulación, se plantea la incógnita de si se solapará con el Presidente de la Comisión y si se podrá coordinar bien con el Ministro de Asuntos Exteriores¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Sobre el tema, puede verse H. Oberdoff, «La ratification et la révision du traité établissant une Constitution pour l'Europe», *Notre Europe, Études et Recherches* n° 38.

¹⁶⁵ En este sentido, en sus valoraciones sobre el PTC, tanto la Comisión como el PE coincidían en subrayar la necesidad de asegurar el equilibrio entre las diferentes figuras institucionales implicadas (vid. el Dictamen de la Comisión, *Una Constitución para la Unión, cit.*, p. 10 y la Res. del PE de 24 septiembre 2003, sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que contiene el Dictamen del PE sobre la convocatoria de la CIG, apartado 20. Al respecto, D. Triantafyllou ha resaltado que la extensión reducida del mandato atribuido al Presidente del Consejo Europeo pretende evitar problemas con la figura del Presidente de la Comisión, pues es evidente que un cargo con un mandato por 2 años y medio no tiene el mismo peso que un presidente elegido por 5; este último tendrá tiempo para realizar políticas mientras que el primero se limitará más bien a tareas de coordinación (*Le projet constitutionnel de la Convention Européenne. Présentation critique de ses choix clés*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2003, p. 114). Por su parte, A. Dashwood también resta importancia a la cuestión afirmando: «All that is needed to maintain the standing of the Commission President is that the right person be chosen for the job — a Jacques Delors would surely be a match for any European Council Chair» («The Impact of the Enlargement on the Union's Institutions», *cit.*, p. 51).

Por su parte, el Consejo de Asuntos Exteriores es una de las dos formaciones expresamente previstas en el art. I-24, cuyo apartado 3 señala que «elaborará la acción exterior de la Unión atendiendo a las líneas estratégicas definidas por el Consejo Europeo y velará por la coherencia de la actuación de la Unión».

Fruto de los avances que la Constitución Europea hace en el ámbito de la PESC y gozando de un amplio consenso¹⁶⁶ el Ministro de Asuntos Exteriores se inserta en el esquema institucional de manera peculiar a través de una relación a tres bandas: de un lado, el Ministro es nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión y aquél podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento; de otro, el Ministro será uno de los vicepresidentes de la Comisión Europea, en la que se encargará de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión y en el ejercicio de estas responsabilidades dentro de la Comisión pero exclusivamente por lo que respecta a ellas, estará sujeto a los procedimientos por los que se rige el funcionamiento de la Comisión; por último, el Ministro ejecutará la política exterior y de seguridad y defensa comunes como mandatario del Consejo de Ministros y presidirá la formación Consejo de Asuntos Exteriores¹⁶⁷.

La CIG no cuestionó este planteamiento proveniente del PTC pero se ocupó de resolver algunos extremos concretos relativos al estatuto del Ministro como miembro de la Comisión. Así, a poco de comenzar sus tareas, la Presidencia italiana ofreció un elenco de las dudas que mantenían las delegaciones, entre las que destacaban la de si en el seno de la Comisión el Ministro podía votar siempre o sólo en cuestiones de relaciones exteriores, si debía dimitir en el caso de que la Comisión hubiera sido objeto de una moción de censura y si debía dimitir a solicitud del presidente de la Comisión¹⁶⁸. Para responderlas, llegó a proponerse una nueva formulación de los artículos correspondientes a la Comisión y al Presidente de la Comisión¹⁶⁹ que encontró su última expresión en la propuesta de la Presidencia a las Delegaciones antes del Consejo Europeo¹⁷⁰; se trataba de precisar que en caso de moción de censura triunfante el Ministro «deberá dimitir de las funciones que ejerce en la Comisión» y que «presentará su dimisión si el Presidente se lo pide de acuerdo con el Consejo Europeo». La Presidencia irlandesa asumió estas posicio-

¹⁶⁶ El Informe final del Grupo Acción Exterior recogía 3 opciones en relación con cómo enfocar las funciones del Alto Representante para la PESC y el Comisario encargado de relaciones exteriores. La primera consistía en mantener ambas figuras por separado, potenciando las sinergias entre ellas; la segunda era la de integrar plenamente las funciones del Alto Representante en la Comisión, la tercera proponía el ejercicio de ambas funciones (Alto Representante y Comisario Relex) por una persona que llevaría el título de «Representante Exterior Europeo» y la cuarta consistía en crear el puesto de «Ministro de Asuntos Exteriores de la UE» (*vid.* CONV 459/02, pp. 19-23).

¹⁶⁷ Art. 27 del PTC y I-28 del TC.

¹⁶⁸ *Vid.* CIG 2/03, de 2 octubre 2003, p. 2. Las mismas cuestiones se contemplaron a modo de interrogantes en el cuestionario de la presidencia relativo a esta figura (*vid.* CIG 6/03, de 7 octubre 2003, p. 4).

¹⁶⁹ CIG 45/03, de 10 noviembre 2003, pp. 3-4; CIG 52/03 ADD 1, de 25 noviembre 2003, p. 9.

¹⁷⁰ CIG 60/03, ADD 1, de 9 diciembre 2003, p. 11.

nes, incluyéndolas en sus propuestas de redacción¹⁷¹ y además incorpora una novedad consistente en precisar que en el ejercicio de sus responsabilidades en el seno de la Comisión, el Ministro está sometido a los procedimientos que regulan el funcionamiento de ésta «en la medida en que ello sea compatible» con sus funciones como ministro¹⁷². La Constitución contiene estas precisiones en los arts. I-26.8, I-27.3 y I-28.4 *in fine*.

Esta alambicada imbricación del Ministro de Asuntos Exteriores en el sistema institucional plantea dudas sobre si los implicados podrán armonizar sus actuaciones y especialmente, desde la perspectiva de la Comisión, le hace aparecer como un infiltrado del Consejo Europeo en aquélla y por tanto como otro posible agente que colabore al aumento de la intergubernamentalidad¹⁷³.

2. La celebración de acuerdos internacionales por la UE

El Informe final del Grupo Acción Exterior formuló dos recomendaciones relevantes en este ámbito: de un lado, explicitar la jurisprudencia del TJCE en materia de competencias implícitas para celebrar tratados internacionales; de otro, contar con una sola disposición sobre la celebración de acuerdos internacionales, a diferencia de la situación actual, en la que la celebración de los tratados en los ámbitos de la PESC y la CPJP tienen su propio procedimiento particular (arts. 24 y 38 TUE), distinto del general regulado en el art. 300 TCE, si bien añadió que «Esto no implicaría necesariamente cambios en los procedimientos específicos aplicables en función del asunto cubierto en el acuerdo»¹⁷⁴. En la Constitución, la primera propuesta se materializa en el art. III-323, según el cual... Por su parte, el art. III-325 regula la celebración de los tratados internacionales por la UE, si bien la unificación es simplemente formal, puesto que dicho artículo recoge una pluralidad de procedimientos en función de la materia sobre la que verse el acuerdo que se quiera adoptar¹⁷⁵, de forma que la iniciativa corresponderá a la Comisión o al Ministro de Asuntos Exteriores cuando el asunto se refiera exclusiva o principalmente a la PESC, el negociador será designado por el Consejo en función de la materia del acuerdo previsto, y el PE intervendrá de manera diferente mediante aprobación para determinados

¹⁷¹ Vid. CIG 73/04, *cit.*, Anexo 8, CIG 75/04, *cit.*, Anexo 15, CIG 81/04, *cit.*, Anexo 11, CIG 82/04, *cit.*, Anexo 1, CIG 83/04, *cit.*, Anexo 1, CIG 84/04, *cit.*, Anexo I, CIG 85/04, *cit.*, Anexo I.

¹⁷² Vid. CIG 73/04, *cit.*, p. 24, CIG 76/04, *cit.*, p. 9, CIG 81/04, *cit.*, p. 18.

¹⁷³ Para A. Mangas Martín, «Con el nombramiento de este «canciller» se asegura un «submarino» o «quintacolumnista» dentro de la Comisión, además de una bisagra que coordine la acción exterior del Consejo y Comisión. Posiblemente un fuerte control intergubernamental sobre la Comisión» («Estudio Preliminar» en *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 45). A. Dashwood opina lo siguiente: «I do not believe that an individual can be, at one and the same time, a loyal servant of the Council and a faithful member of the College of Commissioners» («The Impact of the Enlargement on the Union's Institutions», *cit.*, p. 52).

¹⁷⁴ CONV 459/02, p. 30.

¹⁷⁵ M. Pi, «Un marco institucional más coherente y eficaz para la acción exterior?», *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional*, *cit.*, p. 103.

acuerdos (vid.) y consulta para los demás, exceptuando los relacionados exclusivamente con la PESC, en los que no intervendrá. Como se ha dicho,

En definitiva, el art. III-325 aporta una mejora técnica en la línea de la comprensión y la sistemática, pero no supone un gran avance desde la óptica de la simplificación de los procedimientos. La fractura entre lo comunitario y lo intergubernamental se mantiene...¹⁷⁶.

3. El derecho de legación y la representación exterior de la UE

El art. III-328 consagra la posibilidad de que la UE cuente con delegaciones que la representen en terceros países y ante organizaciones internacionales. Se ha dicho que con ello se supera el modelo vigente, caracterizado por la ausencia de una regulación expresa del derecho de legación que se ha suplido en la práctica mediante una autoatribución deducida de diversas disposiciones que implícitamente hacían referencia a la misma¹⁷⁷. Conviene aclarar que estas delegaciones convivirán con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros, con quienes actuarán «en estrecha cooperación» (art. III-328.2) y que a aquéllas no les corresponderá el ejercicio del derecho de protección del ciudadano de la UE en el exterior¹⁷⁸.

En cuanto a la representación exterior, el Grupo Acción Exterior abogó por que la UE tratara de ser miembro de pleno derecho de las organizaciones internacionales especializadas pertinentes, si bien ésta es una cuestión que depende del tratado constitutivo de cada organización y al respecto las situaciones varían¹⁷⁹. Abogó también por que los Estados miembros coordinaran mejor sus posiciones en las organizaciones y conferencias internacionales con vistas a ponerse de acuerdo sobre la posición de la UE y la manera de impulsarla. A esto responde el art. III-305, que asigna la coordinación al Ministro de Asuntos Exteriores (en concordancia con el

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 104.

¹⁷⁷ S. Beltrán, C. Jiménez, «La personalidad jurídica única de la Unión Europea: un avance en la búsqueda de mayor presencia en el sistema internacional», *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional*, cit., p. 26. Sobre el tema, puede verse también B. Sánchez Ramos, *La Unión Europea y las relaciones diplomáticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, en especial pp. 93-95.

¹⁷⁸ Por el contrario. J.M. Sobrino Heredia entiende que el tenor del art. III-306 «podría suponer un implícito reconocimiento a que las delegaciones de la Unión ejerzan asistencia y protección diplomática a favor de los ciudadanos comunitarios, bien complementariamente a la que pueden conceder las representaciones diplomáticas de los Estados miembros sobre un ciudadano comunitario en un tercer país donde el Estado del que es nacional no cuente con representación de esta naturaleza, cuando aparezca que tal actuación es más beneficiosa para el ciudadano en concreto. Bien, alternativamente, dando la posibilidad a este ciudadano a elegir entre la protección que le podría dispensar la representación de un Estado miembro distinto del que es nacional, o la que podría darle la delegación de la Unión» («La cuestión de la representación diplomática de la Unión Europea en los trabajos de la Convención y en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *El reto constitucional de Europa*, cit., pp. 400-401).

¹⁷⁹ Véase S. Beltrán, C. Jiménez, *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional*, cit., pp. 29-34.

art. III-296.2) y que se refiere específicamente a la concertación en el seno del Consejo de Seguridad.

Junto a lo anterior, el citado Grupo propuso la creación de una escuela diplomática de la UE así como de un servicio diplomático de la UE. La Constitución Europea sólo recoge la segunda idea, a través del art. III-296.3 Vid. La Declaración 24 anexa al Tratado constitucional dispone que los trabajos para su puesta en práctica comenzarán a partir de la firma de aquél.

4. La participación de la UE en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

Por influjo del Grupo de Trabajo Defensa de la Convención, la Constitución Europea presenta tres novedades en este punto. La primera es la ampliación de las misiones Petersberg previstas en la actualidad en el art. 17.2 TUE¹⁸⁰, a través de los arts. I-41.1 y III-309; conforme a este último, «las misiones... 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...». En realidad, como señala P. Pozo Serrano, «la reformulación de las misiones de Petersberg es tan amplia que permite albergar cualquier modalidad de acción que se ajuste al marco conceptual de la prevención de conflictos o de la gestión de crisis»¹⁸¹.

La segunda novedad consiste en la inclusión de una cláusula de defensa colectiva, siguiendo la recomendación del Grupo Defensa, la cual no había reunido la unanimidad debido a las preocupaciones de alguno de sus miembros de preservar las vinculaciones con la OTAN¹⁸². El art. I-41.7 establece:

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.

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ «La ampliación de las misiones de la Unión Europea en el ámbito de la política europea de seguridad y defensa», *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, cit., p. 51.

¹⁸² Sobre la elaboración de esta cláusula, véase R. Bermejo García, «La cláusula de defensa mutua: ¿un paso adelante hacia una auténtica política de seguridad y defensa?», *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, cit., pp. 80-93; *id.*, *Tiempo de Paz*, N° 75, 2004, pp. 33-44; A. González Bondía, «La constitucionalización de la seguridad y defensa en la nueva Unión Europea: singularidad versus coherencia», *La proyección exterior de la Unión Europea en el Tratado constitucional*, cit., pp. 165-167.

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 ésta¹⁸³.

J. Quel López ha destacado que «la asistencia mutua es concebida como un instrumento de legítima defensa colectiva en sentido estricto frente a agresiones armadas en curso contra el territorio de un Estado miembro. No se trata de un mero acuerdo político, sino de un compromiso de asistencia militar real en el marco del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, debiendo cumplirse los requisitos previstos con generalidad en el mismo»¹⁸⁴. Ahora bien, siguiendo a L.N. González Alonso, hay que advertir que «la intensidad de la obligación de asistencia recíproca en caso de ataque armado quedará modulada en función de la pertenencia o no de cada uno de los Estados miembros a auténticas alianzas militares exteriores a la UE. Así, los neutrales no verán afectado «el carácter específico de su política de seguridad y defensa» por el hecho de haber aceptado esta cláusula, es decir, no estarán jurídicamente obligados a prestar asistencia; y los miembros de la Alianza Atlántica... lo harán llegado el caso ajustándose a los compromisos asumidos en el marco de esa Organización»¹⁸⁵.

Las características peculiares de la cláusula que comentamos¹⁸⁶ plantean una serie de cuestiones que han sido puestas de relieve por R. Bermejo García. En primer término, no se aclara qué ocurrirá si uno de los Estados neutrales sufre una agresión; este autor entiende que no habría que acudir a socorrerle pues la participación en la alianza no es obligatoria pero el Estado tiene que asumir las consecuencias de su no participación. No obstante, como advierte, «siempre queda el resquicio del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas»¹⁸⁷. En segundo lugar, señala que la ambigüedad de la expresión «para determinados Estados miembros que consideran que su defensa común se realiza en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte» podría hacer pensar que se puede escoger entre el

¹⁸³ El Proyecto de Tratado elaborado por la Convención proponía regular una cooperación más estrecha en materia de defensa con carácter voluntario, en la que se cooperaría estrechamente con la OTAN (arts. 40.7 y III-214).

¹⁸⁴ «La política exterior y de seguridad común en el Proyecto de Constitución para Europa», *Europa ante su futuro. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao, 2004, p. 110.

¹⁸⁵ «Unidos en la diversidad: hacia una configuración flexible de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo Iustel*, nº 7, mayo 2005, p. 20.

¹⁸⁶ Que se ponen de relieve con una simple comparación con el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte: «Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte».

¹⁸⁷ «La cláusula de defensa mutua...», *cit.*, p. 87.

marco defensivo de esta Organización o el de la Unión, pero entiende que el espíritu de la cláusula consiste en estimar preferente la actuación de la OTAN, de la que son miembros 19 de los 25 Estados de la Unión¹⁸⁸. Por otra parte, R. Bermejo resalta la virtualidad que la cláusula puede tener para España en relación con Ceuta y Melilla, dado que están fuera del ámbito de zona de la OTAN pero entrarían dentro del ámbito de aplicación del art. I-41.7 de la Constitución, puesto que habla del «Territorio» del Estado miembro objeto de la agresión armada.

La tercera aportación de la Constitución Europea consiste en la inserción de la llamada «cláusula de solidaridad», con la que se pretende dar respuesta a las nuevas amenazas a la seguridad¹⁸⁹. En este sentido, el art. I-43 dispone:

1. La Unión y los 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. La Unión movilizará 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.

Su adopción se debe a la propuesta efectuada por el Grupo de Trabajo de la Convención sobre Defensa, quien en su Informe final apuntó:

... la amenaza con la que debe enfrentarse la Unión Europea ha evolucionado. Se trata ahora de hacer frente también a la amenaza del terrorismo y a la utilización por grupos terroristas de armas de destrucción masiva, cuyo objetivo sería la población civil y las instituciones democráticas de nuestros países... esta amenaza requería como respuesta la utilización sinérgica de todos los instrumentos de que dispone actualmente la Unión y sobre todo los Estados miembros (medios militares, información, cooperación policial y judicial, protección civil, etc.)¹⁹⁰.

A. González Bondía ha señalado el carácter innovador de esta cláusula porque «aún inscribiéndose en el marco de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea, necesita también para su aplicación de un conjunto de instrumentos que

¹⁸⁸ Esta interpretación puede venir avalada por el enfoque que se le había dado al tema en el Proyecto de la Convención, en el que se salvaguardaban los derechos y obligaciones derivados del Tratado del Atlántico Norte (art. III-214.3 del Proyecto).

¹⁸⁹ La causa próxima de esta cláusula está en los atentados del 11-M de 2004 en Madrid. El Consejo Europeo de 25-26 de marzo de ese año decidió adelantar la vigencia de la cláusula sin esperar a la entrada en vigor de la Constitución Europea.

¹⁹⁰ CONV 461/02, p. 20.

se enmarcan en otros ámbitos competenciales de la Unión, como por ejemplo la cooperación judicial y policial o la protección civil»¹⁹¹. Sin embargo, lleva razón C. Ramón Chornet cuando manifiesta su preocupación por el contenido del art. I-43, que a su juicio acoge una concepción anticuada de seguridad en la que se olvidan otras dimensiones: económica, financiera, alimentaria, sanitaria, ambiental, personal, de género, comunitaria y política¹⁹²; además, se corre el riesgo de equiparar diferentes clases de amenazas mediante una interpretación extensiva que lleve a incluir cuestiones de otra índole, como es la inmigración; por último, los términos del compromiso son ambiguos y abren interrogantes, pues no se precisa el tipo de ataque terrorista (internacional o interno) que puede dar lugar a la invocación de la cláusula de solidaridad, no se define el tipo de ayuda que deben prestar los Estados miembros ni se precisa la relación de esta cláusula con el ámbito de libertad, seguridad y justicia, a lo que hay que añadir el criterio de flexibilidad que incorpora la Declaración relativa a los arts. I-43 y III-329, según la cual ninguna de las disposiciones de estos artículos pretende afectar al derecho de otro Estado miembro de escoger los medios más apropiados para cumplir con su obligación de solidaridad respecto de ese Estado miembro.

F. Aldecoa Luzárraga ofrece un balance positivo de las aportaciones de la Constitución Europea en este campo. En su opinión,

Con las numerosas innovaciones introducidas en materia de seguridad y defensa no pierde su carácter de potencia civil, sino que completa el abanico de instrumentos que integran su poder blando con un incipiente poder duro. Esa combinación de una potencia civil con instrumentos de defensa hace de la Unión Europea un actor que se ajusta a las necesidades de la nueva sociedad internacional¹⁹³.

Con todo, es bien sabido que el problema de la UE en este ámbito estriba en la puesta en práctica de los compromisos en situaciones de crisis internacionales; ése es el test que da la verdadera prueba del alcance de la voluntad política de los Estados miembros para convertir a la Unión en un sujeto creíble en el plano de las relaciones internacionales.

¹⁹¹ «La constitucionalización de la seguridad y la defensa...», *cit.*, p. 167-168.

¹⁹² La autora alerta sobre el peligro de que «pueda servir para reducir el concepto de seguridad humana al viejo concepto de seguridad nacional, territorial/estatal, al discurso de la razón de Estado, trasladado acriticamente a la UE» («La cláusula de solidaridad frente al terrorismo en el Tratado Constitucional de la UE», *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, *cit.*, pp. 129-130). El conjunto de los argumentos expuestos por C. Ramón se encuentran en las pp. 124-132 de su trabajo citado. Otros autores sostienen valoraciones positivas de la cláusula de solidaridad; es el caso de F. Aldecoa Luzárraga, «Génesis y desarrollo de la política de defensa...», *cit.*, pp. 28-29 y demás publicaciones del mismo autor sobre el tema: «La Europa europea frente al terrorismo», *ARI*, 30 marzo 2004; *La CIG confirma el Tratado Constitucional de la Convención*, Real Instituto Elcano, DT 17/2004.

¹⁹³ «Génesis y desarrollo de la política de defensa...», *cit.*, p. 32.

VIII. UNA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES DE SISTEMAS: EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros, como por otra parte sucede con el efecto directo, carece en la actualidad de regulación positiva en los Tratados constitutivos y ha sido fruto de una formulación y desarrollo jurisprudenciales. Es cierto que alguna Institución, el Parlamento Europeo, por ejemplo, en la *Resolución sobre las relaciones entre el Derecho internacional público, el Derecho comunitario y el Derecho constitucional de los Estados miembros*, de 2 de octubre de 1997, apartado 11, y un sector de la doctrina han advertido que un instrumento del derecho comunitario primario u originario, el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, incorporado por el Tratado de Amsterdam como anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea alude de forma indirecta o por referencia a este rasgo esencial del Derecho comunitario. En efecto, la disposición 2) del Protocolo establece que «la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (...) no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en los que se refiere a la relación entre el Derecho Comunitario y el nacional». Salvo esta mención indirecta, la «primacía» no está positivizada en los Tratados.

Esta situación cambiaría con la Constitución Europea, ya que su art. I-6 confiere la condición de derecho positivo al principio de primacía: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». La raíz jurisprudencial del principio que de esta manera se positiviza se explicita con nitidez en la Declaración relativa al artículo I-6, anexa al Acta final de la Conferencia Intergubernamental, que proclama que «la Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia.»

Resulta inevitable reconocer que la nueva regulación, en coherencia con el carácter ambivalente del instrumento que lo contiene —tratado, constitución, tratado constitucional—, efectúa una síntesis entre las raíces iusinternacionalistas y federales del principio. De las primeras conserva el contenido, que se formula en forma de Declaración; de las segundas recoge su condición de regla expresa, formal y materialmente constitucional. Este segundo rasgo sitúa en primer plano los problemas propios de las relaciones de sistemas, un tema genuino del derecho internacional, pero también inevitable en el derecho constitucional de los Estados compuestos, plano que el modelo tendencialmente federal de la Unión Europea evoca de forma inevitable. La dificultad de encontrar la perspectiva adecuada para abordar el análisis de la cuestión se acrecienta si tenemos en cuenta la naturaleza «autónoma» que la jurisprudencia del TJCE predica del Derecho comunitario y su condición de derecho «integrado» en los ordenamientos de los Estados miembros, derecho que, como recordó nuestro Tribunal Constitucional, no es fruto de una «actividad exterior» del Estado, sino en gran medida «interna».

La inclusión de la cláusula de primacía plantea un conjunto de interrogantes, por lo demás recurrentes en la doctrina: ¿Cuál es la fuente de la primacía: el tratado constitucional o las constituciones de los Estados miembros que lo ratifican? El hecho de que la norma se contenga en un tratado, por muy «Constitución» que se proclame, ¿no sitúa la fuente de la primacía, al menos en la perspectiva de cada ordenamiento nacional, en la habilitación consentida del Estado mediante la activación de la correspondiente cláusula constitucional de apertura a un ordenamiento supranacional? ¿Qué naturaleza tiene dicha norma habilitante? En España, el artículo 93 CE ¿es un precepto formal, «orgánico-procedimental», o tiene también un contenido material que impone limitaciones a las cesiones consentidas de la soberanía estatal, límites constitucionales a la integración, acuñados en la doctrina y jurisprudencia constitucional italianas como *controlimiti*?¹⁹⁴ ¿Cómo preserva la Constitución española su carácter supremo frente a la primacía absoluta y general del ordenamiento de la UE en el ámbito material atribuido a la Unión? Muchas de estas cuestiones han sido recientemente objeto de pronunciamiento tanto por parte del Consejo de Estado como del Tribunal Constitucional.

El Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004 recuerda que el artículo 93 CE permite que, mediante ley orgánica, se autorice la celebración de tratados por los que «se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», pero resalta a continuación algunos límites a la posibilidad de que la autorización se produzca, señalando de modo particular el que la atribución lo es del ejercicio de competencias y no de su titularidad, lo que implica el carácter revocable o recuperable de la cesión, posibilidad que el Tratado constitucional facilita mediante la previsión expresa de un procedimiento hasta ahora formalmente inexistente, el regulado en el art. I-60 relativo a la retirada voluntaria de la Unión, o que la atribución lo es «de competencias» y no de «las» competencias, por lo que no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias.

El Dictamen del Consejo de Estado recuerda que el Tribunal Constitucional ha declarado que resulta inviable constitucionalmente, al ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, «disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones», por lo que resultaba obligado contrastar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con la Constitución española a fin de detectar la eventualidad —si no cer-

¹⁹⁴ Sobre esta cuestión, entre nosotros, véanse P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 65 y ss.; más recientemente, J. M. Jover Gómez-Ferrer, *Constitución y Derecho comunitario*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, pp. 324 y ss.; P. Cruz Villalón, «El papel de los Tribunales constitucionales en el futuro constitucional de la Unión», *idem*, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 65-81. Un examen comparado en el panorama constitucional de los Estados miembros, en A. Celotto y T. Groppi, «Diritto UE e Diritto nazionale: Primauté vs. Controlimiti», en *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2004, pp. 1310-1384.

teza— de algún punto de fricción o de potencial contradicción. Para el Consejo de Estado, el conflicto entre la supremacía de la Constitución española y el principio de primacía positivizado en el Tratado constitucional era, precisamente, «el fundamental extremo en que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede entrar en conflicto con la vigente Constitución española», ya que la primacía del Derecho comunitario, al comportar que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario sino del derivado, prevalezca sobre las de Derecho interno cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional compromete la supremacía de la Constitución proclamada por su artículo 9.1 respecto de todo el ordenamiento jurídico y por su artículo 95.1 respecto del Derecho internacional.»

El Consejo de Estado ensayó una respuesta a esta antinomia relativizando el alcance del artículo I-6, al considerarlo un mero reflejo de la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, que ha de integrarse además en el marco del respeto por la Unión de la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales (artículo I-V del Tratado), pero finalmente el Consejo estimó conveniente que el Gobierno de la Nación activara el control previo de constitucionalidad de los tratados, instando del TC la correspondiente Declaración¹⁹⁵.

El Tribunal Constitucional se pronunció en la materia mediante la Declaración TC 1/2004, de 13 diciembre 2004¹⁹⁶. La Declaración supone una inflexión —o un

¹⁹⁵ Sobre el Dictamen del Consejo de Estado, véase, F. Balaguer Callejón, «Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa», *La Ley. Unión Europea*, año XXV, número 6138, de 30 de noviembre de 2004; V. Ferreres Comella y A. Sáiz Arnáiz, «¿Realmente hay que reformar la Constitución Española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución Europea?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 645, 2004.

¹⁹⁶ La Declaración ha sido objeto en poco tiempo de múltiples comentarios: A. López Castillo, A. Saiz Arnáiz, V. Ferreres Comella, *Constitución española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 213 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; G. C. Rodríguez Iglesias, «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución Europea: la Declaración del Tribunal Constitucional», *RDCE*, n.º 20, 2005, pp. 5-17; R. Alonso García, «Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril de 2005, pp. 339-364; J. A. Sánchez Barrilao, «Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución Europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004)», *ReDCE*, n.º 2, julio diciembre de 2004, pp. 127-147; F. Castillo de la Torre, «Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional Court), Opinion 1/2004 of 13 Decembre 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe», *CML Rev.*, 2005, pp. 1169-1202; J. M. Alegre Ávila, «Derecho interno y Constitución Europea. La primacía del Derecho Comunitario Europeo: La declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 6/2005; J. Martín y Pérez de Nanclares, «La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional : un giro jurisprudencial en la concepción del artículo 93 de la Constitución española», en *RGDE. Iustel*, núm. 5, 2004, www.iustel.com; I. Gómez Fernández, «La Constitución Española ‘frente’ al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», en *REDE*, n.º 14, abril-

«giro»¹⁹⁷ — en relación con la Declaración de 1 de julio de 1992 en relación con el Tratado de la Unión Europea: en ésta el Tribunal declaró la prevalencia de la Constitución; en la 1/2004 concluyó que la «primacía» del Derecho de la Unión resultaba compatible con la «supremacía» de la Constitución, ya que ésta cede sin problema constitucional alguno ante los contenidos normativos supranacionales en los ámbitos materiales atribuidos a la Unión. La compatibilidad se argumenta en una distinción entre supremacía (como equivalente de jerarquía entre normas que conduce a la invalidez) y primacía (prioridad de aplicación, que resuelve las contradicciones o antinomias normativas mediante el desplazamiento, que no invalidez, de la norma no prevalente). La Constitución sería suprema; el derecho de la Unión, prevalente, prioritario en la aplicación en caso de conflicto. La distinción es discutida, juzgándola algunos autores innecesaria y escasamente generalizable, ya que, además de ser de uso restringido, utilizándose en un concreto sector doctrinal, no tiene fácil traducción en otras lenguas de la Unión (en el Reino Unido, por ejemplo, primacía y supremacía son sinónimos)¹⁹⁸.

Este giro en la interpretación del artículo 93 hace que ya no se califique básica o exclusivamente de precepto de naturaleza orgánico-constitucional (en realidad, no lo fue nunca, pues el TC lo consideró también «fundamento inmediato de la validez» del Derecho comunitario en España), sino que ahora es considerado un precepto material: impone implícitamente «controlimiti», límites constitucionales a la integración que se articula mediante la transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, con lo que el principio de primacía carece de «alcance general».

Estos contra-límites a la autolimitación de la soberanía, estos elementos indisponibles serían la imposibilidad de contrariar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o de vulnerar los derechos inalienables de la persona humana, el contenido esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, el contraste actual entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el Tratado constitucional no revela incompatibilidad, y resulta además, a jui-

junio de 2005, pp. 297-327; A. Rodríguez, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», en *ReDCE*, nº. 3, enero-junio de 2005, www.ugr.es; L. Burgorgue-Larsen, «La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC nº 1/2004): ‘Un Solange II à l’espagnole’», *Cahiers du Conseil Constitutionnel* nº 18, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc18/etudes6.htm>

¹⁹⁷ En palabras de J. M. Pérez de Nanclares, *op. cit.* En parecido sentido, A. Sáiz Arnaiz, «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en A. López Castillo, A. Sáiz Arnáiz, V. Ferreres Comella, *Constitución española y Constitución Europea...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁹⁸ De «extraordinariamente perturbadora» califica R. Alonso García (*op. cit.* p. 359-360) la incursión conceptual del TC en el mundo de la ‘primacía’ y de la ‘supremacía’ mediante una distinción que no rige en la jurisprudencia española cuando se trata de normas de rango infralegal. Se muestra también crítico A. Sáiz Arnáiz, «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en *Constitución española y Constitución Europea*, *op. cit.*, pp. 62-70. Un juicio más benévolo en F. Castillo de la Torre, *op. cit.*, pp. 1186-1193.

cio del Tribunal Constitucional, altamente improbable que se produzca en el futuro, ya que el nivel de protección y las fuentes en las que éste se inspira son similares, si no idénticas.

No obstante, en el caso improbable de que se produzca un conflicto, el TC se reserva la competencia para resolverlo, enjuiciando el derecho comunitario a través de los procedimientos constitucionales existentes, sin precisar cuáles, con lo que nuestro Tribunal se suma a la posición de los tribunales alemán (sentencias *Solange* y sentencia Maastricht), italiano o danés.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En el Congreso sobre Derecho Comunitario y Constitución Europea celebrado en Granada los días 26 y 27 de enero de 2005 se insistió en la importancia del estudio de las aportaciones del derecho comunitario a las categorías clásicas del derecho internacional así como de la teorización de una perspectiva internacionalista en el análisis de las instituciones y el derecho de la UE. Con independencia de cuál vaya a ser su futuro —y dejando a un lado el mayor o menor acierto de los análisis realizados en las páginas precedentes— la Constitución Europea pone de relieve el interés insustituible de estos enfoques.