

LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE LA UE Y EL TEST DEMOCRÁTICO DE LA DECLARACIÓN DE LAEKEN: LA ENCRUCIJADA CONVENCIONAL Y LAS EXPECTATIVAS DE LOS CIUDADANOS

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA *

SUMARIO: I. La ambición democrática de la Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea. II. Los acuerdos internacionales como fuente del Derecho de la Unión: su silencio comunitario y su presencia intergubernamental. La internacionalización convencional de la UE y la dilución de los principios democráticos. III. El «fantástico mundo convencional de la UE». De los acuerdos complementarios a los acuerdos de las cooperaciones reforzadas extracomunitarias. IV. El procedimiento general del art. 300 TCE como garante del equilibrio institucional. Su carácter residual y la precariedad de la intervención del PE. V. La acción convencional en los pilares intergubernamentales: variaciones sobre la discrecionalidad política que ofrece un marco jurídico no identificado. VI. Los acuerdos en la Convención europea ¿la voladura simulada de los pilares mediante la técnica de la «mixtura interpilar»? VII. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa ¿avances democráticos y jurisdiccionales o cambiarlo todo para que todo siga igual? VIII. Conclusiones.

I. LA AMBICIÓN DEMOCRÁTICA DE LA DECLARACIÓN DE LAEKEN SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA

Lo primero que llama la atención de la Declaración de Leaken del Consejo Europeo de 2001¹, más ahora que se habla de la mayor crisis de la Unión Europea tras el debacle (¿provisional?) del proceso constitucional, es su espíritu triunfalista, su

* Prof. TU de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Laeken, 15 de diciembre de 2001, SN273/01.

optimismo si no antropológico sí europeísta y excesivamente autocomplaciente. En ella se indicaba sin ningún tipo de ambages que la «Unión Europea es un éxito», éxito que se sustenta en tres pilares fundamentales. En la «paz europea perpetuada» desde hace más de medio siglo, afirmación que peca del intrusismo propio de la Unión que se arroga la identidad de toda Europa olvidándose que sólo es una parte de la misma² y que, por lo tanto, resulta falsa por parcial e insensible a las guerras europeas de finales del Siglo pasado. En el éxito económico que convierte a la Unión en una de las tres regiones más prósperas del planeta, junto a EEUU y Japón, y en el principio de solidaridad entre sus Estados Miembros que ha permitido un justo reparto del desarrollo económico, aumentado el nivel de vida en las regiones más débiles de la Unión y facilitando su desarrollo, sin olvidar que la puesta en práctica de este principio en una Europa de 25 Estados ha impedido el acuerdo sobre el presupuesto comunitario en el Consejo Europeo de junio de 2005.

Pues bien, en atención a estos presupuestos, superado Niza y ante la perspectiva de la ampliación, el Consejo Europeo de Laeken se planteó afrontar el reto democrático europeo desde una doble perspectiva. Desde dentro de la Unión, referido principalmente a la necesidad de aproximar las instituciones europeas al ciudadano a través de más transparencia, eficiencia y mayor control democrático. En tal sentido, como ha afirmado el profesor DE LA VILLA GIL, lo que el ciudadano espera de este objetivo es «mejores respuestas a preguntas concretas y no un superestado europeo o unas instituciones europeas que se ocupen de todo lo imaginable. En resumen, el ciudadano pide un enfoque comunitario claro, transparente, eficaz y conducido democráticamente, con el que Europa pueda dar una orientación al futuro del mundo»³. Por otro lado, desde el análisis del nuevo papel de Europa en un entorno más mundializado, en el que se reivindica, siguiendo con el triunfalismo anteriormente indicado, desempeñar un papel de liderazgo en un nuevo orden planetario enmarcando éticamente la mundialización, es decir, ligándola a la solidaridad y al desarrollo sostenible, así como a los valores propios de la Unión en la que la única frontera es la democracia y los derechos humanos, aun cuando es verdad que cierta parte de esta Europa reivindica el endurecimiento de los controles fronterizos y que el no a la Constitución Europea (CE) haya que interpretarse, en parte, en clave de inmigración.

Este doble reto se pretende conseguir, como es sabido, mediante un mejor reparto y definición de competencias en la Unión, la simplificación de los instrumentos y más democracia y eficiencia en la Unión. Resulta complejo precisar cómo se ha de alcanzar tan ambicioso propósito, sobre todo cuando se requiere conjugar la doble dimensión, interna y externa, de la Unión bajo los parámetros de democracia, ciudadanía y eficiencia (por el momento, el único exponente referencial con el que conta-

² Vid. J. ROLDÁN BARBERO, «La naturaleza jurídica del Derecho comunitario revisitada: la sombra del Derecho internacional es alargada», iustel.com. *RGDE* núm. 7 mayo 2005.

³ L.E. DE LA VILLA GIL, «El futuro de la Unión Europea. Declaración de Laeken», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 37, p. 225.

mos es la Constitución Europea que no ha convencido del todo a la ciudadanía comunitaria *referendada*). Tampoco es la pretensión de este trabajo efectuar un análisis global de tales principios respecto a la acción exterior de la Unión, tarea en la que resultaría necesario declinar con cierta maestría las características propias de los tres pilares de la Unión así como sus interrelaciones, recíprocas algunas, divergentes otras. Me voy a limitar a un tema formalmente técnico pero con importantes repercusiones en la convivencia social de las comunidades nacionales, regionales o internacionales que suele pasar desapercibido de todo debate público. Esto es los acuerdos internacionales, que si bien en ocasiones presentan un cierto atractivo, incluso providencial o mesiánico, en particular cuando se defiende ciertos ideales o se quiere poner de manifiesto la imperfección del sistema (como es el caso de la Carta de las Naciones Unidas en los momentos de la crisis humanitarias o bélicas), así como cuando se anuncian como irremediables ciertas medidas o esfuerzos económicos (piénsese en el valor exculporio de la UE), por lo general ofrecen un importante distanciamiento cognoscitivo con la ciudadanía.

De todas formas he de advertir que los principios de Laeken no resultan ajenos o extrajurídicos al Derecho de la Unión, pues conforme al vigente Tratado de Niza el mismo constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible (art. 1 TUE). Unión que se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y que resultan garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (art. 6 TCE), Convenio al que debería adherirse la Unión conforme el mandato Constitucional (art. 1-9 CE). Estos principios además presentan especial interés sobre todo si tenemos en cuenta las dificultades que tiene el ciudadano comunitario para impugnar ante la jurisdicción de Luxemburgo los acuerdos comunitarios pues si bien la jurisprudencia del TJCE consagra aparentemente una solución monista en lo que a la recepción del Derecho internacional convencional se refiere, se distancia apresuradamente de ella y apuesta por una concepción decididamente dualista. *Un dualismo agravado* en cuanto a la aplicabilidad y justiciabilidad de los efectos internos de los acuerdos comunitarios mediante la exigencia de una serie de presupuestos de adaptación e invocabilidad vertical⁴, así como el cumplimiento de una serie de parámetros voluntaristas y de oportunidad política comunitaria, todo ello sin olvidar el marco estructural excesivamente riguroso de la responsabilidad comunitaria respecto a las obligaciones deriva-

⁴ «Una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse que es de aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y del objeto y la naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en la ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior», TJCE Sentencia de 2 de marzo de 1999, *Nour Eddline El-Yassini y Secretary of State for the Home Department*, asunto C-416/96, par. 25.

das del derecho convencional internacional⁵. En tal sentido, hemos de coincidir con la apreciación de que el sistema jurídico comunitario sufre un importante desajuste en cuanto que su imparable ampliación normativa y competencial no se ha visto equilibrada con el correspondiente desarrollo de las garantías judiciales de los ciudadanos frente a las nuevas potestades legislativas de la Unión⁶. El Derecho comunitario afecta hoy en día a los intereses de los particulares directa, frecuente y profundamente; por lo tanto existe una mayor necesidad de tutela judicial efectiva frente a actuaciones contrarias a Derecho.

II. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN: SU SILENCIO COMUNITARIO Y SU PRESENCIA INTERGUBERNAMENTAL. LA INTERNACIONALIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA UE Y LA DILUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS

Es verdad que el TUE, quizá por un complejo de Edipo, su vocación de singularidad y autonomía o simplemente por olvido, no hace un reconocimiento explícito

⁵ Desde el punto de vista jurídico, presentan especial interés la *voluntad* de «asunción de obligaciones por la Comunidad con el propósito de cumplirlas», así como el *proceso legislativo* de «integración (de la disposiciones convencionales) en actos comunitarios como obligaciones particulares para las instituciones comunitarias», mientras que desde el punto político se apuesta por las *técnicas de presión internacional* relativas a la «reciprocidad y mutuas ventajas» y los «márgenes de maniobrabilidad internacional equiparables». Sobre esta cuestión, *vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «La Unión Europea y los acuerdos internacionales: ¿más acordes que desacuerdos en la Constitución para Europa?», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro III, E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 1456-1459.

⁶ Sobre esta cuestión *vid.* S. GALERA RODRIGO, *Sistema Europeo de Justicia Administrativa*, Dykinson, Madrid, 2005 (en prensa). El Abogado General F.G. JACOBS concluía respecto a la legitimación activa de los particulares en el recurso de anulación que «la actitud restrictiva hacia los particulares que el Tribunal de Justicia ha adoptado en el marco del artículo 230 CE, párrafo cuarto –y que se ha negado a revisar, a pesar de la ampliación de las competencias de la Comunidad mediante las sucesivas reformas de los Tratados–, parece difícil de justificar a la luz de los asuntos resueltos con arreglo a los demás párrafos del artículo 173 del Tratado CEE, en los que el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación amplia y dinámica del Tratado, e incluso contraria a su tenor literal, para garantizar que la evolución de las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias no menoscabe el Estado de Derecho y el equilibrio institucional (...) No puede permitirse que las conclusiones extraídas del contexto histórico de una disposición tan antigua puedan fijar la interpretación del concepto de persona individualmente afectada, y mucho menos si se tiene en cuenta que, en cualquier caso, los motivos que supuestamente incitaron a los redactores del Tratado a limitar la legitimación de los particulares con arreglo al Tratado CEE tienen en la actualidad una importancia reducida. Por una parte, la Comunidad Europea está en la actualidad firmemente asentada y su proceso de elaboración normativa, basado en gran medida en la adopción de actos por mayoría en el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo, es lo suficientemente sólido para soportar un control jurisdiccional a instancia de los particulares. Por otra parte, el Derecho comunitario afecta hoy en día a los intereses de los particulares directa, frecuente y profundamente; por lo tanto, existe una mayor necesidad de tutela judicial efectiva frente a actuaciones contrarias a Derecho», asunto C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, Conclusiones de 21 de marzo de 2002, pars. 71 y 77.

del Derecho internacional en general y de las normas convencionales en particular, a pesar de que el Derecho comunitario sea considerado como una ramificación o sector con importantes singularidades de «autosuficiencia jurídica»⁷ del Derecho internacional público⁸. Sólo cuando ha alcanzado el rango constitucional y ha entrado en una nueva dimensión normativa y organizativa sí que ha procedido a efectuar este reconocimiento explícito y así el art. I-3.4 de la CE prevé como un objetivo de la Unión en sus relaciones con el resto del mundo la afirmación y la promoción del estricto respeto y el desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. El Tratado Constitucional consigue así dar un salto cualitativo, pasándose, como certeramente se ha afirmado, de una concepción de la política exterior europea basada en el interés común a una formulación explícita de la política de responsabilidad⁹.

Si bien se pueden constatar importantes omisiones en cuanto a la identificación y definición de ciertos instrumentos normativos de actuación comunitaria y que, como ha señalado el profesor LINDE PANIAGUA, el panorama vigente en la Unión es en extremo complejo, tanto en lo relativo a los instrumentos legislativos como en lo concerniente a los titulares de la potestad normativa donde abundan instrumentos de perfiles jurídicos difusos, exentos de regulación, entre los que los jefes de Estado y Gobierno se desenvuelven con suma satisfacción¹⁰ (añadiría que también las Instituciones), resulta llamativo que a diferencia de las Constituciones nacionales europeas en el Tratado CE no se haga referencia en su art. 249 al poder y naturaleza normati-

⁷ B. SIMMA, «Self-contained regimes», *NYIL*, 1985, pp. 111-136

⁸ A tal efecto se ha indicado el Derecho comunitario «sigue siendo una emanación, una ramificación del ordenamiento internacional antes que un producto federalista. Es indudable que sus sobresalientes singularidades lo conducen, en cierto sentido, hacia un *tertium genus* entre los dos sistemas jurídicos de nuestro tiempo: el interno y el internacional público. Esta circunstancia explica que haya comunitaristas a tiempo completo. En cualquier caso, la presunta autonomía del sistema jurídico europeo no equivaldría, de ningún modo, a una independencia respecto del sistema interno e internacional», *vid.* J. ROLDÁN BERBERO, «La naturaleza jurídica del Derecho comunitario revisitada...», *loc.cit.* En el mismo sentido, A. PELLET, «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire» *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. VI-II. 1994, págs. 193 y ss. y J. Díez-Hochleitner, «La interdependencia entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*. 1998, págs. 39-88. Destacando su singularidad, el TJCE lo ha calificado como un «ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros», definición con la que se pretende remarcar «la autonomía del ordenamiento comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y subrayar el grado avanzado de centralización de la creación y de la aplicación de las normas que hacen intervenir esencialmente a las instituciones comunitarias y que las acerca a un ordenamiento interno», *vid.* G. Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ed. Ariel, Barcelona 2000, p. 174.

⁹ F. ALDECOA LUZÁRRAGA, «Una Europa». *Su Proceso Constituyente 2000-2003. La Innovación Política Europea y su Dimensión Internacional. La Convención, el Tratado Constitucional y su Política Exterior*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 219.

¹⁰ E. LINDE PANIAGUA, «El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la Unión Europea: consideraciones preliminares», en *RDUE*, Nº 8-1 semestre 2005, dedicado a «La Constitución de la Unión Europea», pp. 118-121.

vos de los tratados, ni se precise sobre las técnicas de recepción e integración ni sobre su relación jurídica, en términos de jerarquía o de competencia, con el resto de la normativa comunitaria, hasta tal punto que ni siquiera se hace referencia a su publicación¹¹. Se opta, simplemente, por la regulación del procedimiento (art. 300 TCE) y por la opción del término acuerdo, pues se reserva el término tratado para referirse a los Tratados constitutivos de la Unión, esto es, al derecho originario. Situación que se mantiene en los arts. I-33 a I-39 de la Constitución para Europa y que resulta por su vocación constitucional doblemente criticable. No sólo porque traiciona los propósitos de simplificación, transparencia y seguridad jurídica proclamados en Laeken, sino porque además desde el momento en que se excluyen, al menos formalmente, de la categoría de actos legislativos son apartados incomprensiblemente del importante procedimiento de «alerta rápida o temprana», previsto en los Protocolos anejos a la Constitución Europea sobre la Función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y la Aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad de la Constitución Europea, que permite la intervención de los Parlamentos nacionales en el proceso legislativo comunitario en los ámbitos competenciales no exclusivos de la UE y que ha constituido uno de los principales avances democráticos de la Constitución Europea¹². No obstante, a mi entender, los acuerdos internacionales, al

¹¹ La única previsión contenida al efecto en los Tratados constitutivos es que los acuerdos serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad así como para los Estados miembros (art. 300.7 TCE), vinculación que se extenderá al BCE en el caso de los acuerdos monetarios y cambiarios (art. 111.3 TCE) y que quedará limitada a las Instituciones de la Unión en el caso de los pilares intergubernamentales, aunque la actuación de los Estados quedarán comprometida en virtud de los principios de lealtad y solidaridad comunitaria (art. 24.6 TUE). Respecto a la publicación, sólo tras la adopción del Reglamento interno del Consejo en julio de 2002 (Decisión del Consejo de 22 de julio de 2002 por la que se adopta su Reglamento interno, DO L 230/7 de 28 de agosto de 2002), se exige expresamente la publicación de *todos* los acuerdos internacionales celebrados por la UE y la Comunidad Europea, subsanándose así la insólita situación reglamentaria anterior que sólo exigía expresamente la publicación de los acuerdos complementarios y los acuerdos de los arts. 24 y 34 del TUE, omitiendo toda referencia a los acuerdos comunitarios, si bien en la práctica éstos se publicaban como anejos a las decisiones que autorizaban su celebración. No obstante se mantiene la posibilidad de denegar la publicación de los acuerdos adoptados en los pilares intergubernamentales que supongan un perjuicio para la protección de las relaciones internacionales o sean calificados como «*top secret*», decisión que debe motivarse con el fin de proporcionar al interesado una indicación suficiente para saber si la decisión está fundada o si adolece de un vicio que permita impugnar su legalidad y en el caso de estimarse lesiva puede ser objeto de control jurisdiccional o del Defensor Europeo.

¹² El profesor J. Díez-Hochleitner estima que es un acierto que este principio no abarque a los acuerdos internacionales cuya celebración requiere procedimientos más ágiles, *vid.* «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», en *La Reforma de la Delimitación Competencial de la Futura Unión Europea*, Diego J. Liñán Nogueras (Dir.) Carmen López-Jurado (Coord.), Granada, 2003, p. 75. Sobre la aplicación del principio de subsidiaridad *vid.* L.M. Hinojosa Martínez, «La regulación del principio de subsidiaridad en el Tratado constitucional», *RDCE*, núm. 19, Septiembre/Diciembre 2004, pp. 787-827, E. Linde Paniagua, «Los Parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones de la Unión Europea», *RDUE*, núm. 6, pp. 161 ss.; A. Estrella de Noriega, *El Dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el Principio de Subsidiaridad*, Madrid 2000.

menos aquellos que requieren de la aprobación parlamentaria, quedarían sujetos al principio de subsidiaridad y proporcionalidad así como a los controles parlamentarios nacionales previstos en los Protocolos referidos, por una mera cuestión de coherencia con el alcance democrático y el paralelismo parlamentario (PE/Parlamentos nacionales) del que dota la Constitución europea a este principio, pues no sólo lo mantiene respecto a los actos legislativos europeos sino que lo extiende a la cláusula de flexibilidad (I-18.2) e incluso al ámbito de la cooperación judicial en materia penal y en materia policial dentro del denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia (III-259).

Se produce además otra importante paradoja, pues los acuerdos internacionales y su proceso de celebración sí aparecen expresamente referenciados entre las fuentes o instrumentos normativos de los pilares intergubernamentales (PESC y CPJP), incluso se procede en el Tercer Pilar a la diferenciación entre los acuerdos intracomunitarios [art. 34.2.d) TUE] y los acuerdos extracomunitarios (art. 24 TUE). Esta dicotomía en la regulación convencional dota, en parte, a los acuerdos internacionales de una visibilidad intergubernamental que refuerza su imagen de instrumento político en detrimento de su naturaleza normativa sujeta a los procedimientos constitucionales exigidos en un Estado de Derecho, agudizándose la máxima acerca de que «la internacionalización de la vida política y jurídica lleva consigo, indefectiblemente, una cierta dilución de valores democráticos, entre otras razones, porque se difumina la verdadera responsabilidad de las decisiones políticas de nuestro tiempo»¹³. La uniformidad legislativa pretendida por la Constitución Europea ha provocado, asimismo, que los acuerdos internacionales desaparezcan del sistema de fuentes propio de la PESC, de la PCSD y del Espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. I-40 a I-42).

Ahora bien, la omisión de los acuerdos en la enumeración de las fuentes que garantizan el cumplimiento de las misiones comunitarias encomendadas al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, no ha impedido el activismo convencional, ineludible por lo demás, de la CE hasta tal punto que ha creado un complejo y poliédrico sistema convencional hilvanado por la jurisprudencia «legislativa» de Luxemburgo y la práctica institucional de la Unión.

III. EL «FANTÁSTICO MUNDO CONVENCIONAL DE LA UE», DE LOS ACUERDOS COMPLEMENTARIOS A LOS ACUERDOS DE LAS COOPERACIONES REFORZADAS EXTRACOMUNITARIAS

La regulación del régimen y de la política convencional de la Unión Europea en los distintos tratados constitutivos comunitarios que confluyeron en el actual Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 y que ha supuesto la base de los trabajos de la

¹³ J. ROLDAN BERBERO, «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo comunitario», *RDCE* 2002, vol.13, p. 684.

Convención sobre el proyecto de Tratado de Constitución Europea, responde en primer lugar al título competencial que habilita legalmente —expresa, implícita o por imprevisión *ex art.* 308 TCE/cláusula de flexibilidad en el art. I-18 de la Constitución Europea— la acción convencional de la CE. Dentro de esta categoría cobra una importancia fundamental la teoría del paralelismo competencial, fundamentada en la doctrina de las competencias implícitas y en el criterio interpretativo del efecto útil y particularmente impulsada por la jurisprudencia del TJCE, que ha supuesto un despliegue inusitado y rampante de la acción convencional de la Comunidad sobre ámbitos materiales no directamente atribuidos¹⁴. En segundo lugar, a la multiplicidad de regímenes jurídicos diseñados en los distintos pilares de la Unión, generando así un sistema jurídico convencional asistemático y poliédrico que entraña procedimientos, controles democráticos y jurisdiccionales así como efectos jurídicos diferentes y diferenciados: régimen general del art. 300 TCE, los acuerdos intergubernamentales, los acuerdos del Espacio de seguridad, libertad y justicia, los acuerdos económicos y monetarios del art. 111, los acuerdos comerciales del art. 133 TCE, los acuerdos administrativos o de trabajo con las organizaciones internacionales, etc¹⁵. No es de extrañar que se haya afirmado que si bien la conclusión de tratados internacionales constituye una de las manifestaciones más relevantes de la actividad exterior de la Unión Europea, los Tratados constitutivos reconocen esta capacidad «con distinto alcance, pudiendo observarse, una falta de uniformidad y sistemática en la reglamentación de esta cuestión que llega al paroxismo, toda vez que en cada uno de ellos se arbitra un régimen sustancialmente diferente»¹⁶.

¹⁴ Tal y como se afirmara en el Dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977 (*Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior*) en referencia a la Sentencia sobre el asunto *Kramer* (1976), «la competencia para contraer obligaciones internacionales puede resultar no sólo de una atribución explícita del Tratado, sino que también puede derivarse de manera implícita de las disposiciones de éste. El Tribunal declaró, en particular, que, siempre que el Derecho comunitario hubiera atribuido a las instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad estaba facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias para la consecución de este objetivo, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto». Situación que resulta excepcional respecto al sistema competencial interno, pues como se ha destacado «la aplicación de la doctrina de las competencias implícitas conduce a la afirmación de una nueva competencia material [la acción exterior en el ámbito material de que se trate] y de una nueva competencia instrumental [el recurso al acuerdo internacional como instrumento jurídico para su regulación], deducidas ambas de las disposiciones del Tratado que establecen la competencia material interna. Esta interpretación permite diferenciar la utilización de la doctrina de las competencias implícitas en el ámbito exterior y en el ámbito interno, en la medida en que, en este último caso, el reconocimiento de la competencia material no implica necesariamente la concesión de una nueva competencia instrumental» M. ROBLES CARRILLO, «La articulación jurídica del sistema de competencias en la Unión Europea: el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención Europea», *RGDE*, nº 4 (<http://www.iustel.com/revistas>)

¹⁵ Sobre la singularidad de cada uno de ellos *vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «La Unión Europea y los acuerdos internacionales...», *loc.cit.* pp. 1431-1451.

¹⁶ J. PUEYO LOSA, «Régimen jurídico de las relaciones exteriores» en *Materiales para el Estudio del Derecho, Derecho Comunitario* (<http://www.iustel.com/cursos.asp?Id=4222371>).

Este panorama se ha de completar con una pléyade de acuerdos cada vez más envolvente, como son los innominados *acuerdos mixtos* referidos a materias cuya competencia corresponde de forma compartida o concurrente a la Comunidad y a los Estados miembros¹⁷, exigiéndose a tal efecto una actuación coordinada de los sujetos intervinientes en aras al principio de cooperación leal, y la importancia evolutiva de los múltiples *acuerdos paracomunitarios de carácter internacional*, expresamente previstos en los Tratados constitutivos (art. 34 TUE y art. 293 TCE) o que han adoptado la forma simplificada de decisiones o actos de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo¹⁸, relativos a materias exclusivas de los Estados miembros pero en cuyo proceso de negociación y celebración intervienen, en virtud de la conexión de los mismos con los objetivos y funciones de la Unión, las instituciones y estructuras comunitarias —el Consejo de la Unión se ha convertido en su sede natural de negociación y celebración—, aun cuando la manifestación del consentimiento corresponda a las autoridades nacionales de conformidad con sus normas constitucionales¹⁹. Así pues, junto a los procedimientos de la Unión eclosionan los procedimientos constitucionales de los distintos Estados miembros. Esta última categoría de tratados integra el denominado «derecho convencional complementario» que, dada su naturaleza internacional, queda excluido del ordenamiento comunitario, de la intervención del Parlamento Europeo y del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, con excepción del recurso por incumplimiento previsto en el art. 226 TCE²⁰ y del sistema jurisdiccional particular del art. 35.7 TUE respecto a los acuerdos del tercer pilar.

No obstante, el proceso de integración de la Unión ha ido metamorfoseando parte de estos acuerdos complementarios o internacionales en actos jurídicos institucionales de distinta índole²¹ y construyendo «pasarelas» como la relativa al Título IV TCE

¹⁷ Los acuerdos mixtos carecen de base jurídica expresa en el TCE, aunque sí está prevista en los artículos 102 y 103 del TCEEA.

¹⁸ Sobre los mismos, *vid.* la sentencias del TJCE de 15 de enero de 1986, asunto *Hurd*, 44/84, p. 47 y de 30 de junio de 1993, *Parlamento c. Consejo y Comisión*, C-181 y 248/91, p. I-3717, par.14; Conclusiones de 3 de octubre de 2000 del Abogado General, Sr. F. G. JACOBS, en el asunto C-15/00, *Comisión c. Banco Europeo de Inversiones*, par. 72. Asimismo resulta de especial interés las reflexiones prácticas del prof. A. Pastor Palomar, *Las Formas de Manifestación del Consentimiento para Obligarse por Tratados Internacionales: Análisis de la Práctica Española*, Biblioteca Diplomática Española, Madrid, 2001, pp. 379-385.

¹⁹ Sobre este particular, M. BERNARD, S. SALINAS y C. TIRADO, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Zaragoza 2003, pp. 242-253; A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 370-377; P. Andrés SAÉNZ DE SANTA MARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA, B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 377-390; G. ISAAC y M. BLANQUET, *Droit Communautaire General*, Armand Colin, Paris, 2001, pp. 114-129 y 165-171.

²⁰ P. MENGOZZI, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 229-230.

²¹ Tal es el caso del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995 que se vio transformado en Reglamento 1346/2000, antes de entrar en vigor como acto convencional, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resolucio-

relativo al tema de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.²² Pero junto a esta integradora metamorfosis comunitaria se mantienen la práctica de las geometrías variables mediante cooperaciones reforzadas extracomunitarias que devienen en acuerdos entre algunos Estados miembros de la Unión Europea al margen del entramado institucional y jurídico de la Unión Europea, aun cuando el propósito de tales acuerdos sea impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Se adopta una especie de «despotismo ilustrado unionista» que proclama «todo por la Unión pero sin la Unión». Este es el propósito declarado del *Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, conocido como «Schengen III», tratado que reforzará la cooperación transfronteriza, en particular en el ámbito del intercambio de información, entre Bélgica, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Francia y, tras la firma el 27 de mayo de 2005, España²³, así

nes judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 transformado en Reglamento 44/2001 sobre la misma materia o el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 sobre la determinación del Estado responsable del examen de solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades que devino en el Reglamento (CE) 343/2003 de 18 de febrero de 2003. Dinamarca no queda vinculada por el Reglamento 243/2003, por lo que se mantiene la vigencia del Acuerdo de Dublín.

²² Sin embargo, este proceso de metamorfosis *ad intra* se ha de enfrentar con las estructuras propias del Derecho internacional, mediatizado por la noción de Estado y todavía no plenamente adoptado a las peculiaridades subjetivas y normativas de las Organizaciones internacionales de integración de tal forma que de nuevo la Comunidad Europea ha tenido que recurrir a un «Derecho convencional *formalmente* complementario» para la ejecución y desarrollo en el ámbito exterior de materias integradas, aun cuando con un planteamiento novedoso y singular tanto en Derecho internacional como en Derecho comunitario. Se trata de las decisiones del Consejo por las que autoriza a los Estados miembros a ratificar o adherirse *en interés de la Comunidad* a determinados convenios internacionales, pues a pesar de tener subjetividad internacional y poseer competencia exclusiva o compartida sobre la materia objeto del tratado, la Comunidad no puede constituirse en parte al no preverse esta posibilidad para las organizaciones internacionales. *Vid.* Decisión del Consejo, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o adherirse a él (*DO n° L 097* de 8 de marzo de 2004); Decisión del Consejo, de 2 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio internacional sobre indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1992 y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes (*DO n° L 078* de 16 de marzo de 2004); Decisión del Consejo de 18 de noviembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a adherirse o ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (*DOCE n° 337*, de 13 de diciembre de 2002); Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a adherirse o ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*DO n° L 48* de 21 de febrero de 2003). Sobre la tercera decisión *vid* el comentario de J. D. JANER TORRENS, *REDI* 2003-1, pp. 563-567.

²³ <http://www.mir.es/oris/notapres/year05/SCHENGENIII.pdf>

como el Convenio para la creación de una Organización conjunta de cooperación en materia de armamento (OCCAR), hecho en Farnborough el 9 de septiembre de 1998, del que son parte Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido y al que España se adhirió en diciembre de 2004²⁴.

IV. EL PROCEDIMIENTO GENERAL DEL ART. 300 TCE COMO GARANTE DEL EQUILIBRIO INSTITUCIONAL. SU CARÁCTER RESIDUAL Y LA PRECARIEDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

El art. 300 TCE regula el procedimiento general de celebración de los acuerdos internacionales de la Comunidad, aunque presenta tantas excepciones y comprende tantas singularidades que podría afirmarse que este procedimiento en la práctica posee un carácter subsidiario o residual, especialmente afecto a garantizar el equilibrio institucional entre el Consejo y la Comisión, mientras que la regla general sería la especificidad del régimen convencional en atención a la materia objeto del acuerdo.

La característica básica del art. 300 TCE es que la Comisión posee la iniciativa y negocia de forma más o menos tutelada por la comitología decidida al efecto, mientras que el Consejo autoriza, dirige y manifiesta el consentimiento en obligarse en nombre de la Comunidad por los acuerdos celebrados por ésta con terceros Estados u Organizaciones internacionales. En todos estos supuestos, el Consejo concluirá los acuerdos previa consulta al Parlamento Europeo, incluso cuando se trate de un ámbito en el que resulte necesario el procedimiento legislativo de la codecisión (art. 251 TCE) o de la cooperación (art. 252 TCE). En todo caso, si no media este dictamen del Parlamento en el plazo que el Consejo podrá fijar según la urgencia, éste podrá pronunciarse sin él. La única capacidad de bloqueo que se le reconoce al Parlamento Europeo mediante el procedimiento del dictamen conforme (*poder legislativo negativo*), se refiere a los acuerdos de asociación del art. 310 TCE así como respecto de los acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, los acuerdos que tengan implicaciones presupuestarias importantes y los acuerdos que impliquen una modificación de un acto aprobado con arreglo al procedimiento de codecisión previsto en el art. 251 TCE.

Con respecto a este último supuesto llama la atención cierta incongruencia, pues si bien resulta muy acertado el control democrático sobre tratados que modifican lo codecidido por Parlamento Europeo, no se entiende muy bien la mera consulta al Parlamento, sujeta además a término prescriptivo, para la celebración de acuerdos internacionales que incidan sobre ámbitos que internamente requieren del procedi-

²⁴ *BOE* núm. 27 de 1 de febrero de 2005. Sobre las cooperaciones reforzadas extracomunitarias en materia de política de defensa *vid.* L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «Unidos en la diversidad: hacia una configuración flexible de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea», *iustel.com*, *RGDE* n° 7, mayo 2005.

miento legislativo de codecisión²⁵, tal y como ha ocurrido respecto al *Acuerdo entre la Comunidad y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos* que, sobre la base jurídica el art. 95 TCE –aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior–, autoriza al Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América, a través de la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras (CBP), a que pueda acceder de forma electrónica a los datos de los expedientes de los pasajeros procedentes de los sistemas de control de reservas/salidas de las compañías aéreas situados en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea, quedando sometido el tratamiento de estos datos personales directamente a la legislación de los Estados Unidos²⁶. Además conforme al art. 6 del Acuerdo cuando tal solicitud provenga de la UE, el Departamento de Seguridad de los EEUU «*en la medida en que sea factible y sobre una base de estricta reciprocidad, promoverá activamente la cooperación de las compañías aéreas dentro de su jurisdicción*». Se trata de un acuerdo impuesto por los Estados Unidos, como ha reconocido la propia Comisión²⁷, en el marco de su estrategia de lucha contra el terrorismo internacional y que por mor de lo dispuesto en el art. 300.3 TCE, este acuerdo no ha contado con el dictamen del Parlamento Europeo, no emitido dentro del plazo de urgencia fijado por el Consejo, a pesar de tratarse de una materia sometida internamente al procedimiento legislativo de la codecisión parlamentaria y por mor de tratarse de un acuerdo comunitario –aunque po-

²⁵ Esta situación cambia con la CE, pues el art. III-325.6 estipula la necesidad de la previa aprobación del PE para los acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplica el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la aprobación del PE, el procedimiento legislativo especial.

²⁶ Sobre la normativa estadounidense se ha destacado su laxitud en cuanto a la definición de lo que es un principio sustantivo y capital de la protección de datos, como el principio de la finalidad del tratamiento, determinada y legítima así como el principio de proporcionalidad. *Vid.* sobre esta cuestión, D. SANCHO VILLA, *Transferencia Internacional de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2003, pp. 142-144.

²⁷ Como ha destacada la Comisión, ésta había solicitado a las autoridades estadounidenses competentes la suspensión del cumplimiento de sus requisitos hasta que no se estableciera un marco jurídico sólido para dichas transferencias, no obstante en vista de la negativa de los Estados Unidos, la opción de insistir en garantizar el cumplimiento de la ley por parte de la UE habría estado justificada políticamente, pero no habría favorecido los objetivos expuestos. Habría debilitado la Influencia de Washington de posiciones más moderadas y dispuestas a cooperar y habría sustituido la influencia legítima que tenemos como socios cooperantes por una *prueba de fuerza*. Además se indica que en lugar de todos los datos de los PNR, la solicitud estadounidense se limita ahora a una lista cerrada de 34 elementos cuando la regla general en la práctica es que la mayoría de los PNR individuales constan como máximo de 10 ó 15 elementos. *Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Transferencia de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR): Un enfoque global de la Unión Europea*, COM(2003) 826 final de 16 de diciembre de 2003, p. 6 y la Decisión 2004/535/CE de la Comisión de 14 de mayo relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (*DO n° L 235* de 6 de julio de 2004, pp. 11-22).

sea una apariencia gubernamental— tampoco contará con el control parlamentario, judicial ni constitucional previsto en los Estados miembros²⁸. El único control que queda es el judicial ante el Tribunal de Luxemburgo y, más concretamente, el recurso de anulación, eso sí exclusivamente limitado a los demandantes privilegiados (Estados Miembros e Instituciones), pues los particulares/pasajeros que resultan directamente afectados (pero que no poseen afectación individualizada) por esta normativa carecen de legitimación activa para impugnar un acuerdo de esta naturaleza, privándoles del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pilar fundamental de la normativa sobre protección de datos personales. En este sentido el PE, que había solicitado un dictamen previo del TJCE que no impidió su celebración, ha presentado un recurso de anulación contra el Consejo y la Comisión, entre otras razones, porque estima injustificada la base jurídica, es decir el recurso al polivalente art. 95 TCE; porque modifica la Directiva 95/46/CE sobre la protección de datos personales adoptada con arreglo al procedimiento de codecisión del art. 251 TCE por lo que únicamente podría celebrarse previo dictamen conforme del PE; por vulneración del principio de cooperación leal previsto en el art. 10 TCE dadas las circunstancias muy inusuales que rodearon la adopción de la Decisión controvertida, que tuvo lugar durante el procedimiento de la solicitud de dictamen 1/04 al Tribunal de Justicia; por vulneración de derechos fundamentales y, en particular, aspectos esenciales del derecho a la protección de los datos personales que constituye asimismo una injerencia injustificable en la vida privada incompatible con el art. 8 CEDH; y por la violación del principio de proporcionalidad en la medida en que el acuerdo prevé la transferencia de un número excesivo de datos de los pasajeros y a que estos datos son almacenados demasiado tiempo por los autoridades norteamericanas²⁹.

Por último, se establece la necesidad de la «revisión constitucional» en el supuesto de que se tenga la intención de celebrar acuerdos que impliquen enmiendas al Tratado constitutivo y se prevé, a tal efecto, la posibilidad de solicitar la «declaración previa de inconstitucionalidad» para garantizar la conformidad de los acuerdos internacionales con las disposiciones materiales del Tratado. Resultan legitimados para tal fin el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o cualquier Estado miembro. En todo caso, la constitucionalidad de los acuerdos internacionales cele-

²⁸ Decisión del Consejo de 17 de mayo de 2004 relativa a la celebración de un *Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos* (Decisión 2004/496/CE, DO n° L 183/83 de 20 de mayo de 2004). El Parlamento Europeo había rechazado el 4 de mayo de 2004 por una diferencia de 42 votos la solicitud del Consejo que pedía tratar por la vía de urgencia el acuerdo sobre la transferencia de datos de pasajeros de compañías aéreas a las autoridades de EEUU. La propuesta de urgencia fue rechazada por 301 votos a favor, 343 en contra y 18 abstenciones, votación en la que participaron por primera vez los eurodiputados de los nuevos Estados miembros. En la sesión anterior la Cámara rechazó el contenido del acuerdo, pero no votó sobre la resolución final, a la espera del dictamen del Tribunal de Justicia.

²⁹ Cfr. DO n° C 228 de 11 de noviembre de 2004, pp. 31-32.

brados quedará garantizada a través de los procedimientos posteriores, en particular, mediante el recurso de anulación y la cuestión prejudicial.

V. LA ACCIÓN CONVENCIONAL EN LOS PILARES INTERGUBERNAMENTALES: VARIACIONES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA QUE OFRECE UN MARCO JURÍDICO NO IDENTIFICADO

A pesar de no tener personalidad jurídico-internacional expresamente reconocida, la UE en los ámbitos de la PESC y de la CPJP ha celebrado múltiples acuerdos internacionales de especial relevancia política y de singular contenido jurídico, aun cuando alguno de ellos no haya sido publicado. Si bien su base jurídica se encuentra en los arts. 24 y 38 TUE, no obstante adolecen, como veremos, de un perfil normativo suficientemente identificado que aporta una sugestiva maleabilidad o ductilidad jurídica que garantiza su idoneidad como instrumento para la realización de la política exterior afectada.

En cuanto al procedimiento convencional regulado en el art. 24 TUE (al que se remite el art. 38 TUE), se caracteriza por el desplazamiento de las instituciones comunitarias a favor de la Presidencia y del Consejo de la Unión, a pesar de que los acuerdos así celebrados serán vinculantes para las instituciones comunitarias (art. 24.6 TUE), lo que supone la consagración jurídica del deber de coherencia en la acción exterior exigido al marco institucional único de la Unión (art. 3 TUE). La Comisión y el Parlamento Europeo se convierten en espectadores embelesados por el humo de los barcos perdidos ya en su travesía. Si este desplazamiento resulta en sí mismo criticable, lo es especialmente respecto al tercer pilar que ha ido adquiriendo paulatinamente ciertos rasgos de «comunitarización» al reconocer la iniciativa de la Comisión (art. 34 TUE), la consulta al Parlamento Europeo (art. 39 TUE) y abrir un procedimiento de control jurisdiccional, entre lo internacional y lo comunitario, a través de los procedimientos jurisdiccionales previstos en el art. 35 TUE. Será el Consejo el que decida, a propuesta de la Presidencia, sobre la celebración de los acuerdos, bien por unanimidad (incluyendo la abstención constructiva) bien por mayoría cualificada en atención al criterio que rijan internamente la adopción de los actos jurídicos sobre las cuestiones convencionalmente reguladas. La Comisión sólo actuará a iniciativa del Consejo y su función se limitará a asistir a la Presidencia. La intervención del Parlamento Europeo y el control jurisdiccional desaparecen (salvo la singular cuestión prejudicial interpretativa del art. 35 TUE, limitada exclusivamente a los acuerdos celebrados en el ámbito CPJP), aunque de forma similar a la figura de la abstención constructiva y la previsión del art. 34.2 d) se incorpora una «cautela constitucional nacional» con aplicación provisional adicionada en virtud de la cual «ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar, no obs-

tante, que el acuerdo se les aplique provisionalmente» (art. 24.5 TUE). A pesar de todo, se trata de una extraña cautela, pues estos acuerdos no pasan tampoco el filtro parlamentario nacional y en virtud de su naturaleza de «acto de la Unión» no se publican en los respectivos Boletines Oficiales de los Estados miembros, por lo que tampoco cabe, en principio, el control constitucional interno. En tal sentido se ha afirmado que «no queda más alternativa que confirmar que los procedimientos constitucionales internos no son parte integrante del procedimiento a través del que la Unión Europea llega a manifestar su consentimiento en obligarse por un acuerdo internacional celebrado sobre la base del art. 24 del TUE»³⁰.

En el ámbito de la PESC, destacan el Acuerdo entre la Unión Europea y la OTAN sobre la seguridad de las informaciones, los distintos acuerdos de gestión de crisis reguladores de las misiones de observación, de policía o militares de la UE en Albania, Yugoslavia y Montenegro (RFY), Bosnia-Herzegovina, Antigua República Yugoslava de Macedonia, así como los acuerdos relativos a la participación de terceros Estados en estas misiones de la Unión, incluido los acuerdos de participación en la operación militar de la UE en la República Democrática del Congo («Operación Artemis») en la que han intervenido Chipre, Brasil, Canadá, Hungría y Sudáfrica³¹. Mediante tales acuerdos se establecen mecanismos institucionalizados de actuación y cooperación y se regula, entre otros aspectos, el mandato, estatuto, composición,

³⁰ Vid. el epígrafe sobre el párrafo quinto del artículo 24 a la luz de la práctica de la UE en A. CEBADA ROMERO, «Análisis reciente de la práctica convencional de la UE...», *loc.cit.*

³¹ Acuerdo entre la UE y la OTAN sobre la seguridad de las informaciones (DO n° L 80 de 27/3/2003); Acuerdo sobre la misión de observación de la UE (EUMM) en Albania (Do n° L 093 de 10/4/2003); Acuerdo entre la UE y la ARYM sobre las actividades de la misión de observación de la UE en la ARYM (DO L 241 de 11/9/2001); Acuerdo sobre las actividades de la misión de observación en la RFY (L 125 de 5/5/2001); Acuerdo sobre el estatuto y las actividades de la misión de policía de la UE en la ARYM (EUPOL «Proxima») (DO n° L 016 de 23/1/2004); Participación de Chipre en la FUE en la República Democrática del Congo (DO n° L 253 7/10/2003); Acuerdo entre la UE y Rusia sobre la participación en las actividades de la MPUE en Bosnia Herzegovina; Acuerdos sobre la participación de Turquía, República Checa, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumania en la operación militar de la UE en la ARYM (DOUE L 234 de 20/9/2003, L 229 de 13/9/2003, L 12 de 17/1/2004, L 313 de 28/11/2003, L 82 de 29/3/2003, Doc.7713/1/03 REV 1); Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas desplazadas bajo la dirección UE en la ARYM (DO n° L 82 de 29/03/2003); acuerdo sobre la participación de Polonia en las actividades de la MPUE en Bosnia-Herzegovina (Doc.15635/02); Acuerdo sobre la participación de Bulgaria, Chipre, Estonia, Hungría, Islandia, Letonia, Lituania, Noruega, Eslovaquia, República Checa, Rumania, Eslovenia, Suiza, Turquía, y Ucrania en las actividades de la MPUE en Bosnia-Herzegovina (DO n° L 239 de 25/9/2003); Acuerdo sobre las actividades de la misión de policía de la UE (MPUE) en Bosnia Herzegovina (DO n° L 293 de 29/10/2002). Estos acuerdos aparecen referenciados como actos jurídicos de la PESC en la siguiente dirección: <http://ue.eu.int/Accords/default.asp?lang=es>. La operación militar de la Unión Europea de mayor envergadura quizá sea la misión *Althea* en Bosnia-Herzegovina que reemplazó el 2 de diciembre de 2004 a la Fuerza de Estabilización (SFOR) de la OTAN en virtud de la Resolución 1551 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Acción Común 2004/570/PESC, de 12 de julio, DO n° L 252 de 28 de julio de 2004, p. 10). Sobre estas operaciones *vid.* L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «Las primeras operaciones de gestión de crisis de la UE» *RDCE* núm. 15, Mayo/Agosto 2003, pp. 653-682, del mismo autor, «Unidos en la diversidad...», *loc. cit.*; J.I. TORREBLANCA PAYÁ y A. SORROZA BLANCO, «La Unión Europea», en *Panorama Estratégico 2004/2005*, Ministerio de Defensa, junio 2005, pp. 95-97.

responsabilidades y reclamaciones, inmunidades y privilegios, seguridad y comunicaciones, cooperación y acceso a la información de las misiones acordadas así como de su personal, sin perder de vista que el Acuerdo con la OTAN se refiere al acceso e intercambio de información y material clasificados de la UE y de la OTAN que presenta especial interés en materia de protección de datos personales.

En el marco de la Constitución Europea este tipo de operaciones militares encuentra su regulación en los arts. III-309 y III-310 y en la Cooperación Estructurada Permanente (art. I-41.6 y art.III-312) quedando de nuevo sustraídas de todo control parlamentario, pues como actos de la Unión quedan excluidos de la autorización parlamentaria nacional y como tales sólo se consultará e informará periódicamente al PE (art. I-41.8). Respecto al ordenamiento español, no obstante se ha de entender que esta situación, al margen del porvenir de la Constitución Europea, se verá afectada por la nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional española que prevé que, para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España, el Gobierno realizará una consulta previa para recabar el parecer del Congreso de los Diputados³², que en caso de ser negativo podría activar el singular mecanismo del art. 24.5 TUE anteriormente citado.

Conforme al art. 38 TUE, en el ámbito de la CPJP destacan los acuerdos de asistencia judicial en materia penal³³, en particular los acuerdos «armonizadores» entre *la Unión Europea y los Estados Unidos de América* sobre extradición y asistencia judicial en materia penal que obligarán a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias, incluida la celebración de convenios internacionales o la modificación de los existentes, para dar cumplimiento a los mismos. A tal efecto, se indica de forma expresa que «los acuerdos deben firmarse en nombre de la Unión Europea» y se prevé el «intercambio de instrumentos escritos entre los Estados Unidos y los Estados miembros de la Unión Europea sobre la aplicación de los tratados bilaterales»³⁴.

A pesar de esta competencia convencional reconocida y practicada por la UE en nombre propio, conforme a la Declaración nº 4 aneja al TUE, los arts. 24 y 38 TUE y cualquier acuerdo resultante de los mismos, no llevarán implícito ningún traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión Europea, consagrando así la técnica de los acuerdos mixtos y concurrentes. En realidad, si ponemos en conexión estas disposiciones con las obligaciones de lealtad y solidaridad mutua, incluida la

³² Vid. art. 17 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2005).

³³ Vid. también el Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega para la aplicación de ciertas disposiciones del Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de 29 mayo de 2000 y Protocolo del mismo de 2001 (DO nº L 26/1, de 29 de enero de 2004)

³⁴ Vid. Decisión del Consejo relativa a la firma de estos acuerdos, DO L181/25 de 19 de septiembre de 2003. Sobre estos acuerdos vid. A. Cebada Romero, «Análisis reciente de la práctica convencional de la UE: cambios introducidos en el procedimiento convencional por el Proyecto de Tratado Constitución de la UE» *RGDE*, nº 4 y la nota a los mismos de L.M. LUJOSA VADELL, en *RGDE* nº 3 (<http://www.iustel.com/revistas>).

abstención constructiva, que impone a los Estados miembros el art. 11.2 TUE³⁵, el ámbito material regulado por los acuerdos celebrados en nombre de la Unión habría devenido en una «*competencia político-normativa exclusiva de la Unión de origen compartido*» creadora de derechos y obligaciones jurídicas para los Estados así como para las personas sobre las que incide la jurisdicción comunitaria acordada, con la peculiaridad de que estas competencias de la UE, mientras no exista invasión de las competencias comunitarias³⁶ o se produzca una improbable reclamación nacional basada en el principio de subsidiaridad y proporcionalidad, están exentas de todo control parlamentario, europeo y nacional, y de todo control jurisdiccional, situación que podría cuestionar algunos de los derechos y principios fundamentales proclamados en el art. 6 TCE y en la Carta de derechos fundamentales de la UE (en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva), así como resentir las exigencias y garantías constitucionales que han de observar los Estados miembros³⁷. En realidad, en esta materia se está creando una especie de «*limbo jurídico y tutelar*» pues, como se ha señalado, los acuerdos *ex arts. 24 y 38* se convierten en una especie de *tertium genus*; no son derecho comunitario, pero tampoco son en sentido estricto acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros y sometidos a las reglas generales que se aplican en sus respectivos ordenamientos constitucionales³⁸. Desde este punto de vista, el TUE produce en sentido material «un vaciado de las competencias de control parlamentarias relativas al contenido de la PESC, sin que esté claro que esta reducción en el plano nacional beneficie a alguna institución comunitaria»³⁹.

VI. LOS ACUERDOS EN LA CONVENCIÓN EUROPEA ¿LA VOLADURA SIMULADA DE LOS PILARES MEDIANTE LA TÉCNICA DE LA «MIXTURA INTERPILAR»?

El tema de los acuerdos internacionales de la Unión fue examinado en los grupos de trabajo dirigidos por los Vicepresidentes de la Convención, el Grupo de Tra-

³⁵ J. LASO PÉREZ, *La Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario*, Colex, Madrid, 2000, pp. 399-418.

³⁶ Arts. 46 y 47 del TUE y Sentencia del TJCE, *Centro-Com*, de 14 de enero de 1997 (asunto C 124/95), pars. 27 a 30.

³⁷ Sobre este déficit democrático y jurisdiccional, *vid.* J. FERRER LLORET, «La celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea», *BEUR* nº11, abril 2003, pp. 36-54. Además sobre esta cuestión resulta de interés, M. ÁLVAREZ VERDUGO, *La Política de Seguridad y Defensa en la Unión Europea*, Madrid, 2003; L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «La Política europea de seguridad y defensa después de Niza», *RDCE* nº 9, 2001, Enero-Junio, pp. 197-240; J.J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «El Tratado de Amsterdam y la Política exterior y de Seguridad Común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo», *RDCE* 1998-2, pp. 79-109;

³⁸ J. FERRER LLORET, *loc.cit.* p. 51.

³⁹ L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «La política exterior y de seguridad común en el Tratado de la Unión Europea», *GJ* 1992 D-18, p. 127.

bajo III relativo a la personalidad de la Unión, que presidió Giuliano AMATO⁴⁰, y el Grupo de Trabajo VII sobre la acción Exterior de la Unión presidido por Jean Luc DEHAENE⁴¹, aun cuando las líneas generales fueron trazadas por el primero de ellos. En este sentido, el Grupo se va a centrar en tres cuestiones esenciales: procedimiento convencional y representación institucional, control jurisdiccional e intervención del Parlamento Europeo⁴².

Respecto a la primera cuestión, se afirma que por lo que se refiere al procedimiento de negociación y celebración de acuerdos internacionales («*treaty making-power*»), el Grupo parte del principio de mantener el reparto vigente de competencias entre los Estados miembros y la Unión y las atribuciones respectivas de las instituciones, aunque estima que debería establecerse un procedimiento único, indicando claramente en un solo artículo del Tratado quién negocia y quién celebra los acuerdos internacionales. Esta consolidación en un artículo único podría llevarse a cabo sin que eso suponga una modificación de la especificidad de los procedimientos según la materia. De esta forma se mantendría el protagonismo del Consejo, el procedimiento del art. 300 TCE para los acuerdos referidos *exclusivamente* al Derecho comunitario y el procedimiento del art. 24 TUE si se trata de un acuerdo relativo *exclusivamente* al Título V o al Título VI del TUE. De forma paralela al debate sobre la sinergia entre el Alto Representante y el Comisario de Exteriores en la figura del Ministro de Asuntos Exteriores, la única novedad que se introduce es la referida a los acuerdos que afecten a la vez al ámbito comunitario y al Título V y al Título VI («*mixtura interpilar*»), en cuyo caso se propone que el Consejo determinaría el procedimiento de negociación en función de las materias que incluya el acuerdo, respetando el equilibrio institucional en vigor; en caso de que el tema principal del acuerdo entre dentro de un ámbito determinado se aplicaría una sola base jurídica (y por ende un solo procedimiento)⁴³. De forma más clara y adoptando el criterio de la base jurídica principal o preponderante asumido por el TJCE⁴⁴, el Grupo VII precisa que en estos supuestos se recomienda que, siempre que sea posible, el objetivo sea la celebración de un único acuerdo y que el Consejo decida el procedimiento de negociación en función del objeto principal del acuerdo y de su base jurídica⁴⁵.

A este Grupo VII se debe también la inclusión de la jurisprudencia del TJCE acerca de las competencias exteriores implícitas cuando sea necesaria la celebración

⁴⁰ Informe final CONV 305/02 de 1 de octubre de 2002.

⁴¹ Informe final CONV 459/02 de 16 de diciembre de 2002.

⁴² Sobre las propuestas de estos Grupos de Trabajo, *vid.* N. FERNÁNDEZ SOLA, «La política exterior y la proyección externa de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, Enero-Marzo 2003, pp. 403-408.

⁴³ CONV 305/02, pars. 22-23.

⁴⁴ STJCE de 30 de enero de 2001, *España c. Consejo*, asunto C-36/98, par. 59.

⁴⁵ CONV 459/02 p. 10. *Vid.* asimismo el documento de trabajo presentado por el Comisario Barner WG VII-WD 37 de 19 noviembre de 2002.

de acuerdos internacionales para la aplicación de las políticas internas o como *reflejo* de sus competencias internas en materias en las que ha ejercido esta competencia mediante la adopción de derecho derivado. Por esta razón, consideraba interesante explicitar la jurisprudencia del Tribunal para facilitar la acción de la Unión en un mundo globalizado, en particular cuando se trate de la dimensión exterior de las políticas y actuaciones internas. Por tanto, el Grupo convino en que el Tratado debía indicar que la Unión tiene competencias para celebrar acuerdos sobre cuestiones que entren dentro de sus competencias internas por el mismo procedimiento de votación en el Consejo que se aplica para la acción legislativa interna, normalmente votación por mayoría cualificada⁴⁶.

Por otra parte, al reconocerse la personalidad jurídica internacional de la Unión, el Grupo de Trabajo estima que resulta materialmente contradictorio e incompatible mantener la «salvedad constitucional» del art. 24.5 TUE, así como la precariedad que supone la aplicación provisional de los acuerdos con problemas constitucionales, pues en caso de no salvarse tales problemas el acuerdo no entraría nunca en vigor dañando la imagen y la cohesión exterior de la Unión. En tal sentido apunta que «en la medida en que el art. 24 del TUE se refiere a acuerdos relativos a materias que son competencia de la Unión, y desde el momento en que ésta goce de personalidad jurídica y en cuanto tal los celebre, los procedimientos nacionales de ratificación carecen de fundamento»⁴⁷. Esta exigencia jurídica se trasladaría a la fase previa a la manifestación del consentimiento de tal forma que adoptaríamos un *procedimiento de doble tracto mixto en el que el eventual control parlamentario, previo a la manifestación del consentimiento por la Unión, correspondería a las instancias parlamentarias o constitucionales de los Estados miembros*. A tal efecto se indica que esta nueva regulación,

«no ha de confundirse con la posibilidad que tiene cualquier parlamento nacional de examinar la posición de su gobierno en el procedimiento de adopción de una decisión en el seno del Consejo referente a la celebración de un acuerdo internacional. Es evidente que cualquier parlamento nacional goza del derecho de controlar políticamente a su gobierno, aplicando si procede, el procedimiento de «reserva parlamentaria» antes de que el Consejo decida celebrar el acuerdo internacional de que se trate. Incluso podría obligar a su gobierno a oponerse a la celebración del acuerdo «por motivos importantes de política nacional», pero todo ello se refiere al procedimiento interno de decisión en el seno del Consejo. Cuando este último ha adoptado la decisión de celebrar el acuerdo, la UE da su consentimiento de vinculación al acuerdo con arreglo a las normas del Derecho internacional»⁴⁸.

⁴⁶ CONV 459/02 de 16 de diciembre de 2002, pars. 17-18.

⁴⁷ *Ibid.* par. 30,

⁴⁸ *Ibid.* pars. 30-34. Algunos miembros manifestaron que, si bien no se oponían a esta supresión, hubieran deseado que en el artículo 24 del TUE se hiciera referencia al hecho de que un Estado miembro podría invocar el apartado 1 del artículo 23 y hacer uso de la abstención constructiva. Sobre este particular, resulta de interés la carta remitida al Presidente Amato por G. Garzón Clariana, J-C. Piris, P. Kuijper (WGIII WD 26 de 18 de septiembre de 2002). Dentro de la doctrina, ya se había resaltado este problema

Se trataría de procedimiento híbrido de carácter federal de difícil y paralizante aplicación a una Organización internacional de integración que posee su propio Parlamento y que proclama constitucional y protocolariamente el principio de subsidiaridad. De todas formas, el control parlamentario previo en el ámbito nacional carecería de toda virtualidad decisoria, pues decaería ante las mayorías del Consejo.

Con este planteamiento, escaso habría sido el avance constitucional propuesto, pues solo se potenciaría la personalidad de la Unión en un marco aún manifiestamente intergubernamental. No obstante, los importantes avances se proponen respecto al control jurisdiccional y la intervención parlamentaria sobre los acuerdos internacionales. Respecto al control por parte del Tribunal de Justicia de los acuerdos celebrados por la Unión, el Grupo de Trabajo III se detiene en recordar que la Comunidad es una comunidad de derecho en la que ni los Estados miembros ni las instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos con la «carta constitucional» de base que constituye el Tratado⁴⁹ y que la Unión se basa, conforme al art. 6 del TUE, en los principios del Estado de Derecho y respeto de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario. En relación con esta última cuestión, el Grupo precisa que se ha comprobado que cada vez es más frecuente que la Unión adopte actos, incluidos en los pilares intergubernamentales, que puedan afectar directa o indirectamente derechos de los particulares⁵⁰ y por consiguiente, debería ser posible que estos últimos pudieran defender sus reivindicaciones ante un órgano jurisdiccional. En general, el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia debería intervenir con carácter preventivo (art. 300.6 TCE) o *a posteriori*, tras la celebración del acuerdo por parte de la Unión (control de legalidad que se prevé en el art. 230 TCE, control de validez previsto en el marco de procedimientos prejudiciales del art. 234 TCE y control de responsabilidad de los arts. 235 y 288.2 TCE).

En cuanto a la necesidad de consulta del Parlamento Europeo, se resalta que, aun cuando se es consciente de las particularidades propias a los acuerdos interna-

haciendo especial hincapié en la compatibilidad de la aplicación provisional del art. 24.3 TUE y la aplicación provisional del art. 25 CV69, pues resultaba incomprensible que los Estados miembros aplicasen provisionalmente un acuerdo en el que no eran partes contratantes. *Vid.* en tal sentido, A. CEBADA ROMERO, «La naturaleza jurídica de la Unión Europea: una contribución al debate.....», *loc.cit.* pp. 294-300.

⁴⁹ Sentencia de 23 de abril de 1986, *Partido ecologista «Les Verts» contra Parlamento*, Asunto 249/83 Rec.1339, punto 23.

⁵⁰ Se cita el caso de un oficial que ha invocado la responsabilidad de la Unión por daños padecidos en Bosnia y Herzegovina; caso de una sociedad que ha invocado la responsabilidad no contractual de la Unión por daños causados debido a las sanciones contra la RFY; caso de ciudadanos yugoslavos que han invocado la responsabilidad de la Unión debido a los daños causados por la prohibición de visados basada en una acción común del Consejo. *Vid.* al respecto las STJCE de 30 de julio de 1996, *asunto Bosphorus* (as. C-84/95), STJCE de 27 de febrero de 1997, *asunto Ebony* (as. C-177/95), STJCE de 14 de enero de 1997, *asunto Centro-Com* (as. C-124/95), STJCE de 12 de mayo de 1998 (tránsito aeroportuario), *Comisión c/ Consejo*, asunto C-170/96, los autos dictados en los asuntos *Sison c. Consejo y Comisión*, T-47/03 R_1 (de 15 de mayo de 2003), *Aden y otros c. Consejo y Comisión*, T-306/01 R_1 (de 7 de mayo de 2002) y asunto «*Invest Import und Export y Invest Comerse c. Comisión*, T-189/00 R_1 (de 2 de agosto de 2000).

cionales en el marco de la PESC, parece difícil justificar la exclusión de toda consulta al Parlamento Europeo sobre estos acuerdos. Lo mismo ocurre en relación con las materias comunitarias, ámbito en el que sería aconsejable poner fin en el art. 300 del TCE a la inexistencia de una función del Parlamento por lo que respecta a los acuerdos comerciales⁵¹.

VII. EL TRATADO POR EL QUE SE INSTITUYE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA ¿AVANCES DEMOCRÁTICOS Y JURISDICCIONALES O CAMBIARLO TODO PARA QUE TODO SIGA IGUAL?

Conforme a las propuestas del Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado Constitucional presentado por el Preasidium de la Convención⁵² y las relevantes modificaciones a propuesta del Equipo de Expertos Jurídicos de la CIG⁵³, el texto Constitucional reconoce por primera vez en su texto la competencia general de la Unión para celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados u organizaciones internacionales, introduciendo expresamente la doctrina de las competencias implícitas en esta materia (art. III-323.1 en relación con el art. I-13.2), aunque de forma incongruente reincide en la omisión de los acuerdos internacionales dentro de las disposiciones relativas a los actos jurídicos de la Unión (incluyendo la cláusula de publicación del art. I-39), limitándose a mencionar que los acuerdos celebrados por la Unión serán vinculantes para las instituciones de la Unión y para los Estados miembros (III-323.2). Es más, se echa en falta, dado el interés que presta por sus congéneres las Organizaciones internacionales, que no se reconozca tanto desde el punto de vista del sistema de fuentes como desde la perspectiva competencial la relevancia del derecho institucional de carácter normativo adoptado en el seno de organismos internacionales vinculante para la UE⁵⁴. En particular, el tema de la recepción y ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas generador de una importante práctica legislativa y jurisdiccional dentro de la Unión y la Comunidad Europea⁵⁵.

En aras a no contaminar con factores estatales la personalidad jurídica recién estrenada de la Unión, no se hace referencia a los ya de por sí innominados acuerdos

⁵¹ CONV 459/02, par. 45.

⁵² Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado Constitucional, Bruselas, 23 de abril de 2003 CONV 685/03.

⁵³ La referencia de los distintos documentos adoptados por el Grupo de Expertos Jurídicos puede consultarse en CIG 74/04 de 30 de abril de 2004.

⁵⁴ En el mismo sentido, J. Díez-Hochleitner, «El sistema competencial de la Unión en el Proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea» en 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. 243-244.

⁵⁵ Sobre este particular, *vid.* la contribución convencional de M. Attalides, WG VII-WD 12.

mixtos o concurrentes, lo cual no significa que esta técnica convencional desaparezca, sino que por el contrario se mantiene en todos los ámbitos que no sean o devengan competencia exclusiva de la Unión. Además, en algunos sectores materiales el Tratado Constitucional reconoce la competencia convencional concurrente de los Estados. Tal es el caso de la cooperación internacional en medio ambiente (art. III-233.4), de la política comercial (art. 315.6), de la cooperación para el desarrollo y la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países (arts. III-317 y 319), de la ayuda humanitaria (art. III-321.4), de la UEM (art. 326.4) y del espacio de libertad, seguridad y justicia⁵⁶.

En cuanto al procedimiento de celebración de los acuerdos, este resulta unificado en el art. III-325, aunque con distintas singularidades y mutaciones. Responde a la divisa de la propia Constitución Europea, «unida en la diversidad» (art. I-8). En primer lugar, habría que destacar el avance que había supuesto remitir los acuerdos PESC (antiguo art. III-204) al procedimiento común del entonces art. III-227 y la plena integración de los acuerdos del espacio de seguridad, libertad y justicia que prescinde de cláusula de remisión⁵⁷. Ello resulta congruente con la fusión de los tres pilares y con el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión. No obstante, esta situación presenta claroscuros que advierten de la tensión entre la integración y el mantenimiento de espacios intergubernamentales. La primera sorpresa radica en que el definitivo art. III-303 de la versión consolidada, de conformidad con la propuesta del GEJ⁵⁸, suprime la remisión al art. III-325 y se limita a constatar que «la Unión podrá celebrar acuerdos con uno o más Estados u organizaciones internacionales en los ámbitos cubiertos por el presente Capítulo», lo que evidencia una tipología convencional diferenciada y que no todos los acuerdos PESC se tramitarán por el procedimiento general del art. III-325. Congruentemente, la tramitación de los acuerdos PESC vía art. III-325 presenta peculiaridades que plantean ciertos interrogantes que se pueden –y creo deben– resolver en clave de integración y respeto a los principios de Estado de derecho y Estado democrático, más tras la revisión efectuada del art. III-303. La primera de las peculiaridades es que la iniciativa no corresponde a la Comisión sino al Ministro de Asuntos Exteriores cuando el acuerdo se refiera *exclusiva o principalmente* a la PESC. Por lo tanto, en esta fase se mantiene el criterio de la preponderación de la base jurídica habilitadora de la

⁵⁶ El Anexo 21 al Acta Final introducido por la CIG indica que «la Conferencia confirma que los Estados miembros podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales en los ámbitos a que hace referencia las Secciones 3, 4 y 5 del Capítulo IV del Título III del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en la medida en que dichos acuerdos se ajusten al derecho de la Unión».

⁵⁷ Se mencionan los acuerdos en el art. III-167.2, g) sobre la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que soliciten asilo o una protección subsidiaria o temporal y en el art. III-168.3, relativo a los acuerdos con terceros países para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países en situación de residencia ilegal.

⁵⁸ GIG 50/03, p. 180.

competencia convencional. En segundo lugar, se exceptúa de la consulta y aprobación del Parlamento los acuerdos que se refieran *exclusivamente* a la PESC por lo que hemos de entender, en contraposición con la referencia anterior, que los acuerdos que se refieran *principalmente* a la PESC o aquellos que afecten de forma más o menos paritaria a ámbitos PESC y a otros ámbitos competenciales de la Unión (exclusivos, compartidos, de coordinación económica y de empleo, de acción de apoyo, coordinación o complemento o los relativos a la cláusula de flexibilidad), sí que estarán sometidos a la consulta del Parlamento o, en el caso de que establezcan o creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, tengan repercusiones presupuestarias importantes o se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo, requerirán el dictamen conforme, ahora aprobación, del Parlamento. Se impone pues, la necesidad de distinguir entre acuerdos exclusivamente PESC (¿acuerdos acción exterior, acuerdos estratégicos, acuerdos políticos, acuerdo de cooperación concertada o de un *solo consenso*?) de aquellos que a pesar de sus implicaciones políticas no lo son. Esta terminología introduce un concepto jurídico indeterminado y, por ende, evolutivo que recuerda a la controversia (¿superada?) que suscita el art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas acerca de los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. En cierta medida esta construcción significa mantener la construcción de la «mixture interpillar», aunque desaparecidos los pilares, sea más apropiado hablar de «mixture interpolíticas de la UE». No obstante, la interpretación de los adverbios queda en manos del Tribunal de Justicia a quien se le encomienda la competencia de controlar y garantizar que la ejecución de la PESC no afecte al resto de competencias de la Unión (art. III-308) –o más correctamente tal y como mantiene el Jurisconsulto del GEJ, no afecte a los procedimientos y al equilibrio institucional ahora diseñados–, así como pronunciarse con carácter previo sobre la compatibilidad del acuerdo de que se trate con las disposiciones materiales de la Constitución (art. III-325.11), lo que exigirá una definición más precisa de los ámbitos PESC exentos del control jurisdiccional.

Respecto al Parlamento Europeo, el art. III-325 CE impone para todos los acuerdos la necesidad de consulta previa sometida a *plazo de caducidad o dictamen a término*, determinado en cada caso u ocasión por el Consejo, y, salvo para los exclusivamente PESC, la previa aprobación (dictamen conforme anterior) cuando se trate de acuerdos de asociación, la adhesión al CEDH, los acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la Unión y los acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo (ordinario o especial cuando se requiera la aprobación del Parlamento)⁵⁹.

De este procedimiento se exceptúan los acuerdos de política comercial común (art. III-315) y los acuerdos en materia de régimen monetario o cambiario (art. III-

⁵⁹ Vid. la redacción aportada por el GEJ en el documento CIG 50/03, p. 193.

326), conservando parcialmente el régimen anterior con la importante novedad de reconocer constitucionalmente la intervención del Parlamento Europeo conforme al régimen general del art. III-325. A tal efecto, el propio Parlamento se ha felicitado del hecho de que los acuerdos internacionales y la política comercial común requieran ahora como regla general el dictamen conforme del Parlamento Europeo⁶⁰.

Especial atención merece el control jurisdiccional de los acuerdos. Al igual que sucede en el sistema constitucional español, podemos diferenciar dos tipos de control de constitucionalidad de los acuerdos de la Unión. En primer lugar y de acuerdo con el art. III-325-11, un control de constitucionalidad *a priori o preventivo*, previo a la manifestación del consentimiento de la Unión en obligarse por el acuerdo, y de *carácter general* puesto que se refiere a cualquier acuerdo previsto en el Tratado Constituyente. Este control presenta un alcance exclusivamente material o intrínseco, esto es, de compatibilidad del acuerdo con las disposiciones sustantivas de la Constitución, de tal forma que en caso de dictamen negativo del Tribunal, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor mediante la modificación de éste o la de la Constitución con arreglo al procedimiento previsto en el art. IV-443 a 445. Para la solicitud del dictamen del Tribunal, se reconoce legitimación activa a cualquier Estado miembro, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, excluyéndose al BCE a pesar de las competencias reconocidas por el art. III-326 respecto a los acuerdos monetarios y cambiarios y de que inicialmente se le reconocía legitimación⁶¹.

En segundo lugar, un control de constitucionalidad *a posteriori*, esto es, una vez que el acuerdo haya entrado en vigor y haya sido publicado en el ordenamiento comunitario. Este control puede consistir tanto en un control material como formal referido a la corrección del procedimiento interno de celebración, aunque en caso de resolución desfavorable sólo afectaría a la decisión de aprobación del acuerdo adoptada por el Consejo, la Comisión/MAE o el negociador y no al acuerdo en sí que se mantiene sometido al Derecho internacional. Dentro del control *a posteriori* podemos diferenciar, a su vez, entre el control material de equilibrio competencial/procedimental e institucional previsto en los arts. III-308 en relación con el art. III-376 y el régimen general de control de legalidad previsto en los arts. III-365-371 y art. III-373 en relación con el art. III-431 (recurso por incumplimiento, recurso de anulación, recurso de omisión, cuestión prejudicial de validez e interpretación y recurso por responsabilidad extracontractual).

De este segundo tipo de control, destaca el control material de equilibrio competencial/procedimental e institucional en relación con los acuerdos PESC. Conforme al art. III-376, el Tribunal no será competente para pronunciarse respecto a las dispo-

⁶⁰ Resolución del PE sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y que contiene el dictamen del PE sobre la convocatoria de la CIG, Acta de 24 de septiembre de 2003 P5_TA (2003)0407, p. 5.

⁶¹ Vid. CONV 685/03 de 23 de abril de 2003, p. 68. La supresión de la referencia al BCE entre las instituciones que pueden exigir un dictamen previo al Tribunal de Justicia se justificó en que tal iniciativa no forma parte de sus atribuciones (CONV 727/03 ANEXO IV, de 27 de mayo de 2003 p. 55).

siciones del Capítulo II del Título V de la Parte III relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común. El problema que plantea esta exclusión es que la base jurídica de los acuerdos PESC es el art. III-303, disposición afectada por la exclusión jurisdiccional mencionada, aunque el procedimiento jurídico para la celebración y adopción de los acuerdos que no sean exclusivamente PESC aparece regulado en el art. III-325, disposición plenamente cubierta por el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. ¿Cómo resolver esta doble afectación jurídica sobre el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia? ¿Debe primar el procedimiento sobre el título competencial o viceversa? La solución a esta cuestión exigirá la aplicación del art. III-308 relativo a la cláusula de no invasión recíproca, sobre la base del *principio convencional* de la «*mixtura interpolíticas*» al que antes hemos aludido en relación con el art. III-376. Esto es, corresponde al Tribunal controlar la observancia del respeto de la aplicación de los procedimientos y de la distribución competencial, así como el equilibrio institucional que esta aplicación y distribución comportan⁶², que sigue siendo diferente entre la PESC y las demás políticas de la Unión. El problema radica en que, a diferencia de otros ámbitos competenciales, el procedimiento convencional es ahora común tanto para la PESC como para el resto de la política o acción exterior de la Unión. Y en este sentido, el art. III-325, no solamente comporta la regulación de un procedimiento accesorio a la base jurídica, sino que presenta importantes connotaciones derivadas del principio de Estado de derecho y del principio democrático, incluyendo la dimensión relativa al equilibrio institucional, que obliga a entender que sólo los acuerdos *exclusivamente* PESC, concluidos a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores como mandatario del Consejo, exentos del control parlamentario aunque no del control constitucional previo del Tribunal de Justicia, se entenderán incluidos en la exención jurisdiccional del art. III-376, mientras que el resto de los acuerdos PESC quedarían sometidos al régimen general de control jurisdiccional. En realidad, esto significa que corresponderá al TJCE la ardua tarea de concretar y perfilar la delgada línea que separa a los acuerdos exclusivamente PESC de los que

⁶² Conforme a la nueva redacción del art. III-308, tal y como fue propuesta por el GEJ, «La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en la Constitución para el ejercicio de las competencias de la Unión enumeradas en los artículos I-13 a I-15 y I-17. Asimismo, la ejecución de las políticas enumeradas en dichos artículos no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en la Constitución para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente Capítulo». Vid. CIG 73/04 p. 126. El Jurisconsulto de la CIG considera que, desde el punto de vista jurídico, con la desaparición de los pilares, las competencias por las que se autoriza al Consejo actuar son todas competencias de la Unión sin distinciones y por lo tanto esta disposición pretende «proteger» no tanto «competencias» sino procedimientos y atribuciones de las instituciones que siguen siendo diferentes entre la PESC y las demás políticas, en particular en cuanto a las atribuciones más importantes del PE, de la Comisión y del Tribunal de Justicia (CONV 50/03, p. 182). Vid. el comentario de A. CANO LINARES al artículo III-308, «Ejecución de la PESC y aplicación de los procedimientos en los demás ámbitos de actuación de la Unión: cláusula de no afectación recíproca» en *Comentarios a la Constitución Europea*, op. cit., pp. 1332-1480.

no lo son, más cuando empieza una nueva etapa caracterizada por el reconocimiento «constitucional» de los derechos fundamentales, de la vida democrática de la Unión y de la adhesión al CEDH.

Esta conclusión resulta confirmada por el párrafo segundo del art. III-376 que, conforme a la incipiente jurisprudencia del TJCE sobre la materia⁶³, dispone que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre los recursos de anulación relativos al control de legalidad de las medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en el ámbito de la acción exterior, lo que incluye los acuerdos PESC que amparen, promuevan o incorporen estas medidas, en cuyo caso debe entenderse que no son exclusivamente PESC sino que responde a la «mixtura inter-políticas» controlable parlamentaria y judicialmente⁶⁴. Además, tras la adhesión exigida por la Constitución al CEDH, los acuerdos PESC que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción, no solamente de la UE, sino también de los Estados miembros del Consejo de Europa que sean Estados partes en el acuerdo de que se trate, podrán ser fiscalizados por el Tribunal de Estrasburgo, en particular, si estos actos no han sido previamente examinados por un tribunal de justicia tal y como se hace constar en el nuevo art. 35.3 b) incorporado por el Protocolo nº 14 del CEDH⁶⁵. Como colofón, la Declaración relativa a los arts. III-160 y III-322 proclama que:

«La Conferencia recuerda que el respeto de los derechos y libertades fundamentales implica, en particular, que se preste la debida atención a la protección y observancia de las garantías procesales de los individuos o entidades de que se trate. Para ello, y con objeto de garantizar el control jurisdiccional detenido de las decisiones por las que se impongan medidas restrictivas a determinados individuos o entidades, dichas

⁶³ STJCE de 12 de mayo de 1998 (tránsito aeroportuario), *Comisión c/ Consejo*, asunto C-170/96, pars. 12-18. Aunque referidos a la ejecución comunitaria de posiciones y decisiones PESC, *vid.* también los autos dictados en los *asuntos Sison c. Consejo y Comisión*, T-47/03 R_1 de 15 de mayo de 2003, *Aden y otros c. Consejo y Comisión*, T-306/01 R_1 de 7 de mayo de 2002 y asunto «*Invest Import und Export y Invest Comerse c. Comisión*», T-189/00 R_1 de 2 de agosto de 2000.

⁶⁴ En esta dirección garantista, la versión consolidada, a propuesta del GEJ, ha incorporado al art. III-322 relativo a las medidas restrictivas, el párrafo 3 en virtud del cual «los actos a que hace referencia el presente artículo incluirá las disposiciones necesarias sobre las garantías jurídicas» (*Vid.* CIG 86/04, p. 245 y CIG 73/04, p. 122).

⁶⁵ En este sentido se pronunciaba el *Informe complementario sobre la cuestión del control judicial de la política exterior y de seguridad común* (CONV 689/1/03 REV 1 CERCLE I, 16 de abril de 2003). Es más, se indicaba que determinados miembros consideraron que el Tribunal de Justicia debería tener una competencia generalizada y poder controlar la legalidad de los actos adoptados por el Consejo en el ámbito PESC. Subrayaron que esto sería una consecuencia del hecho de que la Unión es una Comunidad de derecho que tiene una Carta de derechos fundamentales y que de todas las maneras, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría tener que examinar recursos relativos a la aplicación de estos actos. Sobre esta cuestión *vid.* R. ALONSO GARCÍA, «La ¿nueva? arquitectura judicial europea», en *El Proyecto de Nueva Constitución Europea ...*, *op. cit.* pp. 379-381.

decisiones deberán basarse en unos criterios claros y delimitados. Dichos criterios deberían ajustarse a la especificidad de cada una de las medidas restrictivas»⁶⁶.

Por el contrario, el art. III-283 sigue manteniendo la exclusión de la competencia del TJCE en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.

VIII. CONCLUSIONES

La internacionalidad de los asuntos sigue, en términos generales, considerándose una cuestión de Estado que hay que sustraer del debate político y social y, por ende, de los habituales procedimientos democráticos y judiciales que conducen la vida normativa de la sociedad gobernada. Se opta por un sistema pensado para las entidades políticas implicadas, los Estados y las Instituciones, y no para la ciudadanía, incluso se presenta como un sistema al margen de la ciudadanía. Parafraseando un título de Milan KUNDERA, la «governabilidad exterior» se debe al «éxtasis de la velocidad, la flexibilidad y la oportunidad política» frente a la lentitud procelosa que requiere «la gobernabilidad legislativa» en un Estado de Derecho. Si bien nada hay que objetar a la singularidad de los ritmos e instrumentos de la política exterior de la Unión, comunes por lo demás a los previstos en los sistemas constitucionales de los Estados miembros, sin embargo sí que habría que exigir que la encarnación jurídica de la misma a través de acuerdos internacionales, cada vez más influyentes y decisivos en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, previera el cumplimiento de los presupuestos democráticos relativos a la participación de la ciudadanía, aun cuando sea de forma indirecta a través de la participación efectiva del Parlamento Europeo y de los subsidiados Parlamentos nacionales, así como de la ampliación de la tutela judicial efectiva de los particulares ante la potestad convencional de la Unión. Sobre esta cuestión acierta Ulrich BECK cuando afirma que:

«La UE puede demostrar que es más capaz de garantizar un futuro mejor para los europeos, concebidos como individuos con objetivos y aspiraciones personales, que cada uno de los Estados nacionales miembros por su cuenta. Es la razón –no la emoción pura– la que fortalece el alma democrática de Europa. Pero esto también tiene un lado oscuro. Por el momento, el juego de poder europeo aumenta el poder de los gobiernos nacionales, pero disminuye el poder de los ciudadanos europeos. Ha habido un perdedor: el ciudadano europeo. Por consiguiente, para que el alma europea viva y florezca en Europa la cuestión primordial es cómo crear un juego de democratización

⁶⁶ CIG 86/04 ADD2, versión consolidada provisional de las declaraciones que deberán incorporarse como anexo al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental, p. 66.

de suma positiva en Europa (...) Pero el aumento de la responsabilidad democrática no era una prioridad para muchos gobiernos. La eficiencia, sí, al disminuir el tamaño de la Comisión Europea y abolir la presidencia rotatoria del Consejo. Los referendos europeos son importantes, pero no bastan. La cuestión principal es cómo crear una democracia parlamentaria transnacional que supere fronteras. Para comprender el alcance de esta pregunta, uno tiene que percatarse de que la globalización y la regionalización están socavando las actuales formas nacionales de democracia. En una situación de creciente interdependencia mundial, no hay manera de volver al idilio de la democracia nacional (...) La cuestión verdaderamente importante es cómo sumar las múltiples carencias democráticas en el plano europeo y nacional para crear nuevos espacios de participación europeos conacionales y nacionales, para crear una estructura democrática que fortalezca la implicación y la supervisión tanto del Parlamento Europeo como de los parlamentos nacionales. El primero es mucho más eficaz en lo referente a las complejidades de una legislación europea, pero los segundos hacen falta para controlar a sus propios gobiernos. Necesitan reforzarse mutuamente»⁶⁷.

⁶⁷ Vid. Ulrich BECK, «El alma democrática de Europa», *El País*, 7 de julio de 2005. Previamente afirmaba que «Europa es un mercado común que busca un propósito político. De modo que la pregunta que quiero plantear es: ¿qué podríamos imaginar que constituirá el alma democrática de Europa? ¿Cómo se relaciona con esto el no francés y holandés a la Constitución europea? Una parte vital del alma democrática de Europa es tener una oposición. O, para ser incluso más directo: una oposición europea contra los asuntos europeos. ¿Pueden ustedes imaginarse una democracia nacional sin oposición? Yo no. ¿Se puede imaginar un espíritu democrático en el que sólo se esperan votos afirmativos? Por supuesto que no. Pero ésta es exactamente la situación en Europa: esperamos que sólo haya votos afirmativos a favor de la Constitución. Esto no es una expectativa o una imaginación muy democrática ni muy realista. ¡No es el alma democrática de Europa! Es, digamos, una imaginación tecnocrática, una expectativa elitista para hacer que la maquinaria funcione. Esperar un 100% de síes es, seamos honrados, una expectativa comunista, una parte de una ideología de nomenclatura, un resto de estalinismo. El no en Europa podría y debería ser el final de la imaginación tecnocrática y el nacimiento del alma democrática de Europa».