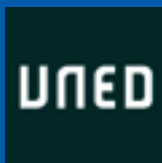


REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 16 - 1^{er} semestre 2009

LA UNIÓN EUROPEA EN LA ENCRUCIJADA DE LA GLOBALIZACIÓN

- **Presentación.** Enrique Linde Paniagua
- *La contribución de la Unión Europea al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.* Alberto A. Herrero de la Fuente y Margarita Corral Suárez
- *El papel de la Unión Europea en el Mediterráneo: La dimensión institucional de la Unión por el Mediterráneo en el marco del Tratado de Lisboa.* Mario González Pliego
- *Hacia una gobernanza administrativa europea.* Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
- *La Unión Europea como actor de gobernanza climática.* Beatriz Pérez de las Heras
- *La crisis financiera internacional y la Unión Europea.* Luis María Linde de Castro
- *El gobierno de la economía en la Unión Europea económica.* Miguel Ángel García Díaz
- *La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía.* Mariano Bacigalupo Saggese
- *El deber de conservación de datos en la Unión Europea y sus límites.* Inmaculada López Barajas
- *La Unión Europea frente al fenómeno migratorio.* Marina Vargas Gómez-Urrutia
- *¿La crisis de los sistemas penitenciarios europeos?.* Fernando Reviriego Picón
- *La Unión Europea: ¿Un sistema político exportable?.* Alfredo Allue Bauza
- *¿Es posible que el sueño de la construcción europea no se convierta en una pesadilla?.* Enrique Linde Paniagua



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 16 - 1^{er} semestre 2009



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización

Copyright © 2009

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© CC.OO.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
Gran Vía, 48 - 1º B
28220 Majadahonda - Madrid
colex@colex.es
www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufercomp, S.L. San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

Director: ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Secretaria: PILAR MELLADO PRADO

Vicesecretaria: PILAR CELMA ALONSO

Consejo de redacción: Juan Cruz Alli Turrillas, Mariano Bacigalupo Saggese, Diego Cámara del Portillo, Pilar Celma Alonso, Carmen Fernández Rodríguez, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Miguel Gómez Jene, Concepción González Rabanal, Enrique Linde Paniagua. Marta Lora-Tamayo Vallvé, Blanca Lozano Cutanda, Pilar Mellado Prado, Juan José Montero Pascual, Pedro-Pablo Miralles Sangro, Ramón Pais Rodríguez, Ramón Parada Vázquez, Silvia del Saz Cordero.

Consejo asesor: Manuel Ahijado Quintillán, Francisco Aldecoa Luzárraga, Alfredo Allué Buiza, Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Enrique Barón Crespo, Antonio Calonge Velázquez, Marc Carrillo López, Mercedes Fuertes López, José María Gil Robles y Gil Delgado, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Araceli Mangas Martín, Ramón Martín Mateo, Manuel Medina Ortega, Ana de Palacio Vallelersundi, Luciano Parejo Alfonso, Beatriz Pérez de las Heras, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, Álvaro Rodríguez Bereijo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Pedro Solbes Mira, Francisco Sosa Wagner, Leopoldo Tolivar Alas y Carlos Westendorp y Cabeza.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 29 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, S.A. (COLEX)

Gran Vía, 48 - 1º B

28220 Majadahonda. Madrid

Tel.: 91 639 37 72

Fax: 91 639 37 70

E-mail: colex@colex.es - <http://www.colex.es>

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*.
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la *REDUE* serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la *REDUE* encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la *REDUE*.

La correspondencia con la *Revista de Derecho de la Unión Europea* debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Facultad DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

LA UNIÓN EUROPEA EN LA ENCRUCIJADA DE LA GLOBALIZACIÓN

Págs.

• <i>Presentación</i>	9
• <i>La contribución de la Unión Europea al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.</i> Alberto A. Herrero de la Fuente y Margarita Corral Suárez	11
• <i>El papel de la Unión Europea en el Mediterráneo: La dimensión institucional de la Unión por el Mediterráneo en el marco del Tratado de Lisboa.</i> Mario González Pliego	71
• <i>Hacia una gobernanza administrativa europea.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor	89
• <i>La Unión Europea como actor de gobernanza climática.</i> Beatriz Pérez de las Heras	119
• <i>La crisis financiera internacional y la Unión Europea.</i> Luis María Linde de Castro	139
• <i>El gobierno de la economía en la Unión Europea económica.</i> Miguel Ángel García Díaz	155
• <i>La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía.</i> Mariano Bacigalupo Saggese	185
• <i>El deber de conservación de datos en la Unión Europea y sus límites.</i> Inmaculada López Barajas	195
• <i>La Unión Europea frente al fenómeno migratorio.</i> Marina Vargas Gómez-Urrutia	221
• <i>¿La crisis de los sistemas penitenciarios europeos?</i> Fernando Reviriego Picón	241

- *La Unión Europea: ¿Un sistema político exportable?* Alfredo Allue Bauza 265
- *¿Es posible que el sueño de la construcción europea no se convierta en una pesadilla?* Enrique Linde Paniagua 279

PRESENTACIÓN

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*

Probablemente sea cierto que la historia de la humanidad es una sucesión de crisis de mayor o menor intensidad. Y, del mismo modo, la superación de las sucesivas crisis pudiera entenderse como sustitución de viejas por nuevas crisis. La Unión Europea no es ajena a esta concepción. Así, en los últimos tiempos, la imagen de una montaña rusa puede ilustrar los vaivenes y sobresaltos continuados, internos y externos, de Unión Europea que, aun así, sigue siendo el mejor de los inventos organizativos de los últimos siglos.

Somos cada vez más los que pensamos que la crisis por la que atraviesa en nuestros días la Unión Europea se diferencia de las anteriores por la circunstancia, entre otras, de que la misma coincide con un cambio de rumbo en el proyecto europeo. El viejo proyecto de la «Europa política» se habría abandonado y se habría sustituido por el de un singular mercado interior adornado, cual si de un pastel se tratara, de algunas guindas de política exterior, de política monetaria, etc., etc. El mercado interior, de ser un instrumento principal del proyecto político, se habría convertido en lo sustancial del proyecto. Y este cambio de rumbo, que se habría producido lentamente, estaría pasando desapercibido por la mayoría de los ciudadanos europeos.

Enfrentar los retos de nuestro tiempo, en que los equilibrios alcanzados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial están siendo sustituidos por otros, exige organizaciones con gran peso demográfico, económico, financiero, cultural y científico, entre otros. Estas características podrían concurrir en la Unión Europea si fuera capaz de reorganizarse y visualizarse como una organización política en el concierto internacional; un auténtico coro y no un decadente club de divos que sólo ocasionalmente cantan la misma canción. Pero no parece que la Unión se esté decantando por esos derroteros, más bien, al contrario, parecen agudizarse los síntomas que muestran el fortalecimiento del nacionalismo desintegrador.

Como en los diez veranos anteriores, en el verano de 2009 nos volvimos a reunir en Ávila un grupo de profesores y expertos para seguir reflexionando sobre la Unión Europea y, en particular, sobre los desafíos que debe enfrentar en la encrucijada en la que en la actualidad se encuentra. El fruto de dicha reunión son las ponencias que aparecen en este número de la revista.

*

Una vez más hemos recibido el apoyo de la Secretaría de Formación de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO., convertida recientemente en Federación de Servicios a la Ciudadanía, a la que queremos agradecer su mecenazgo continuado a lo largo de la última década.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA
Director del curso

LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD INTERNACIONALES*

ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

MARGARITA CORRAL SUÁREZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Introducción. I. La acción de las organizaciones regionales en materia de mantenimiento de la paz. II. Las medidas tomadas al efecto por la Unión Europea: A. *La cooperación política europea*; B. *La política exterior y de seguridad común*; C. *La revisión de la PESC en el Tratado de Amsterdam*; D. *La reforma de Niza*; E. *La política europea de seguridad y defensa*. III. La acción de la UE en materia de mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales: A. *La acción preventiva*; B. *La gestión de crisis internacionales*. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya unos cuantos años, miembros de las fuerzas armadas españolas intervienen en diferentes actividades fuera de nuestras fronteras. No están librando grandes batallas ni realizando gestas gloriosas sino que están participando en operaciones de carácter internacional –misiones humanitarias, de mantenimiento de la paz, para la gestión de crisis, etc.– muchas veces bajo los auspicios de la Unión Europea. Se trata de acciones que requieren la utilización de personal armado pero

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ2006/14504 del Ministerio de Educación. Investigadora principal: Dra. C. RAMÓN CHORNET, Universidad de Valencia.

que, a diferencia de lo que hasta no hace mucho era habitual, no se enmarcan en un contexto bélico, sino que se desarrollan en un ámbito diferente, como es el del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

Defensa y seguridad se consideraron casi siempre conceptos muy similares. Además, durante largo tiempo el concepto de seguridad se abordó casi exclusivamente desde una perspectiva nacional y con un enfoque fundamentalmente militar. La idea era que un Estado podía sentirse seguro desde el punto de vista económico y social y, sin embargo, podía perderlo todo como consecuencia de una derrota militar. Por ese motivo, las dimensiones no militares de la seguridad se mantuvieron en un segundo plano con relación a las de carácter estratégico. La Carta de las Naciones Unidas, al establecer como el primero de sus objetivos el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales abordó esta última desde una perspectiva internacional aunque la mantuvo todavía dentro de un contexto casi exclusivamente militar¹. Sin embargo, a día de hoy, al menos en determinadas latitudes, no parece que sean previsibles las agresiones armadas que podríamos denominar clásicas y, por otra parte, a partir de los años setenta del siglo pasado se ha ido abriendo paso la idea de que la seguridad debe ser entendida desde una perspectiva global, ya que en ella influyen factores muy diferentes de los estrictamente militares como pueden ser, entre otros, los de tipo político, económico, social, cultural e, incluso, medioambiental². Esta nueva perspectiva es la que llevó al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a afirmar en su importante Declaración de 31 de enero de 1992 que la ausencia de guerra y de conflictos militares no asegura por sí misma la paz y la seguridad internacionales, sino que existen causas no militares de inestabilidad en las esferas económica, social, humanitaria y ecológica que se han convertido en amenazas para la paz y la seguridad. A esta idea responde también la Estrategia Europea de Seguridad, adoptada por la Unión Europea el 12 de diciembre de 2003, en la que puede leerse que «en esta época de globalización las amenazas lejanas pueden ser tan inquietantes como las cercanas» o que «ninguna de las nuevas amenazas es meramente militar, ni puede atajarse únicamente con medios militares»³.

¹ Todavía en 1950 H. Kelsen consideraba dudoso que existiera diferencia entre los términos paz y seguridad, de forma que, en realidad, éste último resultaba supérfluo (KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons, London 1950, p. 13)

² Vid. GILPIN, R., *The political economy of international relations*, Princeton University Press, Princeton 1987; MATHEWS, J.T., «Redefining security», *Foreign Affairs*, Spring 1989, pp.162 y ss.; BOTH, K.B., *New Thinking about strategy and international security*, Harper and Collins, London 1991; BOUZAN, B., *People, States and Fear. An Agenda for international security studies in the post-cold war*, Harvester Wheatsheaf, New York 1991; CARTER, A.P., PERRY, W.V. y STEMBRUNER, J.D., *A new concept of cooperative security*, Brookings, Washington 1992; LIPSCHUTZ, R.D. (ed.), *On Security*, Columbia University Press, New York 1995.

³ «Una Europa Segura en un Mundo Mejor. Estrategia Europea de Seguridad», Bruselas 13 de diciembre de 2003.

Por ese motivo, la Unión Europea dio un paso importante con la adopción del Tratado de Maastricht en el que estableció la Política exterior y de seguridad común, uno de cuyos objetivos era «el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional» (art. J.1). Años después, en la reforma llevada a cabo en Amsterdam ya se señaló el tipo de misiones a las que la Unión Europea debería estar en condiciones de hacer frente: «Misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz» (art. 17.2). Estas misiones fueron encargadas en un primer momento a la Unión Europea Occidental (UEO), organización internacional de legítima defensa creada por el Convenio de Bruselas de 1948 que, desde entonces, había desarrollado una actividad de bajo relieve debido, entre otras cosas, a que sus objetivos prácticamente coincidían con los de la OTAN y ésta disponía de más y mejores medios⁴. Sin embargo, con motivo de la revisión llevada a cabo en Niza la UEO sale del artículo 17 del TUE si exceptuamos la posibilidad de que en su marco se pueda llevar a cabo una cooperación reforzada entre dos o más Estados. De forma que todo lo que en Maastricht y en Amsterdam se había previsto a cargo de la UEO pasa a ser competencia de la propia Unión Europea. En la cumbre de Niza se decidió también algo que no queda plasmado en el TUE: La consagración de la Política europea de seguridad y defensa a través de la aprobación de un Informe de la presidencia francesa al respecto.

Nuestra intención es examinar cuál es el papel que corresponde a las organizaciones regionales en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sobre la base del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas (I), ver las medidas que se han ido tomando al respecto por parte de la Unión Europea (II) y, finalmente, pasar revista a la acción que esta última ha llevado a cabo en este contexto (III).

I. LA ACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES REGIONALES EN MATERIA DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

El proyecto de Carta de las Naciones Unidas que se preparó en la conferencia de Dumbarton Oaks no otorgaba competencias propias a las organizaciones regionales en materia de mantenimiento de la paz. Fue en la propia conferencia de San Francisco donde las delegaciones de algunos países ibero-americanos encuadrados dentro de la Unión Panamericana –que pocos años después se convertiría en la Organización de Estados Americanos (OEA)– solicitaron el reconocimiento del papel que estas organizaciones o acuerdos regionales podían desempeñar en el campo del

⁴ Sobre la relación UEO-UE a partir del Tratado de Maastricht, CORRAL SUÁREZ, M., «Algunas consideraciones sobre la «integración» de la Unión Europea Occidental en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos (REE)* n° 7, 1994, pp. 15 y ss.

mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁵. Así es como se introdujo en la Carta el Capítulo VIII sobre «Acuerdos regionales» en cuyo artículo 52 se afirma que «Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas»⁶.

La mera redacción del párrafo primero del artículo 52 que acabamos de transcribir —«ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia...»— parece poner de manifiesto tanto lo inesperado de la presencia de las organizaciones regionales en el campo del mantenimiento de la paz como la poca confianza que en ellas se depositaba y la falta de entusiasmo que provocaba. Se debió sin duda al hecho de que la idea inicial había consistido en dejar exclusivamente en manos del Consejo de Seguridad tanto lo relativo al arreglo pacífico de controversias como a la acción coercitiva, de forma que las organizaciones regionales quedaban configuradas como meros instrumentos auxiliares en manos de aquél.

A partir de aquí, la primera cuestión que hubo que aclarar fue la de saber qué debía entenderse por «acuerdos u organismos regionales». Más tarde fue necesario discernir entre arreglo pacífico y acción coercitiva, puesto que, en la práctica, Naciones Unidas había recurrido a mecanismos de *peace enforcement*, *peace making*, *peace building* o *peace keeping* —denominados «del Capítulo VI y medio»— cuya naturaleza no encajaba claramente ni en el Capítulo VI ni en el VII. Hubo que decidir igualmente si las sanciones económicas entraban dentro del artículo 53 de la Carta y, por consiguiente, necesitaban autorización del Consejo de Seguridad o si el uso de la fuerza armada para apoyar una sanción económica convertía a ésta en acción coercitiva de carácter militar.

⁵ Votaron a favor de la inclusión del Capítulo VIII veinte repúblicas americanas, seis países pertenecientes a la Liga de Estados Árabes (LEA) y cuatro países europeos: Bélgica, Francia, Gran Bretaña y Holanda. Los países americanos preferían resolver sus conflictos en el marco de la organización regional en la que los Estados Unidos no tenían el mismo poder que en el Consejo de Seguridad de la ONU; de forma semejante, los países árabes deseaban escapar al control de Gran Bretaña. Francia, por su parte, no tenía demasiado interés en apoyar al grupo de grandes potencias —del que hasta ese momento había sido excluida— y, por otro lado, deseaba salvaguardar las alianzas de carácter bilateral concertadas frente a Alemania. Se pudo haber llegado más lejos porque a punto estuvo de alcanzar la mayoría una propuesta australiana, tendente a que las Organizaciones regionales pudieran actuar libremente en caso de inacción del Consejo de Seguridad, y otra belga en el sentido de que bastara el voto a favor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad no involucrados para que un asunto pudiera pasar de la ONU a una organización regional.

⁶ Sobre la génesis del Cap. VIII de la Carta y su significado inicial, *vid.* BENTWICH, N. y MARTIN, A., *A Commentary of the Charter of the United Nations*, Routledge and Kegan Paul, Londres 1950; GOODRICH L., et HAMBRO, E., *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Ed. de la Baconnière, Neuchâtel 1948; VELLAS, P., *Le régionalisme international et l'Organisation des Nations Unies*, Pedone, Paris 1948; YAKEMTCHOUK, R., *L'ONU, la sécurité régionale et le problème du régionalisme*, Pedone, Paris 1955.

Como es sabido, al no dar la Carta una definición de lo que debe entenderse por acuerdo u organismo regional, la doctrina recurrió a diferentes criterios que, en mayor o menor medida, han sido desmentidos por la práctica⁷. En efecto, forzada por las circunstancias, la ONU ha tenido que recurrir a grupos de Estados y organizaciones poco o nada institucionalizadas, algunas de las cuales ni siquiera tenían que ver, en principio, con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Organización de la Conferencia Islámica (OCI), Grupo de Contadora, Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO), Amigos del Secretario General, etc. Incluso se ha acabado recurriendo a los acuerdos de legítima defensa colectiva que, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), tuvieron mucho interés en los tiempos de la guerra fría en no ser considerados acuerdos regionales para así no tener que dar explicaciones de su actuación al Consejo de Seguridad. En estas condiciones, Naciones Unidas empezó utilizando un criterio restrictivo mediante el cual se consideraban organizaciones regionales a los efectos del Capítulo VIII solamente a aquellas que habían sido invitadas por el Secretario General a asistir como observadoras a las reuniones de la Asamblea General. Éste fue inicialmente el caso de la OEA, de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y de la Liga de Estados Árabes (LEA), entre otras. La situación cambió drásticamente a partir de 1992⁸, momento en que Naciones Unidas, desbordada por las crisis internacionales, se vio obligada a recurrir a cualquiera que pudiera prestarle ayuda. En la Agenda para la Paz, de 1992, puede leerse que se consideran acuerdos u organismos regionales a los efectos del artículo 52 las «organizaciones creadas por un tratado, antes o después de las Naciones Unidas, organizaciones regionales de seguridad y de defensa colectiva o incluso organizaciones destinadas a asegurar el desarrollo regional de forma general o en algún aspecto específico. También grupos creados para tratar una cuestión en particular, ya sea política, económica o social».

Por las razones señaladas, el Capítulo VIII de la Carta ha sufrido una importante deriva en los años posteriores a la adopción de ésta como consecuencia de la evolución que todo lo relativo a la paz y a la seguridad internacionales ha experimentado en el tiempo transcurrido desde entonces. Las circunstancias han cambiado, las

⁷ Vid. VIRALLY, M., «De la classification des organisations internationales», *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruselas 1972, pp. 277 y ss. y «Les relations entre organisations régionales et organisations universelles», *Régionalisme et internationalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux de la SFDI, Pedone, Paris 1976, pp. 147 y ss.

⁸ Son muy importantes al efecto documentos tales como la Agenda para la Paz, adoptada en 1992 siendo Secretario General de la ONU, BOUTROS-GHALI; el Suplemento a la Agenda, de 1995; la Declaración del Milenio de 2000; el «Informe Brahimi», del Grupo sobre Operaciones de Paz de la ONU; el Informe del Secretario General Kofi ANÁN, de 2005; el documento final de la Cumbre Mundial, de octubre de 2005, y las actas de las reuniones de alto nivel, de carácter bianual, entre la ONU y las Organizaciones regionales para establecer un marco de cooperación en materia de prevención de conflictos y consolidación de la paz.

crisis se han multiplicado y, como ya pusimos de relieve, los peligros actuales para la paz y la seguridad no se concretan en invasiones u otros actos clásicos de agresión sino en factores mucho menos concretos y visibles que, sin embargo, son tan peligrosos como aquellos. En estas condiciones, el Capítulo VIII de la Carta no ha escapado a los cambios y, como se ha señalado con gran acierto⁹, sin experimentar formalmente enmienda alguna, ha servido como base jurídica para actuaciones muy distintas de las originariamente previstas.

En 1994 el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que organizara contactos con las organizaciones regionales al objeto de que éstas pudieran cooperar en el marco del mantenimiento de la paz. Acudieron dieciséis organizaciones de las que sólo nueve tenían el estatuto de observador ante la Asamblea General. En 2005 eran ya más de una veintena y el número de ellas ha ido aumentando paulatinamente¹⁰. Las relaciones entre estas organizaciones y el Consejo de Seguridad también han ido cambiando de naturaleza. Si la Carta, según las primeras interpretaciones, pareció conceder primacía a las organizaciones regionales en materia de arreglo pacífico de controversias y, por el contrario, reservó todas las competencias al Consejo de Seguridad en materia de acción coercitiva, el cambio de las circunstancias mundiales y la dificultad de discernir claramente entre medidas de una y otra naturaleza ha llevado al establecimiento de unas nuevas relaciones que se pueden calificar como de cooperación en las que lo más importante es que, en la práctica, la organización regional de que se trate esté en condiciones de aportar una ayuda eficaz.

El asalto a la exclusividad del Consejo empezó por sacar del campo de la acción coercitiva —con la ayuda del dictamen del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre «Ciertos gastos de las Naciones Unidas»— las sanciones económicas o diplomáticas que no suponían el uso de la fuerza armada y ha terminado por poner pura y simplemente en cuestión si el Consejo de Seguridad debe mantener esa prioridad que le otorga la Carta o si, por el contrario, ha de aceptar la descentralización de las medidas coercitivas en favor de las organizaciones regionales o, incluso, de determinados Estados en el supuesto de la intervención humanitaria. En este sentido es preciso señalar, no obstante, que si bien la Agenda para la paz pareció establecer un marco flexible, el Acta final de la cumbre mundial de 2005 lleva el agua hacia sus cauces originarios.

La práctica no es concluyente pero, en todo caso, permite puntualizar algunos extremos que no siempre estuvieron suficientemente claros. En unos casos, podría decirse que el Consejo de Seguridad ha decidido realizar una acción coercitiva pero la ha dejado en manos de un organismo regional que es quien la ha llevado a cabo. En realidad el Consejo de Seguridad no habría podido hacerlo por sí mismo en el

⁹ COT, J.P., PELLET, A. y FORTEAU, M., *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 2005, vol. II, pp. 1367 y ss.

¹⁰ Entidades internacionales como el Foro de las Islas del Pacífico, la Organización de Cooperación de Shanghai o la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo forman parte del grupo.

caso de que la acción coercitiva hubiera requerido el uso de la fuerza armada puesto que no dispone de ella. Es, más o menos, lo que ha sucedido cuando el Consejo de Seguridad ha decidido adoptar una medida coercitiva y ha autorizado/recomendado a los Estados que la llevaran a la práctica, actuando solos o en el marco de organismos o acuerdos regionales. Es el caso, por ejemplo, del bloqueo del Adriático en 1999 por parte de la OTAN y de la Unión Europea Occidental (UEO) o de la actuación de la CEDEAO en Sierra Leona (1997) o en Costa de Marfil (2003).

En otros supuestos ha sido la organización regional la que ha tomado la iniciativa sancionadora y el Consejo de Seguridad el que la ha autorizado. En este punto es en el que mayor controversia se ha producido tanto en la doctrina como en la práctica de las Naciones Unidas. La principal pregunta a responder es la de si todas las medidas coercitivas que se pueden adoptar sobre la base de los artículos 41 y 42 de la Carta requieren autorización o encargo por parte del Consejo de Seguridad para que una organización regional pueda ponerlas en práctica. En otras palabras, cuando el artículo 53 se refiere a «medidas coercitivas» ¿se refiere a todas las previstas en el Capítulo VII o solamente a algunas de ellas? Con relación a las sanciones de carácter no militar parece haber acuerdo en el sentido de no considerarlas medidas coercitivas. Se trataría por lo general de sanciones económicas que el Derecho Internacional permite a cualquier Estado a título individual –reciprocidad, retorsión, contramedidas en general– y que, por consiguiente, no habría razón para impedirselas a una organización internacional. Sería el caso de las sanciones de la OEA contra la República Dominicana en 1960 o, más cercana en el tiempo, la acción desarrollada por la Comunidad Europea en Bosnia en 1991. Tampoco se consideraría medida coercitiva el envío de fuerzas al objeto de interponerse entre contendientes, como las llevadas a cabo por la OUA en el Chad en 1981 o por la Comunidad de Estados Independientes (CEI) en Tayikistan (1993) y Georgia (1994). No obstante, si las fuerzas en cuestión hicieran uso de las armas más allá de para su propia defensa, entonces la autorización del Consejo de Seguridad sería necesaria.

El problema más conocido es el que se ha planteado con relación a las llamadas intervenciones humanitarias sobre las que han corrido verdaderos ríos de tinta. Se trata, como es sabido, de la utilización de la fuerza armada para evitar violaciones masivas de los derechos humanos. ¿Es posible hacerlo sin consentimiento del Estado objeto de la intervención y sin autorización del Consejo de Seguridad? Se suele distinguir según que la acción la lleve a cabo un Estado *uti singuli* –no estaría permitida– o que se lleve a cabo con carácter colectivo en el marco de una organización internacional, lo cual podría considerarse como una presunción de licitud. Algo parecido se puede plantear con relación a actuaciones en caso de Estados fallidos en cuyo territorio no hay autoridad efectiva alguna, como está sucediendo actualmente en Somalia. Una respuesta prudente a estas preguntas sería la de considerar, en principio, la necesidad de autorización del Consejo de Seguridad ya que el de la no intervención es un viejo principio del orden internacional y la proliferación de Estados u organizaciones gendarme no parece que sea la mejor solución.

La realidad es que la práctica de las Naciones Unidas no ha ayudado demasiado. La falta de condena por parte del Consejo de Seguridad cuando la OTAN bombardeó Kosovo en la primavera de 1999 fue utilizada para afirmar que suponía una autorización implícita y la autorización *a posteriori* dada por el Consejo de Seguridad a raíz de la intervención de la CEDEAO en Sierra Leona en 1998 permitiría pensar en una acción coercitiva iniciada por una organización regional que sería lícita en tanto no fuera condenada o estuviera a la espera de autorización por parte del Consejo de Seguridad.

II. LAS MEDIDAS TOMADAS AL EFECTO POR LA UNIÓN EUROPEA

En este contexto que acabamos de exponer muy sucintamente es en el que, en 1992, el Tratado de Maastricht instaló a la Unión Europea cuando estableció entre las funciones de su Política exterior y de seguridad común la del mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta Final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París (artículo J.1). Se daba así un paso realmente importante con relación a lo que hasta ese momento había sido la Cooperación política europea –iniciada en los años setenta– y, sobre todo, la Unión Europea se convertía en una organización susceptible de entrar en el marco del Capítulo VIII de la Carta, algo que no parecía posible con las Comunidades Europeas, auténticas organizaciones internacionales cuyos fines, sin embargo, eran de carácter económico-social; nada que ver con los «asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» exigidos por el artículo 52 del citado Capítulo¹¹. Las relaciones de la Unión Europea con la Organización mundial se concretarían en 2003 con la adopción, el 24 de septiembre, de una Declaración conjunta de ambas organizaciones¹². El Tratado de Maastricht, sin embargo, no partía de la nada, sino que ya a comienzos de los años setenta se había iniciado una cooperación política entre los Miembros de las Comunidades Europeas que se había centrado, fundamentalmente, en la acción exterior.

A. La cooperación política europea

La Cooperación política europea (CPE) fue definida acertadamente como el conjunto de prácticas y procedimientos de que se servían los Estados miembros de las Comunidades para concertar sus posiciones respectivas en el campo de las re-

¹¹ Vid. CORRAL SUÁREZ, M., *loc. cit.*, pp. 15 y ss.

¹² Con posterioridad, a lo largo de 2004, se firmaron sendos documentos sobre, respectivamente, Implementación de la declaración conjunta y cooperación en operaciones militares de gestión de crisis y sobre cooperación en la gestión civil de crisis.

laciones exteriores e intentar así hacer llegar a los actores internacionales con los que se relacionaban una sola voz¹³. Baste recordar que la idea inicial de quienes crearon el Mercado Común fue la de que la unificación de Europa se llevaría a cabo no de una vez sino poco a poco, mediante pasos cortos que, paulatinamente, fueran creando solidaridades que, como una especie de engranajes, llevaran a la unidad de Europa. Éste es el contenido del Plan Schuman que, como primer eslabón de la cadena, propone la puesta en común de dos sectores importantes de la economía de los países como son el carbón y el acero. En aquél momento se pensaba que después se irían creando nuevas organizaciones sectoriales. Sin embargo, el fracaso del proyecto de crear una Comunidad Política Europea y una Comunidad Europea de Defensa hizo que hasta 1961 no se produjera un nuevo intento de unificación política, aunque mucho más modesto que el anterior. Me refiero al llamado Plan Fouchet. Consistía en el establecimiento, mediante un tratado, de un sistema de cooperación política entre los seis Estados miembros de las Comunidades basado en la cooperación intergubernamental y no en la integración, que habría de quedar reservada solo para las cuestiones económicas. La Unión se habría ocupado de política exterior, defensa, derechos humanos, etc., de tal forma que, para evitar el rechazo de algunos Estados, lo que se hacía era separar de forma tajante lo que iba a ser objeto de integración –lo económico– de lo político, que quedaba en un marco clásico de cooperación diplomática de carácter gubernamental. El plan no salió adelante y pasaron casi diez años hasta que se llevó a cabo otro intento, esta vez con más éxito.

En febrero de 1970 el Consejo aprobó el llamado Informe Davignon o Informe de Luxemburgo. Dicho Informe consideraba necesario crear un mecanismo que facilitara la acción política en común de los Estados miembros aunque, al menos inicialmente, quedara limitado exclusivamente al ámbito concreto de la política exterior. Para ello se preveía el establecimiento de un flujo constante de información y consultas regulares que los Estados se comprometían a facilitar al objeto de poder adoptar posturas comunes ante cuestiones de interés general. Los encargados de la concertación serían los Ministros de asuntos exteriores ayudados por un Comité Político (COPO), formado por los directores de política exterior de los respectivos ministerios. El Informe Davignon advertía, no obstante, que aunque hasta entonces siempre había parecido deseable separar lo político de lo económico, la realidad era

¹³ CHARPENTIER, J., «La coopération politique entre les Etats membres des Communautés Européennes», *Annuaire Français de Droit International (AFDI)* 1979, pp. 753 y ss. Sobre la CPE, *vid.*, entre otros, BARBÉ, E., «La cooperación política europea», *Revista de Instituciones Europeas (RIE)* 1989, pp. 79 y ss.; EDWARDS, G. y HILL, Ch., «European political cooperation», *Yearbook of European Law (YEL)* 1991, pp. 489 y ss.; FERNÁNDEZ LIESA, C., *Las bases de la política exterior europea*, Tecnos, Madrid 1994; VON DER GABLENTZ, O., «Luxembourg revisited or the importance of european political cooperation», *Common Market Law Review (CMLR)* 1979, pp. 685 y ss.; GERARD, Y., «La coopération politique européenne. Méthodes et résultats», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (RMC)* 1987, pp. 466 y ss.; PERRAKIS, S., «L'incidence de l'Acte Unique Européenne sur la coopération des douze en matière de politique extérieure», *AFDI* 1988, pp. 807 y ss.

que, por lo general, los problemas internacionales nunca se presentaban como exclusivamente políticos o económicos y que, por consiguiente, era necesario armonizar las posiciones de los Estados cuando actuaban como Comunidad y cuando lo hacían –hasta entonces separadamente– en el marco de la política internacional. Además, el Informe involucraba, aunque tímidamente, tanto a la Comisión como al Parlamento, señalando que aquélla debía participar en las reuniones de los Ministros de asuntos exteriores y que éste debía ser periódicamente informado de las medidas que se adoptaran. Pues bien, la aprobación del Informe por los Estados miembros de la CEE supuso el inicio de la cooperación política –limitada al campo de las relaciones exteriores– que se concretó en la obligación de concertación a cargo de los Estados miembros, lo cual no implicaba necesariamente el logro de resultados positivos. Se trataba, por consiguiente, más de una obligación de comportamiento que de resultado.

Fue el Informe de Copenhague, de 1973, el que, definitivamente, contribuyó a la instauración de la CPE. Fue adoptado por el Consejo en julio de 1973 y en él los Estados se comprometieron a no fijar definitivamente su propia posición sin haber consultado antes con sus interlocutores en el marco de la cooperación política. Además, asociaba la Comisión a los trabajos de la cooperación política y también al Parlamento Europeo, al que habría que tener regularmente informado. A partir de entonces las reuniones de Ministros de asuntos exteriores empezaron a celebrarse al menos cuatro veces al año y el Comité político se reunió cuantas veces fue necesario pero, por lo general, una vez al mes.

Así es como empezó a desarrollarse la cooperación política europea a lo largo de los años setenta. Se caracterizó, fundamentalmente, por ser intergubernamental, por su clara separación formal del marco comunitario y por el hecho de constituir un sistema de cooperación entre Estados carente de base jurídica. No hay texto jurídico alguno; solamente informes aprobados por el Consejo cuyas recomendaciones son llevadas a la práctica por los Estados. Así estuvieron las cosas hasta que el Acta Única Europea (AUE) las institucionalizó en 1986.

El artículo 30 del AUE, bajo el título de Disposiciones sobre la Cooperación Europea en materia de política exterior, contenía doce apartados que en realidad se limitaban a recoger lo que ya venía siendo una práctica seguida por los Estados sobre la base de los Informes a los que acabamos de referirnos. Las únicas novedades venían dadas por la introducción, junto a la política exterior, de la seguridad como objetivo de la cooperación –aspectos políticos y económicos de la cooperación, tecnologías de doble uso, etc.– y por la creación en Bruselas de una Secretaría que asistiría a la Presidencia en la preparación y ejecución de las actividades de la CPE.

B. La política exterior y de seguridad común (PESC)

El Tratado de Maastricht –que entró en vigor en noviembre de 1993– modificó sensiblemente la CPE pero sin sacarla del ámbito intergubernamental en el que se

encontraba¹⁴. De forma que de los tres pilares en los que reposa la Unión Europea sólo el primero –el comunitario– supone integración; los otros dos –la PESC y la Cooperación en los ámbitos de justicia e interior hoy cooperación policial y judicial en materia penal– son pura cooperación intergubernamental al estilo clásico, aunque estrechamente arropada por los logros alcanzados en el marco de la integración económica.

Los Estados miembros de la Unión Europea se habían dado cuenta de que los mecanismos de la CPE no les permitían hacer frente en común a los grandes cambios y a las importantes crisis que se estaban produciendo a raíz de la caída del muro de Berlín, el desmembramiento de la Unión Soviética y, en general, las consecuencias de la desaparición del sistema comunista. A esta necesidad de nuevos medios añadió Francia la conveniencia de avanzar no solamente en materia de política exterior y de seguridad sino también en lo relativo a la defensa, de manera que Europa fuera autónoma y no tuviera que depender de la cooperación de los Estados Unidos dentro de la OTAN. A todo ello respondió la creación de la PESC.

Con carácter muy general puede decirse que el art. J.1. del Tratado de Maastricht estableció los objetivos de la PESC y los medios jurídicos para alcanzarlos; los artículos J.2. y J.3. desarrollaron dichos medios; el art. J.4. estableció el contenido de la PESC y los restantes artículos se ocuparon de las cuestiones institucionales y de la financiación.

1. Los objetivos

Los objetivos de la PESC quedaron recogidos en el artículo J.1. y fueron los siguientes: la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la Unión; el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros en todas sus formas; el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de las Naciones Unidas, con los principios del Acta final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París para una nueva Europa; el fomento de la cooperación internacional y el desarrollo de la democracia y del Estado de derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. De todos estos objetivos tal vez el de mayor trascendencia fue el relativo a la paz y a la seguridad internacionales. Y ello porque ponía de relieve que el Tratado de Maastricht no constituía un simple «paso más» con relación a lo que ya existía sino que daba lugar a algo muy

¹⁴ Sobre la PESC en el Tratado de Maastricht, *vid.* CARTOU, L., *L'Union Européenne*, Dalloz, Paris 1996; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El sistema institucional de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 1993; HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», en P. BIGLINO (Coord.), *Diccionario de términos comunitarios*, McGraw-Hill, Madrid 1997, y «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea y su necesaria revisión», *Revista de Estudios Europeos* n° 16, 1997, pp. 3 y ss.; RYBA, B. Ch., «La politique étrangère et de sécurité commune. Mode d'emploi et bilan d'une année d'application», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n° 384, 1995, pp. 14 y ss.; TANCA, A., «La Politique étrangère et de sécurité commune de l'Union Européenne en 1995», *Journal Européen de Droit International*, 1996, pp. 447 y ss.

distinto: la Unión Europea se alineaba con organizaciones internacionales tales como la OEA o la OUA y entraba dentro del grupo de las que quedaban integradas en el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas al que ya nos hemos referido.

2. *Los medios jurídicos*

Los artículos J.2. y J.3. se referían, respectivamente, a los mecanismos a través de los cuales podía concretarse la PESC. El primero de ellos recogía lo que hasta entonces había sido el contenido de la CPE: la obligación de los Estados de informarse en el seno del Consejo sobre cualquier cuestión de política exterior y de seguridad que revistiese un interés general con el fin de garantizar que su influencia combinada se ejerciera del modo más eficaz mediante una acción concertada y convergente. La obligación se concretaba en la posibilidad de adoptar «posiciones comunes» dentro del Consejo y en el compromiso de los Estados de velar por la conformidad de sus políticas nacionales con dichas posiciones comunes. La gran novedad de la PESC fueron las «acciones comunes» introducidas por el artículo J.3.: «Basándose en orientaciones generales del Consejo europeo, el Consejo decidirá que una cuestión de política exterior y de seguridad sea objeto de una acción común. Cuando el Consejo apruebe el principio de una acción común fijará su alcance preciso, los objetivos generales y específicos que la Unión se asigne al llevarla a cabo, así como los medios, los procedimientos, las condiciones y, si es necesario, el límite temporal aplicable a su ejecución».

3. *Las cuestiones institucionales*

Por lo que se refiere a las cuestiones institucionales, el artículo J.5 confirmó a la Presidencia como representante de la Unión y responsable de la ejecución de las acciones comunes si bien, en contra de lo que sucedía en la CPE, no solo la Presidencia sino cualquier Estado miembro podría plantear al Consejo una cuestión relacionada con la PESC y presentarle propuestas (art. J.8). El artículo J.7 incorporaba al Parlamento al desarrollo de la PESC: la Presidencia consultaría con el Parlamento Europeo sobre los aspectos principales y las opciones básicas de la política exterior y de seguridad común y velaría por que se tuvieran debidamente en cuenta sus opiniones. Además, la Presidencia y la Comisión mantendrían regularmente informado al Parlamento sobre el desarrollo de la PESC. El control que, en definitiva, podía ejercer el Parlamento sobre la PESC era limitado pero la Comisión quedaba mejor conectada ya que, de acuerdo con el artículo J.9, estaría plenamente asociada a los trabajos en el ámbito de la PESC.

4. *La financiación*

Finalmente, el artículo J.11. se refería a los gastos que generara la PESC. Los de carácter administrativo correrían a cargo del presupuesto de las Comunidades euro-

peas mientras que con relación a los gastos operativos ocasionados por el ejercicio de acciones comunes el Consejo podría decidir entre cargarlos al presupuesto comunitario o que corrieran por cuenta de los Estados miembros según una clave de reparto que, eventualmente, habría de determinarse.

5. *El contenido de la PESC*

El artículo J.1 del Tratado de la Unión señalaba, como ya hemos indicado, que «la Unión y sus miembros definirán y realizarán una política exterior y de seguridad común que se regirá por las disposiciones del presente Título y abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad». Pues bien, el artículo J.4. incidía en este punto concretando el contenido de la PESC. Sin embargo, sus términos dejaron en el aire demasiados interrogantes a los que las Declaraciones anexas tampoco aportaron una respuesta suficiente. Por ello, a partir de Maastricht, el Consejo europeo hubo de dedicar algunas de sus reuniones a la concreción de estas materias y el Tratado de Amsterdam intentó mejorar el conjunto de la reglamentación.

a) El artículo J.4. del Tratado de la Unión Europea

El artículo J.4. estableció que la PESC abarcaría todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión europea, incluida la definición, en el futuro, de una política de defensa común que pueda conducir en su momento a una defensa común. En este sentido conviene poner de relieve que la idea de seguridad ya no se conecta exclusivamente con lo estrictamente militar sino que abarca «todas las cuestiones relativas a la seguridad». Por el contrario, en lo que se refiere a la política de defensa hay que poner de relieve las cautelas con las que se aludía a ella: «en el futuro», «que pudiera conducir», «en su momento», es decir, términos vagos que dejan muy abierto el compromiso. Todo ello, además, dirigido a poner en pie una simple política de defensa común que, tal vez, más adelante, pudiera llevar a una defensa común.

Para desarrollar la política de defensa, la Unión europea –añadía el art. J.4.– «pide a la Unión Europea Occidental (UEO) que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa». Ésta era, quizá, desde una perspectiva jurídica, la parte más problemática de todo el Título V del TUE ya que no se veía bien cómo era posible que un acuerdo concluido entre los entonces doce Estados miembros de la Comunidad pudiera involucrar y crear obligaciones nuevas para una Organizaciones internacional –la UEO– cuyos miembros no coincidían con los de la Unión Europea y cuyos objetivos y mecanismos de acción estaban bien delimitados en el Tratado de Bruselas.

El artículo. J.4. se refería también a otras cuestiones muy importantes tales como la de las relaciones entre la UEO, la Unión Europea y la OTAN. Los Estados miembros de la Comunidad se habían dividido entre quienes pretendían, siguiendo

al Reino Unido, que la OTAN siguiera siendo el bastión de la defensa europea y quienes deseaban, de acuerdo con la postura francesa, que Europa tuviera su propio sistema defensivo. La solución al problema apareció en el párrafo 4 del artículo J.4. como un compromiso bastante ambiguo que, en cualquier caso, desvirtuó la pretensión de Francia: «Con arreglo al presente artículo, la política de la Unión... respetará las obligaciones derivadas para determinados Estados miembros del Tratado del Atlántico Norte y será compatible con la política común de seguridad y defensa contenida en dicho marco». Por otra parte, el párrafo 5 añadía que «las disposiciones del presente artículo no serán óbice al desarrollo de una cooperación más estrecha entre dos o varios Estados miembros a nivel bilateral, en el marco de la UEO o de la Alianza Atlántica, siempre que esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente Título».

b) La «cumbre» de Lisboa de junio de 1992

Las primeras medidas adoptadas al objeto de dar contenido real y poner en funcionamiento la nueva política quedaron plasmadas en la cumbre de Lisboa de junio de 1992. La Conferencia intergubernamental de la que salió el TUE manejó varias listas de materias en las que los intereses de los Doce parecían coincidir y, por consiguiente, podían ser objeto de acciones comunes. Sin embargo, el Consejo fue invitado a preparar un informe al objeto de ir determinando los ámbitos de las acciones comunes con respecto a países o grupos de países. Este informe fue presentado en la reunión de Lisboa de junio de 1992 y en él se trataban, entre otras, tres cuestiones importantes. La primera se refería a la necesidad de que la PESC, al contrario de lo que sucedió con la CPE, no fuera a remolque de los acontecimientos internacionales sino que tomara la iniciativa en el sentido de hacer valer los intereses de la UE, creando un clima internacional que la favoreciera. La segunda cuestión de que se ocupaba consistía en identificar aquellos factores que fueran determinantes para detectar los intereses comunes a los «Doce». La tercera materia objeto de examen era la determinación de las grandes zonas del mundo en las que podrían desarrollarse las primeras acciones comunes.

Con relación a la toma de iniciativas por parte de la Unión, el informe de Lisboa señalaba que la PESC debería contribuir a garantizar que las acciones exteriores de la Unión estuvieran menos condicionadas por los acontecimientos del mundo exterior y más dirigidas a velar por los intereses de la Unión y a la creación de un entorno internacional más favorable. Todo ello permitiría que la Unión Europea tuviera mayor capacidad para resolver los problemas en su origen con el fin de anticiparse al estallido de las crisis. Además, la Unión podría aclarar sus propios objetivos e intereses a los terceros países y acercarse aún más a lo que dichos países esperan de la Unión. En definitiva, se trataba de lograr que al peso específico mundial que tenía la Unión en lo económico le correspondiera un peso equivalente en lo político, es decir, algo que, de momento, estaba —y sigue estando— lejos de lograr. En este sentido se llegó a decir que la Unión era un gigante económico pero un enano

político y un gusano militar. No era una frase original, porque ya se utilizó hace años para referirse a Alemania, pero resultaba apropiada.

El Informe de Lisboa desarrolló el Título V del Tratado de Maastricht en cuanto que estableció lo que se denominó el «marco de referencia de la PESC». Así señaló que las acciones comunes deberían necesariamente cumplir los objetivos de la Unión tal como éstos aparecían explicitados en los artículos B y J.1.2., tener en cuenta el acervo de la Unión y ser coherentes con las demás acciones y posiciones adoptadas por la Unión.

Por lo que se refiere a los factores determinantes de los intereses comunes el Informe consideraba como los más importantes la proximidad geográfica de regiones o países concretos y la existencia de amenazas a los intereses y a la seguridad de la Unión. Además, cuando se concretaran las zonas de acción de la PESC, la Unión debería fijarse unos objetivos específicos para cada una, entre los que habrían de incluirse los siguientes: el fortalecimiento de los principios e instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las minorías; el fomento de la estabilidad política regional y de la creación de marcos políticos y económicos que alienen la cooperación regional o, incluso, la integración regional; la contribución a la prevención y a la solución de conflictos; la contribución necesaria para la mejora de la coordinación internacional ante situaciones de emergencia; el fortalecimiento de la cooperación existente en temas de interés internacional tales como la lucha contra la proliferación de armamentos, el terrorismo o el tráfico de drogas y, finalmente, el fomento y el apoyo al buen gobierno.

Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, el Informe estableció, en tercer lugar, los países o grupos de países que podían ser objeto de las primeras acciones comunes y cuál podría ser el objetivo de las mismas para que resultaran beneficiosas para la Unión Europea. Se señalaron así dos grandes zonas: Europa central y oriental por un lado y el Magreb y el cercano Oriente por otro. Con relación a la primera de ellas la Unión debería fomentar la estabilidad política y la cooperación regional. Además, apoyaría la acción de la OSCE en lo relativo a su «dimensión humana» –democracia, derechos humanos, minorías– y a la prevención y solución de conflictos, dando especial énfasis a la cuestión de la inviolabilidad de las fronteras. Dentro de la zona en cuestión se distinguía entre Rusia y las demás repúblicas, otros países de la Europa central y oriental, incluidos los Balcanes, y la antigua Yugoslavia. Con relación al primer grupo, el objetivo fundamental a alcanzar era el de garantizar la estabilidad de la zona prestando especial atención a salvaguardar la seguridad de Europa. Para ello se consideraba necesario fortalecer la capacidad de influencia de la Unión dando un énfasis especial al cumplimiento de los tratados de desarme y control de los armamentos, no proliferación, etc. En cuanto a los demás Estados de la Europa central y oriental se trataba de fortalecer las relaciones de éstos con la Unión de forma a facilitar su posible integración en ella. En cuanto a la antigua Yugoslavia, el Informe se refería en primer lugar al logro de la paz y, una vez alcanzada ésta, al fomento de la cooperación. Con relación a la segunda zona, la Unión tenía especial interés en establecer relaciones de buena vecindad y evitar

que se agravaran las diferencias norte-sur favoreciendo el desarrollo económico y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Como la situación del Magreb podía constituir una amenaza para Europa en función de su alto crecimiento demográfico, de la gran crisis social existente y del auge del fundamentalismo, se proponía para evitarla el fortalecimiento de la cooperación y el fomento de la integración regional. En cuanto al cercano Oriente, la inestabilidad de la zona también suponía una amenaza para Europa y, en consecuencia, se auspiciaba el respaldo al proceso negociador iniciado en la Conferencia de Madrid.

El Informe de Lisboa apuntaba, finalmente, los ámbitos que, en materia de seguridad, podían ser objeto de acciones comunes: el desarrollo de la OSCE, la política de desarme y de control de armamentos, la no proliferación nuclear y los aspectos económicos de la seguridad, especialmente el control de la transferencia de tecnología a terceros países y de la exportación de armas.

c) La «cumbre» de Bruselas de octubre de 1993

Tras la cumbre de Lisboa, el Consejo europeo se ocupó de la PESC en otras reuniones. Es el caso de la reunión de Edimburgo, de diciembre de 1992, en la que se aceptó que Dinamarca quedara al margen de todo lo relativo a la defensa. También se interesó por la PESC el Consejo Europeo en la reunión de Copenhague de junio de 1993 en la que se trató de forma especial la cuestión de los países de la Europa oriental y el Pacto de estabilidad. Pero mayor importancia tuvo la cumbre de Bruselas de octubre del mismo año, en la que se fijaron cinco campos prioritarios que podían ser objeto de la acción comunitaria: la estabilidad de Europa, el proceso de paz del cercano Oriente, el proceso de democratización de Suráfrica, la pacificación de la antigua Yugoslavia y la transición democrática de Rusia.

C. La revisión de la PESC en el Tratado de Amsterdam

La revisión de la PESC constituyó uno de los objetivos más importantes de la Conferencia intergubernamental que, iniciada en 1996, revisó el Tratado de Maastricht¹⁵. En

¹⁵ Sobre la PESC en el Tratado de Amsterdam, *vid.* entre otros, ARROYO LARA, E., «Ámbitos e instrumentos de acción exterior de la Unión Europea», en F. MARIÑO (ed.), *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad internacional*, Universidad Carlos III, Madrid 1998, pp. 353 y ss.; BERMEJO GARCÍA, R., «La Política exterior y de seguridad común y el Tratado de Amsterdam», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja (BEUR)* nº 3, junio 1998, pp. 20 y ss.; DE LA FUENTE PASCUAL, F., *Glosario jurídico-político de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 252 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Tratado de Amsterdam (1997) y la defensa de Europa», en J. M. PELÁEZ MARÓN (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo IV*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba 1998, pp. 157 y ss.; HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «La Política exterior y de seguridad común en el Tratado de Amsterdam», *Revista de Estudios Europeos* nº 20, 1998, pp. 3 y ss. y «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea (NUE)* nº 186, julio 2000, pp. 103 y ss.; REMIRO BROTONS, A., «¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para la PESC?», *Gaceta Jurídica* 1998, D-29, pp. 71 y ss.

efecto, la actividad desarrollada en el ámbito de la PESC fue considerada casi unánimemente como bastante decepcionante. No sólo porque, para algunos, sus realizaciones habían sido escasas y de no demasiada entidad sino porque habían puesto de manifiesto las dificultades con que aún tropezaban los miembros de la UE para ponerse de acuerdo sobre determinadas materias.

1. Las deficiencias de la PESC

Los trabajos realizados para preparar la CIG de 1996, tanto por parte del Grupo de reflexión como por parte de los principales órganos de la Unión, coincidieron en señalar una serie de problemas que sería necesario superar si realmente se quería que al peso económico que tenía la UE en el mundo le correspondiera un peso político semejante.

Con carácter general puede decirse que si se esperaban resultados espectaculares de la PESC, éstos, desde luego, no se habían alcanzado. Es cierto, sin embargo, que el tiempo de vigencia de esta política no había sido suficiente para poder hacer seriamente una evaluación sobre su funcionamiento; se había tratado más bien de un período de aprendizaje y de conexión de las distintas instancias. Por otra parte, hay que señalar que en un mundo en el que suceden tantas cosas y éstas están tan pronto al alcance de la opinión pública gracias a la rapidez de los medios de comunicación —especialmente en situaciones que ponen en entredicho la protección de los derechos humanos o que suponen pérdidas masivas de vidas— es fácil que el ciudadano se pregunte por qué no hace nada la Unión Europea. Naturalmente, la Unión Europea no puede acudir a todas partes. Ni siquiera a algunas de ellas. Su capacidad está muy lejos de ser la de los Estados Unidos y, por supuesto, y esto es más grave, no siempre sus miembros están de acuerdo sobre las posibles acciones a realizar.

En cualquier caso, lo cierto es que las posiciones y acciones comunes hasta aquél momento adoptadas respondían a peticiones hechas por las Naciones Unidas tanto con carácter general —a cualquiera que pueda cooperar— como con carácter particular a la Unión Europea. Éste es el caso de Yugoslavia, Libia, Haití, Sudán o Ruanda. Otras veces han sido iniciativa de la propia Unión Europea (Ucrania o Burundi). Otras habían servido para vigilar evoluciones democráticas (Rusia, Suráfrica). En realidad, se criticaba entonces que sólo en dos ocasiones la Unión Europea había actuado en defensa de sus propios intereses; en todos los otros casos se trataba de posturas sobre acontecimientos que ya se habían producido y en los que la Unión no había intervenido para nada y tenía muy escaso interés directo¹⁶.

¹⁶ Las posiciones comunes tuvieron que ver en su gran mayoría con Yugoslavia; pero también con Burundi, Haití, Libia, Ruanda o Ucrania, entre otros países. Unas tuvieron por objeto el establecimiento de una línea de conducta a seguir por los Estados miembros en el desarrollo de sus relaciones exteriores y otras la fijación de orientaciones relativas a la acción conjunta en el ámbito de las organizaciones o conferencias internacionales. En cuanto a las acciones comunes, el Consejo adoptó varias, de las

Se señaló también la importante distancia que había existido, prácticamente en todas las ocasiones, entre lo que había sido el mandato del Consejo europeo –las orientaciones generales– y lo que luego ha llevado a la práctica el Consejo; es decir, el contenido concreto de la acción o posición común adoptada mediante una decisión. Ello ponía en evidencia la dificultad de alcanzar acuerdos, lo que, a su vez, denotaba la falta de percepción de intereses comunes. Se criticó igualmente el abuso de las declaraciones a pesar de que esta figura ya no aparecía en el Tratado de Maastricht y no era más que una reminiscencia de la CPE. En efecto, en los dos primeros años de vida de la PESC las declaraciones ascendieron a más de ciento veinte cuando las posiciones comunes adoptadas no fueron más que siete y las acciones comunes ocho.

También se consideró negativo el hecho de que las acciones comunes hubieran tenido una naturaleza tan diferente unas de otras, puesto que iban del simple envío de una delegación para observar unas elecciones en Rusia al despliegue de importantísimos recursos de ayuda humanitaria en Yugoslavia, pasando por la adopción de posturas comunes con relación a cuestiones de importancia como podían ser las relativas a la no proliferación de armas nucleares. Más o menos en este orden de cosas es preciso referirse también al hecho de que, en contra de lo previsto, las posiciones comunes no habían sido ni un elemento que complementara *a posteriori* las acciones comunes ni tampoco una fórmula que abriera o preparara el camino a acciones comunes posteriores. Por el contrario, acciones y posiciones habían ido cada una por su lado sin la menor conexión entre ellas.

Con todo, el desarrollo de la PESC había planteado problemas mucho más importantes todavía como era, especialmente, el de la «contaminación» entre pilares. Se trataba de las relaciones entre los tres pilares o, más exactamente, entre el pilar comunitario y el pilar PESC. La cuestión era la siguiente: las sanciones económicas –embargos, limitaciones al flujo comercial, etc.– que hasta ese momento había podido adoptar por mayoría la Comunidad se habían visto afectadas en el sentido de que al caer en el ámbito de la PESC el sistema de mayoría cedía ante el de la unanimidad exigido por ésta. De forma que operaciones de gran envergadura, de alto coste económico y de importantes consecuencias, se habían podido desarrollar en el pasado dentro del pilar comunitario por mayoría, mientras que otras mucho menos importantes se atascaban o tropezaban con dificultades para ser adoptadas al intentarlo dentro del marco de la PESC que exigía la unanimidad.

cuales unas con carácter prioritario, de acuerdo con las orientaciones generales dadas por el Consejo Europeo en su reunión de octubre de 1993 en Bruselas: Estabilidad de Europa, proceso de paz en el cercano Oriente, democratización de Sudafrica, pacificación de la antigua Yugoslavia y transición democrática de Rusia. Las restantes acciones comunes puestas en vigor se enmarcaron fundamentalmente en el campo de la seguridad: no proliferación de armas nucleares, control de la exportación de bienes de doble uso o tráfico ilícito de materiales radiactivos. *Vid.* Conferencia Intergubernamental de 1996. *Informe de la Comisión para el Grupo de Reflexión*, Comisión Europea, Bruselas-Luxemburgo 1995, pp. 101 y 102.

Finalmente, también se criticó la poca amplitud del abanico geográfico de las acciones y posiciones comunes que, casi, casi, se habían limitado a la Europa del Este y al continente africano. América y Asia, prácticamente, habían quedado al margen del interés de la Unión.

2. *Las propuestas de revisión*

Los documentos adoptados con vistas a la celebración de la Conferencia intergubernamental para la revisión del Tratado de Maastricht, tanto por el Grupo de Reflexión como por las instituciones de la Comunidad, en especial la Comisión y el Parlamento europeo, coincidieron en la localización de los fallos de la PESC y en muchas de las propuestas formuladas al objeto de solucionarlos, aunque no en todas.

En primer lugar, las instituciones comunitarias –menos el Consejo– y, en gran medida, el Grupo de reflexión, estuvieron de acuerdo en señalar que la exigencia de la unanimidad era el principal factor que impedía el desarrollo de la PESC. Se consideraba excesivo que la unanimidad fuera necesaria, por ejemplo, para enviar una simple misión de observación a unas elecciones. En ese sentido la propuesta de solución se pronunciaba en favor de la «comunitarización» de la PESC, es decir, de su introducción en el ámbito de la integración: propuesta de la Comisión y decisión del Consejo, intervención del Parlamento, sistema de mayorías, etc. Naturalmente no tendría que tratarse de la mayoría simple ni siquiera de la mayoría cualificada constitutiva del procedimiento normal dentro de la Comunidad, sino que podría ser una mayoría súper-cualificada o una unanimidad menos uno o una abstención no bloqueante, pero, en todo caso, desaparición de la unanimidad.

Conectada con esta propuesta se encontraba también la de que adquirieran un mayor protagonismo en la PESC tanto la Comisión como el Parlamento europeo. Una mayor intervención de éste iría en beneficio de la democratización y la transparencia. La Comisión, por su parte, también podía desempeñar un papel más importante, si bien la realidad había mostrado que, debido a la experiencia adquirida en el desarrollo de las relaciones exteriores de la Comunidad, su acción en el ámbito de la PESC estaba teniendo una trascendencia mucho mayor de la que hubiera podido sospecharse dado el segundo plano en el que la colocaba el Título V del Tratado de la Unión.

Otra cuestión que era preciso abordar era la del sistema de financiación de la PESC. Se recordará que el artículo J.11 señalaba que los gastos administrativos correrían a cargo del presupuesto de la Comunidad pero que los operativos podían cargarse a los Estados miembros. Pues bien, con relación a esta cuestión el Parlamento europeo pretendía que todos los gastos corrieran por cuenta del Presupuesto comunitario ya que así podría controlarlos e, indirectamente, controlar la PESC.

En otro orden de cosas, se barajaron distintas propuestas tendentes a dotar a la PESC de una mayor agilidad y eficacia. Entre ellas se encontraba la de crear una «Célula de análisis» formada por expertos que proporcionaría a la Presidencia los

elementos necesarios para que ésta pudiera formular propuestas coherentes adelantándose a los acontecimientos y tomando las iniciativas más favorables para la Unión Europea. También se pensó en poner al frente de la PESC a una personalidad relevante que ocupara el puesto durante un tiempo prolongado, lo que serviría para que, desde el exterior, resultara la PESC más visible.

Finalmente, de acuerdo con lo que ya hemos señalado, las relaciones de la UEO con la Unión Europea tenían que ser necesariamente clarificadas puesto que la expresión utilizada por el Tratado de Maastricht —«que forma parte integrante del desarrollo de la Unión Europea»— carecía de significado concreto.

3. *El Tratado de Amsterdam*

Como consecuencia de todo lo hasta ahora expuesto, el Tratado de Amsterdam procedió a una completa remodelación del Título V del TUE de forma que se introdujeron algunas novedades importantes en la PESC, si bien la revisión del segundo pilar consistió, fundamentalmente, en dar una nueva estructura a su reglamentación, bastante más racional e inteligible que la anterior.

La exigencia de la unanimidad que parecía haber lastrado hasta entonces la acción de la Unión no desapareció pero quedó atenuada mediante la admisión de una «discrepancia constructiva» y a través de la posibilidad de que determinadas decisiones pudieran adoptarse por mayoría cualificada. En efecto, el nuevo artículo 23 permitió que la abstención de un número limitado de Estados —siempre que no supusiera más de un tercio de los votos ponderados— no impediría al Consejo la adopción de una decisión. El Estado que se abstuviera podría acompañar su abstención de una declaración formal mediante la cual no quedaría obligado por la decisión en cuestión, pero aceptaría que fuera vinculante para la Unión. Por otra parte, determinadas decisiones —acciones y posiciones comunes basadas en una estrategia común o cualquier decisión para la aplicación de una acción o de una posición común— se adoptarían por mayoría cualificada aunque, en última instancia, si un miembro del Consejo declarase su oposición basada en motivos importantes, la votación no se llevaría a cabo y se elevaría el asunto al Consejo Europeo para que decidiera al respecto. Se trata, en definitiva, de la fórmula que sigue vigente en la actualidad tras la reforma de Niza.

La «miopía» de los responsables de la PESC se trató de solucionar mediante la creación de una Célula de planificación de la política y de alerta rápida encargada de observar los acontecimientos mundiales, de evaluar la información obtenida y de presentar al Consejo con suficiente antelación propuestas y estrategias concretas que éste podría proponer al Consejo Europeo de acuerdo con el artículo 13.3 del TUE. En cuanto a la falta de visibilidad de la PESC, la solución consistió en crear la figura del Alto Representante. Se trataba de una propuesta francesa que consideraba que era necesario que alguien personificara a la PESC más tiempo seguido que los seis meses que corresponden a cada presidencia. El nuevo cargo recayó en el Secretario General del Consejo, siendo Javier SOLANA quien lo desempeña desde entonces.

Finalmente, las relaciones entre la UEO, la OTAN y la Unión Europea no quedaron claramente delimitadas pero, más o menos, pareció que el enfrentamiento al respecto entre Francia y Gran Bretaña se había saldado a favor de ésta en cuanto a que en materia defensiva se daba prioridad a la OTAN. Sin embargo, la Unión Europea podría disponer de fuerzas militares con las que –a través de la UEO– poder llevar a cabo una serie de acciones en materia de seguridad que aparecían señaladas en el artículo 17.2: «Misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz.».

D. La reforma de Niza

El mandato que recibió la Conferencia Intergubernamental de 2000 fue un tanto ambiguo, pero en él se hacía referencia a la necesidad de abordar las modificaciones de los tratados que fueran necesarias con relación a las instituciones a los efectos de la puesta en práctica del Tratado de Amsterdam. El Parlamento Europeo entendió, y así lo hizo saber en sus resoluciones de 18 de noviembre de 1999 y 3 de febrero de 2000, que se trataba de una revisión global. Parece, sin embargo, que, en un primer momento, los Estados pretendieron limitar la reforma a los asuntos que había dejado pendientes el Tratado de Amsterdam con vistas a la ampliación, es decir, fundamentalmente, la composición de la Comisión y el sistema de ponderación del voto en el Consejo. Pero, poco a poco, el Consejo Europeo fue cambiando de opinión a lo largo de las reuniones celebradas en Colonia (junio 1999), en Helsinki (diciembre 1999) y en Santa María de Feira (junio 2000) y, finalmente, la Conferencia abordó un buen abanico de materias no previstas inicialmente, alguna tan importante como la de las cooperaciones reforzadas¹⁷. De forma que se da la paradoja de que, como ha sido puesto de relieve acertadamente¹⁸, el Consejo Europeo de Niza pasará a la historia como uno de los hitos fundamentales en la construcción de la Política europea de seguridad y defensa –un desarrollo, en definitiva, de la PESC– cuando la seguridad y la defensa nunca estuvieron formalmente en la agenda de la CIG de 2000¹⁹.

¹⁷ Sobre los antecedentes de la CIG del 96, *vid.* ELORZA, J., «La UE después de Niza», *Política Exterior* nº 79, 2001, pp. 84 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Una reforma difícil pero productiva: la revisión institucional en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2001, pp. 27 y ss.

¹⁸ GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «La política europea de seguridad y defensa después de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 9, 2001, p. 197

¹⁹ Sobre la PESC/PESD a partir de la «cumbre» de Niza, *vid.*, entre otros, AZNAR GÓMEZ, M., «¿Es posible la identidad europea de defensa? Aspectos recientes en la evolución normativa e institucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 3, 1998, pp. 619 y ss.; BLANC, E. y FENNEBRISQUE, M., «La défense européenne après le Conseil Européen de Nice», *Défense Nationale*, vol. 57, nº 2, 2001, pp. 23 y ss.; DUMOULIN, A. (ed.), *La Communauté Européenne de Défense, leçons pour demain?*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas 2000; GONZÁLEZ ALONSO, L., «La política europea de seguridad y defensa después de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 9, 2001, pp. 238 y ss.; GONZÁLEZ

Dicho esto, hay que señalar enseguida que de los grandes desarrollos de la PESD decididos en Niza la reforma del Título V del TUE no supone ni siquiera la punta del iceberg. La consagración de la PESD, que constituye la gran realización de la cumbre de Niza a nuestros efectos, es casi imposible deducirla de las modificaciones introducidas en el Tratado. Ello se debe a que –como en los viejos tiempos de la CPE– es en el Informe sobre política europea de seguridad y defensa, adoptado por el Consejo Europeo a propuesta de la Presidencia francesa, donde aparece diseñada con todo detalle. Por ese motivo, vamos a continuar nuestra exposición examinando, en primer lugar, las modificaciones introducidas en la PESD mediante la revisión del Título V del TUE y, seguidamente, el establecimiento y desarrollo de la Política europea de seguridad y defensa sobre la base del Informe que acabamos de citar.

Por lo que se refiere al Título V del TUE, la «cumbre» de Niza acordó la enmienda de los artículos 17, 23.2, 24 y 25, introdujo los nuevos artículos 27 A a 27 E y aprobó la Declaración nº 1, aneja al Tratado, relativa a la Política de Seguridad y Defensa. No obstante, otras modificaciones acordadas en Niza también tienen interés a estos efectos, como, por ejemplo, la relativa al nombramiento del Secretario General del Consejo, Alto Representante de la PESD-PESD, por mayoría y no por unanimidad como determinaba el Tratado de Amsterdam (art. 207.2 TCE). Aquí, sin embargo, vamos a examinar únicamente aquellas modificaciones que consideramos más relevantes y que, de forma directa o indirecta, pueden afectar a la PESD, único objeto en este momento de nuestra atención. La afectan directamente la exclusión de la Unión Europea Occidental y de la creación del Comité Político y de Seguridad; indirectamente, las cooperaciones reforzadas y el nuevo procedimiento de conclusión de tratados internacionales.

1. La exclusión de la Unión Europea Occidental

El Tratado de Maastricht sorprendió al encargar a la Unión Europea Occidental la elaboración y puesta en práctica de las decisiones y acciones de la Unión con repercusiones en el ámbito de la defensa. Se trataba de una medida que dejaba en el aire una gran cantidad de dudas sobre su estructuración jurídica; dudas que no aclaraban en absoluto las Declaraciones relativas a la UEO que acompañaban al Tratado²⁰. Era,

SÁNCHEZ, E., «El proceso de toma de decisiones en el ámbito de la política exterior y de seguridad común», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 8, 2000, pp. 383 y ss.; HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «La Política exterior y de seguridad común tras la «cumbre de Niza». La Política europea de seguridad y defensa », *Noticias de la Unión Europea* nº 218, marzo de 2003, pp. 63 y ss.; RUTEN, M., *De Saint-Malo à Nice: Les textes fondateurs de la défense européenne, Cahiers de Chaillot*, nº 47, 2001; SOLANA MADARIAGA, J., «Le développement de la politique européenne commune de sécurité et défense de l'Union Européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (RMC)* nº 442, 2000, pp. 586 y ss.; VIGNES, D., «Et si Amsterdam avait fait encore une autre chose de bien: permettre de réaligner la politique de défense commune?», *RMC* nº 425, 1999, pp. 77 y ss.

²⁰ Para un análisis de esta problemática, CORRAL SUÁREZ, M., *loc. cit.*, pp. 15 y ss.

además, una decisión que, a pesar de las puntualizaciones de que incorporaba al objeto de dejar claro el protagonismo de la OTAN, abrió un gran debate entre partidarios de la defensa genuinamente europea en el marco de la UEO –al frente de los cuales se encontraba Francia– y los partidarios de la defensa en el marco de la OTAN –liderados por Gran Bretaña– que, tras un período de incertidumbre, ha terminado con la «defenestración» y subsiguiente desmantelamiento de la UEO. En efecto, la única referencia a la UEO –ociosa en la práctica, por otra parte– que queda en el artículo 17 tras la revisión de Niza es la que afecta a la posibilidad de que las disposiciones del citado artículo «no serán óbice al desarrollo de una cooperación reforzada entre dos o varios Estados miembros en el plano bilateral en el marco de la Unión Europea Occidental...» No parece, sin embargo, que las condiciones en que ha quedado la UEO puedan inspirar muchos deseos de cooperación reforzada²¹.

Tratar del proceso que conduce a la exclusión de la UEO del marco de la PESC y a su posterior desmantelamiento, operación iniciada por el Consejo Europeo de Niza, es referirse pura y simplemente a la historia de la PESD que enseguida abordaremos. Las modificaciones introducidas en Niza en el artículo 17 del TUE son todas mínimas menos las relativas a la UEO, que queda borrada casi por completo del texto del citado artículo y por completo del ámbito de la PESC-PESD. En efecto, se recordará que el Tratado de Maastricht introdujo a la UEO en el marco de la Unión mediante el artículo J.4 cuyo apartado 4 encargaba a esa organización internacional de elaborar y poner en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tuvieran repercusiones en el ámbito de la defensa. Esta disposición venía «comple-

²¹ Como se recordará, el Tratado de Bruselas firmado en 1948 por Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Luxemburgo creó la Unión Occidental (UO), una organización internacional con la que los firmantes se disponían a prestarse ayuda ante un eventual retorno a una política de agresión por parte de Alemania. La UO perdería enseguida su interés como consecuencia de la firma, un año después, del Tratado del Atlántico Norte, que no sólo cubría los riesgos que llevaron a la creación de la UO sino que superaba a ésta en eficacia, puesto que contaba con la presencia de los Estados Unidos. Recuperó protagonismo cuando, con la finalidad de controlar el rearme alemán querido por los norteamericanos, se modificó en 1954 el Tratado de Bruselas, creándose la UEO, en la que –ironías de la vida– ingresaría Alemania y también Italia. Llevado a cabo el rearme alemán volvería a caer de nuevo en el olvido, del que no se recuperaría hasta que, como ya hemos indicado, a finales de la década de los ochenta fue revitalizada al objeto de transformarla en «brazo armado de la Unión Europea». Con esa finalidad se inició un proceso tendente al aumento de sus miembros –hasta aquél momento los siete ya citados– que se iniciaría con el ingreso de España y Portugal mediante el Protocolo de adhesión de noviembre de 1988. Con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, ingresó Grecia en 1995 y otros Estados fueron quedando integrados en la Organización en diferentes situaciones. Recuérdese igualmente la Declaración nº 30 relativa a la Unión Europea Occidental, que acompañaba al Tratado de Maastricht, en la que los Estados miembros de la UEO invitaban a los miembros de la UE que no lo eran (en aquél momento Dinamarca, Grecia e Irlanda) a adherirse a ella y a los miembros europeos de la OTAN que no lo fueran de la UEO (Islandia, Noruega y Turquía) a adquirir el estatuto de miembros asociados. Estos tres países quedaron admitidos como miembros asociados; a ellos se unieron República Checa, Hungría y Polonia a partir del momento de su admisión en la OTAN; Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y Suecia asumieron el estatuto de observadores; finalmente, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania y Rumanía adquirieron la categoría de «socios asociados» (en francés *partenaires associés*).

tada» con una Declaración –en realidad eran dos– que pretendía servir de puente entre la UE y la UEO. La primera era una declaración de los países miembros de la UE que también eran miembros de la UEO en la que exponían lo que se esperaba de la UEO, a la que se iba a convertir en el componente defensivo de la Unión Europea y, al mismo tiempo, en un medio para fortalecer el pilar europeo de la Alianza Atlántica». La Declaración se refería a las relaciones de la UE con la UEO, a las relaciones de ambas organizaciones con la OTAN y a las medidas previstas para reforzar la función operativa de la UEO. En la otra Declaración los mismos países miembros de la UE que también lo eran de la UEO invitaban a los miembros de la UE que no lo eran de la UEO a que se adhirieran a ésta.

Todo lo antedicho significaba que la «integración» de la UEO en la Unión Europea no era una labor sencilla sino que había que resolver muchos problemas para poder llevarla a cabo de manera adecuada. Las medidas propuestas en Maastricht dejaban muchas cuestiones en el aire y, lo que era peor, no daban más que una solución mediocre y de circunstancias al enfrentamiento entre algunos Estados miembros de la UE ocasionado por la pretensión francesa de crear un sistema defensivo exclusivamente europeo. La postura contraria de Gran Bretaña –que consideraba que la única defensa europea creíble y disuasoria tenía que quedar necesariamente en el marco de la Alianza Atlántica con el apoyo de los Estados Unidos– llevó a que el Tratado de Maastricht resolviera el problema sobre el papel al establecer que la UEO constituiría al mismo tiempo el componente defensivo de la Unión Europea y el pilar europeo de la OTAN. Luego, en la realidad, se fue observando el progresivo interés de la UE por definir y llevar a cabo una política europea de defensa sin desconectar con la OTAN al tiempo que ésta llevaba a cabo importantes cambios, tanto en función de la nueva situación geoestratégica como para colaborar con la UEO en la elaboración de la «identidad europea en materia de defensa»²².

La revisión llevada a cabo en Amsterdam recogió lo que parecía que era el acuerdo al que habían llegado los partidarios de la UEO y los partidarios de la OTAN. El enfrentamiento se había saldado en el siguiente sentido: en primer lugar, la OTAN iba a seguir siendo la base esencial de la defensa europea. Si en el tratado de Maastricht ya se establecía la primacía de la OTAN, en el de Amsterdam las cosas quedaban más claras aún puesto que se afirmaba que la política de la Unión respetaría las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros que consideraban que su defensa común se realizaba dentro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y sería compatible con la políti-

²² Sobre estas cuestiones, *vid.*, entre otros, CAHEN, A., «El relanzamiento de la UEO y sus implicaciones para la Alianza Atlántica», *Revista de la OTAN*, N° 4, 1995, pp. 6 y ss.; MYERS, J.A., «The Western European Union: Pillar of NATO or defence arm of the EC?», *London Defence Studies* n° 16, march 1993, pp. 22 y ss.; PONTILLON, R., «Les nouvelles dimensions de la sécurité européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1999, pp. 171 y ss.; PUIG, L.M., «La identidad europea de seguridad y defensa de la OTAN», *Revista de la OTAN* n° 2 1998, pp. 6 y ss.; TSOHATZOPOULOS, A.T., «El reto de la UEO», *Revista de la OTAN* n° 2, 1998, pp. 4 y ss.; WALCH, J., «L'Européanisation de l'OTAN» *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1997, pp. 238 y ss.

ca común de seguridad y defensa establecida en dicho marco. En segundo lugar, la UEO participaría en alguna medida en esta defensa, puesto que el artículo 17 TUE afirmaba que la UEO secundaba a la Unión en la definición de los aspectos de defensa de la política exterior y de seguridad común aunque, en realidad, su misión iba a ser la de proporcionar a la Unión el acceso a una capacidad operativa que habría de necesitar en el contexto del apartado 2 del citado artículo 17, es decir, para realizar las «misiones Petersberg», o lo que es lo mismo, llevar a cabo acciones que implicaban el uso de la fuerza armada, aunque de manera limitada tanto en el tiempo como en el espacio y también en cuanto al volumen de la propia fuerza que se utiliza.

En definitiva, prácticamente todo lo que la UEO tenía encomendado con vistas a crear esa identidad europea en materia de seguridad y defensa, a llevar a cabo las «misiones Petersberg», etc., viene a manos de la propia Unión Europea en el ámbito de la Política Europea de Seguridad y Defensa. Lo curioso, sin embargo, es que, en este punto, cuando todavía no había entrado en vigor el Tratado de Niza las cosas ya estaban en marcha y, por lo que se refiere a la UEO, ésta ya había sido prácticamente desmantelada –aunque no ha sido disuelta– y toda su «impedimenta operativa» había pasado a la Unión Europea.

2. La creación del Comité Político y de Seguridad

Una mirada superficial al nuevo artículo 25 TUE podría llevar a pensar que hace referencia al Comité Político (COPO) que ya conocemos desde que se inició la CPE. Sin embargo no es así: el Comité Político y de Seguridad (CPS) es un nuevo órgano que va a constituir una pieza clave en el desarrollo tanto de la PESC como de la PESD. Asume las competencias del COPO y además, ejercerá bajo la responsabilidad del Consejo el control político y la dirección estratégica de las operaciones de gestión de crisis –las «misiones Petersberg»– y, lo que es mucho más importante, durante dichas operaciones podrá, según lo determine el Consejo, «adoptar las decisiones adecuadas en lo que se refiere al control político y a la dirección estratégica de la operación...». Todo lo cual significa que se trata de un órgano de carácter político-militar que actúa en el ámbito de la PESC y desempeña un papel de primer orden dentro de la PESD.

Con sede en Bruselas y compuesto por representantes nacionales permanentes con rango de altos funcionarios o de embajadores destinados en las representaciones permanentes de los Estados miembros, el CPS fue concebido en la reunión del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999. Allí se consideró necesario crear un órgano permanente en Bruselas que se encargara del control político y la dirección estratégica de las misiones Petersberg. El papel que le ha sido asignado comprende un amplio elenco de funciones –de las que sólo vamos a señalar las que nos parecen más relevantes– que aparecen explicitadas como un Anexo a la Decisión que lo crea. Estas funciones se encuentran recogidas en dos grupos diferentes: el primero

se refiere a las que ejerce el CPS en condiciones de normalidad y el segundo a las que asume en caso de crisis.

En condiciones de normalidad, el CPS se encarga, entre otras cosas, de estar enterado de la situación internacional, de contribuir a la formación de las políticas de la Unión en materia de política exterior, seguridad y defensa, de vigilar la aplicación de las políticas acordadas, de ser el órgano preferente para el diálogo sobre la PESD y de asumir, bajo la autoridad del Consejo y con el dictamen del Comité Militar asistido por el Estado Mayor de la Unión, la responsabilidad de la dirección política del desarrollo de las capacidades militares, teniendo en cuenta la naturaleza de las crisis en las que la Unión esté dispuesta a intervenir. Es, sin embargo, en situaciones de crisis cuando el CPS podrá desplegar todo su poder. Será el órgano que se ocupe de la situación examinando las opciones posibles, proponiendo al Consejo los objetivos políticos de la Unión y recomendando un conjunto coherente de acciones que contribuyan a resolver la crisis. Además vigilará la aplicación de las medidas decididas y evaluará sus efectos y, en caso de respuesta militar de la Unión a la crisis, el CPS ejercerá el control político y la dirección estratégica de la misma. Esta labor se desarrolla a lo largo de una serie de fases que van desde el seguimiento y la evaluación de potenciales crisis hasta el control político y la dirección de la gestión de la crisis durante todo el tiempo que ésta dure, tanto de las operaciones militares como civiles. Entre medias, el CPS, tras haber solicitado los informes pertinentes, es quien evalúa las opciones militares estratégicas y ofrece al Consejo la que le parece preferible, recomendándole, en su caso, la adopción de la misma. Para poder realizar esta labor tiene acceso a todas las informaciones disponibles y cuenta con el asesoramiento del Comité Militar de la Unión Europea (CMUE). Finalmente, en el desarrollo de la acción, el CPS, si lo considera necesario, presenta al Consejo las correcciones que considera convenientes y, en su momento, propone el fin de la operación militar.

La creación del CPS mediante la Decisión del Consejo de 21 de enero de 2001²³ —con anterioridad se había creado un Comité Político y de Seguridad provisional²⁴— hubiera podido plantear dudas sobre su legalidad al no haber entrado aún en vigor el Tratado de Niza. Sin embargo una Declaración de la CIG de 2000 establecía que dicha entrada en vigor no era condición previa a la adopción de decisiones dirigidas a reforzar la operatividad de la UE²⁵. Con todo, como ya se señaló, quedaban cuestiones por aclarar como, por ejemplo, la de saber en qué momento el

²³ Decisión 2001/78/PESC de 22-1-2001 (DO L27/1 de 30-1-2001).

²⁴ Decisión 2000/143/PESC de 14-2-2000 (DO L49/1 de 22.2.2000)

²⁵ Aunque la fórmula puede resultar chocante, no se trataba de ninguna novedad ya que a raíz de la conclusión del Tratado de Maastricht se empezaron a adoptar medidas relativas a la «integración» de la UEO en el ámbito de la PESC antes de que el citado Tratado entrara en vigor. En realidad toda la PESD empezó a desarrollarse cuando el Tratado de Niza no había entrado en vigor e incluso —pensemos en la «defenestración» de la UEO— se fueron vaciando de contenido, por vía de decisión del Consejo, disposiciones aún vigentes del Tratado de Amsterdam.

CPS sustituiría al COPO –¿cuándo entrara en vigor el tratado de Niza?– o la de conocer cuáles serían sus relaciones con el COREPER²⁶.

3. *La cooperaciones reforzadas en el marco de la PESC*

Como ya hemos señalado, la reforma de Niza incorpora en su Título V del TUE los artículos 27 A a 27 E relativos a las cooperaciones reforzadas. La cooperación reforzada significa, como es sabido, que un número determinado de Estados pueda ir por delante del resto en el proceso de unificación europea. Fue introducida esta posibilidad en el Tratado de Amsterdam, lo cual debía permitir una Europa «a dos –o varias– velocidades», pero nunca una Europa «a la carta». Pero el Tratado de Amsterdam sólo preveía las cooperaciones reforzadas (arts. 43 a 45 TUE) con relación al primer (art. 11 TCE) y al tercer pilar (art. 40 TUE) y, además, exigía para ello tantos requisitos de fondo y de forma que cuando se constituyó la CIG del 2000 no había sido utilizada esta posibilidad. Ésa es la razón de que el Consejo Europeo de Feira decidiera introducir la cuestión en el orden del día de la CIG para tratar de «suavizar» el sistema. Lo cual se ha logrado en Niza –aunque de forma muy prudente– y también la extensión de las cooperaciones reforzadas al segundo pilar, es decir, a la PESC²⁷.

Por lo que se refiere a la PESC, las cooperaciones reforzadas «en cualquiera de los ámbitos contemplados» en el Título V habrán de dedicarse exclusivamente a la aplicación de acciones y posiciones comunes y no podrán en ningún caso referirse a cuestiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa (art. 27 B). Además, estas cooperaciones reforzadas deberán tener como finalidad la de «defender los valores y servir los intereses de la Unión en su conjunto, mediante la afirmación de su identidad como fuerza coherente en el ámbito internacional», debiendo respetar «los principios, los objetivos, las orientaciones generales y la coherencia de la política exterior y de seguridad común, así como las decisiones adoptadas en el marco de esta política; las competencias de la Comunidad Europea y la coherencia entre el conjunto de políticas de la Unión y su acción exterior»²⁸. Éstas

²⁶ Vid. JORGE URBINA, J., «Reflexiones en torno a la configuración de una política de seguridad y defensa en el seno de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 10, 2001, pp. 456 y ss. y GONZÁLEZ ALONSO, L., *loc.cit.*, pp. 220 y ss.

²⁷ Sobre esta materia, *vid.*, entre otros, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: Crónica de una modificación necesaria», *Noticias de la Unión Europea* nº 218, marzo de 2003, pp. 95 y ss.; PONS RAFOLS, X., «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», *Revista de derecho Comunitario Europeo* 2001, pp. 145 y ss.; RODRIGUES, S., «Le Traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union Européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 444, 2000, pp. 11 y ss.; SÁNCHEZ RAMOS, B., «La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea tras el Tratado de Niza», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* nº 5, 2001, pp. 828 y ss.

²⁸ Las cooperaciones reforzadas deberán respetar igualmente las «reglas generales» en la materia establecidas en los artículos 43 a 45 TUE que han sido objeto de revisión en el Consejo Europeo de

son las previsiones de carácter sustantivo que, como se ha apuntado comparándolas con la reglamentación general en la materia, no prevén nada relativo a la necesidad de que las cooperaciones reforzadas en el marco de la PESC deban suponer un progreso en el proceso de integración, de donde se puede deducir que, en este marco, no podría recurrirse a tales cooperaciones para definir políticas sino únicamente para ejecutar las ya adoptadas. Ya resulta algo más arriesgado deducir del hecho de que las cooperaciones reforzadas sólo puedan realizarse con relación a las acciones y posiciones comunes la consecuencia de que las cooperaciones reforzadas no resultan posibles en aquellos ámbitos de la PESC que requieren la unanimidad²⁹. En su día señalamos que las acciones y posiciones comunes no solamente pueden adoptarse para desarrollar estrategias. Nada parece impedir que se puedan adoptar también para desarrollar orientaciones generales. En este caso requerirían la unanimidad y, no obstante, podrían ser objeto de una cooperación reforzada³⁰.

En cuanto a las exigencias de carácter procedimental, los Estados que deseen iniciar una cooperación reforzada dentro de los límites señalados deberán dirigir la solicitud al Consejo, quien decidirá al respecto por mayoría cualificada. Ahora bien, en este punto resulta aplicable el artículo 23.2 TUE y, en consecuencia, si un miembro del Consejo declara su intención de oponerse a la decisión que se adopte no se procederá a la votación y el Consejo podrá remitir el asunto al Consejo Europeo. La solicitud de cooperación reforzada se transmitirá a la Comisión –que emitirá un dictamen, cuyas consecuencias no están claras, en el que se tendrá en cuenta, en particular, la coherencia de la cooperación reforzada que se pretende iniciar con las políticas de la Unión– y también al Parlamento Europeo, aunque a éste último a título meramente informativo. Los Estados que decidan asociarse a una cooperación reforzada ya iniciada deben igualmente presentar su solicitud al Consejo. Sin embargo en este supuesto la solicitud se entenderá aprobada si el Consejo no dice nada. Y, en todo caso, éste no podrá nunca rechazarla. A lo sumo podrá suspender temporalmente la incorporación del solicitante a la cooperación reforzada en cuestión³¹.

Para terminar con esta materia, señalemos que el artículo 27 D asigna al Secretario General del Consejo una nueva tarea que llevará a cabo de forma autónoma: es el encargado de velar por que el Parlamento Europeo y todos los Miembros del

Niza y a los que se han añadido los artículos 43 A, 43 B y 44 A. Se trata de una reglamentación bastante compleja de la que puede señalarse como más significativo el hecho de que la cooperación reforzada exige un mínimo de ocho Estados, no deberá afectar negativamente al mercado interior ni a la cohesión económica y social ni a los demás Estados miembros, estará abierta a todos ellos y sólo podrá iniciarse como último recurso tras haberse comprobado en el seno del Consejo que los objetivos que se le hayan asignado no pueden alcanzarse en un plazo razonable mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados.

²⁹ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *loc. cit.*, p. 107.

³⁰ HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *loc. cit.* pp. 113-114.

³¹ Vid. PONS RAFOLS, X., *loc. cit.*, p.190.

Consejo estén plenamente informados de la realización de las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la PESC.

4. *Los acuerdos internacionales*

El artículo 24 del TUE permitía, tras la Reforma de Amsterdam, que los tratados internacionales cuya conclusión fuera necesaria para el desarrollo de la PESC podrían ser negociados por la Presidencia, asistida por la Comisión en su caso, si así lo decidía por unanimidad el Consejo³². Éste —añadía el citado artículo— «celebrará dichos acuerdos por unanimidad, basándose en una recomendación de la Presidencia». Sin embargo, «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 que el acuerdo se les aplique provisionalmente». Se trataba de un procedimiento híbrido de conclusión de tratados³³ que, aunque con ciertas incoherencias, intentaba ir un poco más allá de lo estrictamente intergubernamental sin que pudiera llegar demasiado lejos por ese camino como consecuencia de la falta de personalidad jurídico-internacional de la Unión Europea y la insistencia de sus Miembros en que la PESC siguiera teniendo una base intergubernamental. Su aplicación práctica, por otra parte, no ha sido demasiado amplia en los años que ha estado en vigor la reforma de Amsterdam. Señalemos aquí únicamente que el procedimiento del artículo 24 fue modificado en Niza: a partir de entonces, el Consejo decide por unanimidad cuando el tratado se refiere a una cuestión en la que se requiere la unanimidad para la adopción de decisiones internas. Sin embargo, cuando tenga por finalidad aplicar una posición o una acción común el Consejo decide por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 2 del artículo 23³⁴.

E. La política europea de seguridad y defensa

Aunque se puedan encontrar antecedentes más remotos³⁵, se ha puesto de relieve con gran acierto que la idea concreta de crear una identidad europea en materia

³² Sobre esta cuestión, *vid.* MIGNOLLO A., «Sul *treaty making power* nel secondo en el terzo pilastro dell'Unione Europea», *Rivista di Diritto Internazionale* n° 4, 2001, pp. 978 y ss.

³³ Calificado por Antonio Remiro como la criatura de un «inimputable Frankenstein al que los guionistas de Amsterdam han dotado de ciertas habilidades manuales para celebrar tratados internacionales» (REMIRO BROTONS, A., Prólogo a la obra de J. DIEZ HOCHLEITNER *La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid 1998, p. XIII).

³⁴ Sobre el artículo 24 TUE en el Tratado de Niza *vid.* FERRER LLORET, J., «La celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* n° 11, abril 2003, pp. 36 y ss.

³⁵ *Vid.* CORRAL SUÁREZ, M., «Algunas consideraciones sobre la «integración» de la UEO en la Unión Europea», *cit.*, p. 17 y ss.

de seguridad y defensa surgió en el ámbito de la Alianza Atlántica³⁶. Para llevarla a la práctica, la OTAN se encargaría de poner en condiciones operativas a la UEO, organización que, como sabemos, hasta entonces había sido claramente infrautilizada. De esta manera se lograba reforzar la capacidad militar europea, se le daba una personalidad propia y, al mismo tiempo, se la encajaba en el marco atlántico «como componente defensivo de la Unión Europea y como medio para fortalecer el pilar europeo de la Alianza Atlántica»³⁷. Ésta es la concepción que, como hemos visto, se encontraba en la base de la PESC en el Tratado de Maastricht y que se mantendría tras la reforma de Amsterdam. En ambos casos la preponderancia de la OTAN quedaba de manifiesto. La diferencia entre ambos acuerdos estribaba en que en el segundo de ellos se reforzaba el vínculo entre la UEO –la encarnación de la identidad europea en materia de seguridad y defensa– y la UE al introducirse en el artículo 17 TUE «las misiones Petersberg». A partir de ese momento la UEO empezó a bascular hacia la Unión Europea –que acabaría asumiendo las competencias de aquélla– justamente cuando, tras la «cumbre» franco-británica de Saint-Malo y la reunión del Consejo Europeo en Colonia, los miembros de la Unión Europea decidieron iniciar una política europea común de seguridad y defensa como una especie de prolongación o desarrollo de la PESC. Se trataba de una nueva vía por la que, al margen de los Tratados, la Unión Europea iba a poder disponer de capacidades militares.

1. Las «cumbres» de Colonia, Helsinki y Feira

La reunión de Saint-Malo en diciembre de 1998 –algo más de un año después de la conclusión del Tratado de Amsterdam y cinco meses antes de su entrada en vigor– marca el punto de inflexión de la postura de Gran Bretaña que, hasta aquel momento, se había opuesto de forma generalizada a cualquier iniciativa tendente al establecimiento de un sistema defensivo autónomo en el marco de la UE basándose en la convicción de que solamente una defensa al lado de los Estados Unidos –en el marco de la OTAN– podía resultar, llegado el caso, disuasoria y, por lo tanto, eficaz. Todo indica que el cambio de actitud británico se debió fundamentalmente a tres factores: en primer lugar, la constatación de la debilidad europea –puesta dramáticamente de relieve en la crisis de los Balcanes– y la consiguiente necesidad urgente de mejorar las capacidades europeas. En segundo lugar, la necesidad de buscar una fórmula a través de la cual los europeos pudieran contar con el apoyo –imprescindible, al menos en un primer momento– de la OTAN sin quedar necesariamente bajo su

³⁶ Sobre el origen de la PESD es indispensable la obra de DUMOULIN, A., MATHIEU, R. y SARLET, G., *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD). De l'opérateur à l'identitaire*, Bruylant, Bruselas 2003, pp. 24 y ss.

³⁷ Vid. GREENWOOD, D., «La construcción del pilar europeo: problemas e instituciones», *Revista de la OTAN* nº 3, junio 1988, pp. 13 y ss. y MYERS, J.A., «The western European Union: Pillar of NATO or defence arm of the EC?», *London Defence Studies* nº 16, marzo 1992, pp. 27 y ss.

mando. Finalmente, en tercer lugar, la oportunidad para la Gran Bretaña de ocupar dentro de la nueva estrategia –la PESD– un lugar preferente como consecuencia de su indiscutible peso político-militar. En estas condiciones, la puesta en marcha de la PESD bajo liderazgo británico serviría para reforzar la PESC e, indirectamente, la OTAN, y, al mismo tiempo, para mejorar la situación de Gran Bretaña dentro de la UE y para mantener la primacía de la OTAN en materia de defensa y contar con sus medios en los casos en que esta Organización no quisiera o no pudiera implicarse. Ello sin necesidad de aceptar sus estrategias, entre las cuales la de «cero víctimas propias» exigía la utilización de procedimientos bélicos que no todos los aliados europeos aprobaban.

En la reunión del Consejo Europeo celebrada en Colonia en junio de 1999 –cuando acababa de entrar en vigor el Tratado de Amsterdam– fue asumido por los Quince el proyecto franco-británico llegándose a la conclusión de que la Unión Europea debía disponer de una capacidad militar autónoma que le permitiera hacer frente a las crisis internacionales o, quizá más exactamente, llevar adelante las misiones Petersberg, con las que todos los Miembros estaban de acuerdo, incluidos los «neutrales». Para ello debería mejorar sus capacidades actuales e ir asumiendo paulatinamente las funciones que hasta aquel momento venía desempeñando o tenía asignadas la UEO. Unos meses después, en diciembre de 1999, la reunión de Helsinki, bajo presidencia finlandesa, sirvió para que se adoptaran las primeras medidas tendentes a poner en funcionamiento la PESD. Allí fue donde se decidió la creación de una fuerza militar conjunta compuesta por entre 50.000 y 60.000 efectivos que, a más tardar en 2003, estuviera en condiciones de poderse desplegar en un tiempo máximo de sesenta días y de permanecer sobre el terreno un año como mínimo al objeto de llevar a cabo las misiones Petersberg. Debería estar apoyada por fuerzas de aviación y de la marina y disponer de las infraestructuras necesarias en materia de mando, de información y de logística. También se decidió en Helsinki la creación del Comité Político y de Seguridad, de un órgano militar predecesor del actual Comité Militar de la UE y de un equipo de expertos militares que acabaría convirtiéndose en el Estado Mayor de la UE.

En junio de 2000, bajo presidencia portuguesa, tuvo lugar la reunión de Santa María de Feira en la que, por lo que aquí nos interesa, se decidió la creación de un Comité al que se encargó la preparación de la gestión civil de las crisis, para lo que los Miembros de la Unión asumieron el compromiso de poder disponer en 2003 de un cuerpo de 5.000 policías de los que 1.000 pudieran desplegarse en un plazo máximo de treinta días. En esa misma reunión se decidió además la convocatoria de una conferencia en la que habrían de determinarse las «capacidades», es decir, los efectivos y los medios que cada Estado se comprometía a aportar. También se abrió la posibilidad de que terceros Estados pudieran participar junto con la UE en las operaciones de gestión militar de crisis³⁸.

³⁸ Con esa finalidad comenzaron a celebrarse las reuniones 15+6 –los miembros de la Unión Europea más los miembros de la OTAN que no lo son de la UE (Hungría, Islandia, Noruega, Polonia, Repú-

Todo lo hasta aquí acordado más una serie de propuestas de futuro, quedó reflejado en el Informe de la Presidencia francesa que se aprobó en la «cumbre» de Niza de diciembre de 2000 y que, de alguna manera, constituye la «consagración» de la PESD. Sin embargo, las reuniones del Consejo Europeo a las que nos hemos referido no sólo sirvieron para ir poniendo a punto la PESD sino que, al mismo tiempo y de forma paralela, fueron estableciendo el «*timing*» del desmantelamiento de la UEO. Gran Bretaña ya había propuesto en la reunión de Saint-Malo la disolución de la UEO, pero fue en el Consejo Europeo de Colonia en el que, al decidirse que la UE actuaría directamente sin tener que recurrir a la UEO y, en consecuencia, asumiría las funciones hasta ese momento asignadas a la UEO, se inició un proceso que seguiría adelante no sin resistencia por parte de esta última. En la reunión del Consejo de la UEO celebrado en Luxemburgo en noviembre de 1999 ya se decidió que ésta facilitaría al Consejo de la UE el acceso a las estructuras operativas de la Organización, así como a los trabajos e informes del Centro de seguimiento de satélites y del Instituto de estudios de la seguridad. Pero fue en Marsella, en noviembre de 2000, cuando el Consejo de la UEO estableció las etapas en las cuales las funciones de la UEO pasarían a la UE dando lugar, en la práctica, al cese total de sus actividades. Quedó en pie el artículo V del Tratado de Bruselas –el compromiso de asistencia en caso de agresión– y la Asamblea Parlamentaria de la UEO, deseosa de transformarse en una «Asamblea Europea de Seguridad y Defensa». Esta pretensión chocó abiertamente con la postura del Parlamento Europeo quien, en una Resolución aprobada el 10 de abril de 2002, consideraba conveniente la disolución de la Asamblea Parlamentaria de la UEO, puesto que el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales ya llevaban a cabo el control parlamentario de la PESD.

2. *El Informe de la presidencia francesa aprobado en Niza*

El Informe en cuestión constituye la base de cuanto hasta ahora se ha hecho con relación a la PESD. Es un largo y denso documento –acompañado de Anexos y Apéndices– cuyo contenido recoge cuanto aquí estamos exponiendo. Con todo, señalemos que en la Introducción del mismo ya se indica claramente cuál es el objetivo que persigue la Unión: «Los esfuerzos emprendidos desde los consejos Europeos de Colonia, Helsinki y Feira van dirigidos a dotar a la Unión Europea de los recursos necesarios para desempeñar plenamente su papel en la arena internacional y asumir su responsabilidad ante las crisis, añadiendo a los instrumentos de los que ya dispone una capacidad autónoma de decisión y actuación en el ámbito de la seguridad y la defensa. Ante la crisis, la especificidad de la Unión reside en su capacidad de movilizar una amplia gama de recursos e instrumentos tanto civiles como militares que le otorgan una capacidad global de gestión de crisis y de prevención

blica Checa y Turquía)– y 15+15: los miembros de la UE más los miembros de la OTAN que no lo son de la UE más los restantes candidatos a la adhesión a la UE (Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Rumanía).

de conflictos al servicio de los objetivos de la política exterior y de seguridad común». A partir de ahí, el documento se estructura alrededor de ocho puntos que son los siguientes: I. El desarrollo de las capacidades militares y el refuerzo de las capacidades civiles de gestión de crisis; II. La creación de estructuras políticas y militares permanentes; III. Los dispositivos que permitirán la consulta y la participación en la gestión militar de crisis por parte de la UE de Estados europeos miembros de la OTAN no pertenecientes a la UE y de otros países que son candidatos a la adhesión a la UE; IV. Dispositivos permanentes sobre la consulta y la cooperación UE-OTAN; V. La incorporación a la UE de las funciones adecuadas de la UEO; VI. Dispositivos de consulta y participación de otros posibles socios; VII. Prevención de conflictos; VIII. Mandato para la presidencia siguiente³⁹.

3. *El desarrollo posterior de la PESD*

No es fácil determinar el contenido de esta nueva política de la Unión cuya denominación resulta bastante ambigua. De forma muy general puede decirse, como ya señalamos en otro lugar⁴⁰, que se trata de un proyecto a través del cual los miembros de la Unión toman medidas que les permiten reaccionar eficazmente en situaciones de crisis que pueden constituir una amenaza tanto para la seguridad como para los valores de la Unión mediante el desarrollo de sus capacidades no sólo militares sino también civiles. Sin embargo, por el momento, la PESD se enmarca en el ámbito de la seguridad y no en el de la defensa puesto que las capacidades que los Miembros de la Unión están desarrollando en la actualidad tienen que ver exclusivamente con la seguridad –las «misiones Petersberg»–, lo cual no quita para que todo ello, junto con otro tipo de medidas que ya se están empezando a adoptar en materia como, por ejemplo, la cooperación en el sector del armamento o de la logística, puedan constituir el embrión de esa política de defensa común que en el futuro pueda convertirse en una defensa común. Hoy por hoy, la defensa sigue descansando en la OTAN, si bien ésta se beneficia del aumento de las capacidades militares de su pilar europeo y la Unión Europea cuenta con la OTAN –especialmente con la alta tecnología de que ésta dispone– para el desarrollo y la aplicación de la

³⁹ El Informe va acompañado de siete anexos que se ocupan de la Declaración de compromiso de las capacidades militares (I), del Refuerzo de las capacidades de la Unión Europea en el ámbito de los aspectos civiles de la gestión de crisis (II), del Comité Político y de Seguridad (III), del Comité Militar de la Unión Europea (IV), de la Organización del Estado Mayor de la Unión Europea (V), de los Dispositivos relativos a los Estados europeos miembros de la OTAN no pertenecientes a la UE y otros países que son candidatos a la adhesión a la UE (VI), de los Dispositivos permanentes para las consultas y la cooperación UE/OTAN (VII). El Anexo I lleva un apéndice relativo al Alcance del objetivo general y al mecanismo de evaluación de las capacidades militares y el Anexo VII va acompañado de otro apéndice sobre los Dispositivos permanentes para las consultas y la cooperación UE/OTAN relativo a la ejecución del apartado 10 del Comunicado de Washington.

⁴⁰ HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea tras la cumbre de Niza. La Política europea de seguridad y defensa», *cit.*, p. 75.

PESD, especialmente en momentos de crisis⁴¹. De forma que, finalmente, puede considerarse que la PESD no sustituye a la PESC sino que más bien constituye un desarrollo de esta última⁴²

a) Las primeras decisiones adoptadas tras la «Cumbre de Niza»

En todas las reuniones del Consejo Europeo que tuvieron lugar tras la «cumbre de Niza» a lo largo de las presidencias de Suecia, Bélgica, España, Dinamarca y Grecia se trató el tema de la PESD. Durante la presidencia sueca fueron abordadas especialmente las cuestiones relativas a la gestión civil de las crisis y a las relaciones con otras organizaciones internacionales tales como la ONU y la OSCE. Ello no impidió que fueran tratadas también otras cuestiones. Así, por ejemplo, el Consejo Europeo de Göteborg, de junio de 2001, se ocupó de la prevención de conflictos violentos y de la mejora de las capacidades tanto militares como civiles. Además, a lo largo de esos seis meses, tanto el CPS como el Comité militar y el Estado Mayor de la Unión Europea adquirieron su formación definitiva. A lo largo del segundo semestre de 2001 merece destacar el Consejo Europeo de Laeken, celebrado en el mes de diciembre, que dio luz verde a la PESD en el sentido de que en las Conclusiones de la Presidencia se afirmaba que «La Unión ya es capaz de desarrollar operaciones de gestión de crisis», si bien, dado que en ese momento estaba a punto de resolverse pero no se había resuelto aún el enfrentamiento greco-turco que dificultaba el acceso de la PESD a los recursos de la OTAN, se matizaba la afirmación añadiendo que dicha capacidad solo sería plena –para poder llevar adelante el conjunto de las misiones Petersberg– a partir del 1 de enero de 2003. Hay que señalar, además, que durante la presidencia belga tuvo lugar el atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York. Este hecho luctuoso dio lugar a que la PESD fuera enfocada a partir de entonces hacia la prevención y la lucha contra el terrorismo, planteándose incluso la necesidad de añadir a las misiones Petersberg la lucha anti-terrorista. A ello contribuyó de manera notable el Consejo Europeo de Sevilla, de junio de 2002, bajo presidencia española.

Sin embargo, las decisiones de mayor trascendencia que se han tomado con relación a la PESD a lo largo del tiempo que ha pasado a partir de la reunión de Niza han tenido que ver con el asunto de las capacidades militares de la Unión Europea.

⁴¹ Tal como quedó claramente definido en la «cumbre» Unión Europea-Estados Unidos que se celebró con motivo de la reunión del Consejo Europeo de Göteborg el 14 de junio de 2001, la capacidad de gestión de crisis de la UE comprendía la realización de operaciones militares por parte únicamente de la UE cuando la OTAN no se encontrara involucrada y junto con la OTAN en los supuestos en que ésta sí estuviera interesada. Lo cual no impide que en cualquier caso puedan participar también Estados aliados europeos que no sean miembros de la UE.

⁴² Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ VEGA, J.A., «Los Acuerdos de Niza, la PESC y la arquitectura europea de seguridad y defensa», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* nº 9, diciembre 2001, pp. 22 y 23.

Se trata de una cuestión estrictamente militar de la que, no obstante, es preciso ocuparse aunque solo sea brevemente ya que de otra manera no es posible entender por completo la realidad de la PESD. La cuestión de las capacidades militares tiene su origen en la reunión de la OTAN celebrada en Washington en abril de 1999 –después de la reunión franco-británica de Saint-Malo y antes del Consejo Europeo de Colonia– coincidiendo con el quincuagésimo aniversario de esta Organización. En ella se puso de relieve la necesidad de que la Unión Europea mejorara sus capacidades militares si pretendía desempeñar un papel más efectivo en el ámbito de la prevención de conflictos y la gestión de crisis. Un estudio realizado por la Alianza Atlántica señalaba una serie de deficiencias que no permitían el despliegue rápido de una fuerza en escenarios alejados y tampoco mantenerla allí durante un tiempo demasiado largo. Concretamente se citaban unas áreas en las que la Unión Europea tenía que tomar medidas: movilidad, despliegue, apoyo logístico, eficacia operativa, supervivencia de fuerzas, sistemas de mando, etc. Como consecuencia, el Consejo Europeo de Helsinki, de diciembre de 1999, al crear la Fuerza de Reacción Rápida señaló que debería ser autosuficiente desde el punto de vista militar y disponer de las capacidades necesarias en materia de mando, control, inteligencia, logística y otros servicios de apoyo a operaciones de combate, incluidos elementos aéreos y navales. Para ello solicitó la contribución voluntaria de los Estados miembros y señaló tres campos en los que era necesario desarrollar proyectos conjuntos: mando y control, transporte estratégico e inteligencia. Más tarde, el Consejo de Sevilla, teniendo en cuenta la necesidad surgida de luchar contra el terrorismo, propuso mejorar los servicios de inteligencia para prevenir ataques terroristas y perseguir a las organizaciones implicadas, coordinar los sistemas de protección frente a las armas de destrucción masiva, incrementar la seguridad aérea y mejorar la protección de las misiones desplegadas en misiones de mantenimiento de la paz y misiones humanitarias. Previamente, el Consejo Europeo de Laeken había decidido ultimar los acuerdos con la Alianza Atlántica para garantizar el acceso de la UE a los medios operativos y de planeamiento de la OTAN.

Todo lo expuesto ha sido llevado a la práctica por un grupo de trabajo creado en el seno del Comité Militar, órgano al que el Consejo encargó la labor de identificar los medios necesarios para poder llevar a buen fin las misiones previstas. El resultado fue el denominado Catálogo de Helsinki, que debía ser sometido a revisiones periódicas, en el que se señalaban los medios concretos que necesitaba la UE para desarrollar las misiones en cuestión. También se ponían de relieve las deficiencias que se observaban en ese momento. Sobre la base de ese documento se celebró en Bruselas en noviembre de 2000 la Conferencia de Compromiso de Capacidades en la que los Estados determinaron sus contribuciones nacionales dando lugar al llamado Catálogo de Fuerzas⁴³. Durante la presidencia española se puso en marcha el

⁴³ Alemania, con 13.500 efectivos, fue el país que mayor contribución ofreció. Le siguieron Francia y Gran Bretaña con 12.000 cada uno; a continuación España e Italia con 6.000 cada uno. Las aportaciones menores fueron las de Bélgica, Irlanda y Portugal, con 1000 hombres cada uno, y Luxemburgo.

Plan de Acción Europeo de Capacidades⁴⁴ con el objetivo de poner remedio a las carencias señaladas de modo que en enero de 2003 la Fuerza de Reacción Rápida estuviera en plenas condiciones operativas. Con esa finalidad fueron estudiadas las carencias señaladas, investigándose si podían ser solucionadas mediante contribuciones adicionales de los Estados, mejora de la eficiencia de los medios disponibles, ayuda de la OTAN o búsqueda de soluciones provisionales. El resultado de la labor realizada fue analizado por el Consejo en la reunión celebrada en Bruselas el 19 de mayo de 2003 en el que se decidió la puesta en práctica de las soluciones propuestas a través del desarrollo de proyectos concretos relativos, entre otras materias, a reaprovisionamiento en vuelo, protección frente a armas atómicas, bacteriológicas y químicas, fuerzas de operaciones especiales, vehículos aéreos no tripulados, transporte aéreo estratégico, helicópteros de ataque y de apoyo, defensa antimisiles, etc.⁴⁵

b) *Los órganos decisorios*

Como es natural, siendo la PESD una prolongación o desarrollo de la PESG, el Consejo Europeo se coloca a la cabeza del entramado decisorio ya que, según el ar-

go con 100. La aportación española se distribuía entre medios terrestres, navales y aéreos: batallones de diversas especialidades, helicópteros, fragatas, submarinos, etc.

⁴⁴ Plan de Acción Europeo de Capacidades en coordinación con el Compromiso de Capacidades de Praga de la OTAN, relativo a la puesta en funcionamiento en octubre de 2004 de una Fuerza de Respuesta de la OTAN, compuesta por 20.000 hombres, capaz de desplegarse en cualquier lugar del mundo en menos de una semana y dispuesta para mantenerse sobre el terreno al menos durante un año. Se trataba de evitar duplicidades y de, por el contrario, facilitar la complementariedad y la interoperabilidad de las fuerzas.

⁴⁵ Una cuestión de tanta trascendencia como es el acceso de la Unión Europea a las capacidades de la OTAN al objeto de asegurar el correcto desarrollo de las misiones Petersberg se vio frenada durante bastante tiempo como consecuencia del «veto» turco en la OTAN, originado en parte por la tradicional falta de entendimiento entre Grecia y Turquía con relación a Chipre y en parte por la postura –poco comprensiva a los ojos turcos– de la Unión Europea con respecto a la petición de adhesión de Turquía. Se trata del único de los países miembros de la OTAN que no lo son de la UE que se ha mostrado receloso con relación a la PESD y su actitud ha tenido bastante peso, ya que no se puede olvidar que este país constituye un elemento importante para la seguridad europea no sólo por el hecho de su posición estratégica sino también porque, por el número de sus efectivos, posee el segundo ejército de la Alianza Atlántica, después del de los Estados Unidos. La posición de Turquía quedó de manifiesto cuando, en la reunión de Washington de la OTAN, de abril de 1999, con motivo del establecimiento de la IESD, exigió que los aliados que no eran miembros de la UE quedaran asociados a ésta en el desarrollo de las operaciones de gestión de crisis que pudiera llevar a cabo. De no ser así, Turquía no aceptaría el acceso automático de la UE a las capacidades de la OTAN. Y, efectivamente, Turquía mantuvo bloqueado este acceso hasta que a finales de 2001 consideró suficientes las condiciones de participación acordadas. Curiosamente, cuando Turquía aceptó las condiciones en el marco de la Alianza Atlántica, fue Grecia quien, dentro de la UE, se opuso al acuerdo alcanzado, de forma que hasta diciembre de 2002 no fue posible resolver el problema a pesar de que en la reunión de Sevilla del Consejo Europeo, de junio de ese año, pareció haberse alcanzado una solución. Sobre las posiciones de Grecia y Turquía, *vid.* DUMOULIN, A., MATHIEU, R. y SARLET, G., *op. cit.*, pp. 708 y ss. y PÉREZ-PRAT DURBAM, L., «Turquía y la Unión Europea: la Larga Marcha ¿hacia la adhesión?», *RDCE* n° 24, 2006, pp. 401 y ss.

título 13 del TUE, «definirá los principios y las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa», es decir, la PESD, y «determinará las estrategias comunes que la Unión deba aplicar en los ámbitos en los que los Estados miembros tengan importantes intereses en común». Y, efectivamente, ha sido en las distintas reuniones del Consejo Europeo donde, como hemos visto, se han ido adoptando las decisiones que han jalonado el desarrollo de la PESD. Decisiones tomadas, por lo general, sobre la base de informes presentados por la presidencia de turno que, en este sentido, asume igualmente un importante protagonismo en el proceso decisorio si bien los mecanismos que se utilizan no son estrictamente jurídicos. Fruto de ese protagonismo la Presidencia sueca aportó mayor relieve a la gestión civil de las crisis en el ámbito de la PESD y la Presidencia española hizo especial hincapié en la lucha contra el terrorismo.

El siguiente órgano en importancia es el Consejo de la Unión Europea, el cual, de acuerdo con el citado artículo 13 «Basándose en orientaciones generales definidas por el Consejo Europeo, el Consejo tomará las decisiones necesarias para definir y ejecutar la política exterior y de seguridad común. El Consejo recomendará al Consejo Europeo estrategias comunes y las aplicará, en particular adoptando acciones y posiciones comunes. El Consejo velará por la unidad, la coherencia y la eficacia de la acción de la Unión». Por esta vía, el Consejo ha desarrollado los mandatos del Consejo Europeo sobre los principales aspectos de la PESD tales como estructura, contribución de los Estados miembros, relaciones con la OTAN, participación de terceros Estados, etc. En este punto hay que poner de relieve el hecho de que si bien al principio era el Consejo de Asuntos Generales –formado por los ministros de asuntos exteriores– el que se ocupó de la PESD, paulatinamente han ido haciendo acto de presencia, como no podía ser menos, los ministros de defensa. La presidencia española en el primer semestre de 2002 buscó la fórmula para que los ministros de defensa pudieran participar formalmente en las reuniones del Consejo reforzando así a los ministros de asuntos exteriores, únicos capaces de tomar decisiones. La primera reunión formal tuvo lugar el 13 de mayo de 2002, lo cual no debe llevar a confusión: No se trató de una composición del Consejo con los ministros de defensa, sino de una reunión de los ministros de defensa con motivo de una reunión de los de asuntos exteriores en un Consejo de Asuntos Generales.

Junto con el CPS, de cuya composición y funciones ya nos hemos ocupado más arriba, también desempeña funciones de carácter fundamental en el marco de la PESD el Secretario General del Consejo, convertido en Alto Representante de la PESC por el Tratado de Amsterdam para dar visibilidad a la PESC. Fue nombrado por el Consejo Europeo de Colonia, en junio de 1999, poco después de iniciados los ataques aéreos de la OTAN sobre Kosovo, es decir, en el momento en que la Unión Europea decidió la puesta en marcha de la PESD. Por si esto fuera poco, el único Alto Representante que hasta ahora ha sido nombrado, Javier SOLANA, había sido ya Secretario General de la OTAN y el 25 de noviembre de 1999 –poco después de haber asumido sus funciones en el seno de la UE– era nombrado Secretario

General de la UEO. A partir de ahí «Mister PESC/PESD» ha participado en la negociación, coordinación, presentación y defensa de la PESD en todo el desarrollo de ésta. Pero está previsto que su principal papel en este campo habrá de desempeñarlo en el momento en que la UE se encargue de gestionar una crisis. En esas circunstancias la misión del Alto Representante adquiere importancia a medida que avanzan las fases de la crisis a las que nos hemos referido al ocuparnos de la creación del CPS. Así cuando llega el momento de la acción, el Alto Representante se encarga de llevar adelante los aspectos políticos, policiales y militares de la acción común destinada a resolver la crisis, tanto en su desarrollo como en su seguimiento.

Como consecuencia del carácter operativo asignado a la PESD, el Consejo Europeo de Helsinki instituyó, como ya hemos indicado, dos órganos que serían los antecesores del Comité Militar de la Unión Europea (CMUE) y del Estado Mayor de la Unión Europea (EMUE)⁴⁶. Hoy, el CMUE está integrado por los Jefes de Estado Mayor de la Defensa de los Estados miembros cuyo presidente ha de ser nombrado por el Consejo a propuesta del propio Comité reunido a nivel de Jefes de Estado Mayor. Deberá tratarse de un oficial general o almirante que, preferentemente, haya sido Jefe de Estado Mayor de un Estado miembro de la UE. De acuerdo con el Informe aprobado en la «cumbre» de Niza, el cometido del CMUE —que aparece en Anexo junto a la Decisión que lo crea— consiste fundamentalmente en asesorar al CPS en temas militares y en hacerle recomendaciones en todas las cuestiones militares cuyo ámbito sea la Unión Europea. Es, por consiguiente, el órgano de consulta y de cooperación militar de los Estados miembros de la Unión Europea para la prevención de conflictos y la gestión de crisis. Además, ejerce la dirección de todas las actividades militares que se lleven a cabo en el marco de la Unión. En tiempo normal o para la prevención de crisis emite recomendaciones a petición del CPS y por decisión propia. En tiempo de crisis, contribuye a la toma de decisiones y a la elaboración de las directrices estratégicas, supervisa la ejecución de las operaciones militares y evalúa las capacidades tanto militares como civiles disponibles a efectos de señalar las opciones posibles. Para desempeñar sus funciones el CMUE se reúne normalmente unas cuatro veces al año y siempre que sea necesario en momentos de crisis. La labor que desarrolla el CMUE es preparada por un grupo de trabajo formado por los representantes militares que se reúnen semanalmente.

El EMUE por su parte está formado por personal militar de los Estados miembros destacado en comisión de servicios en la Secretaría General del Consejo de la que forma parte, dependiendo directamente del Secretario General. Se organiza alrededor de cinco secciones: Planes, Información, Operaciones, Logística y Comu-

⁴⁶ La configuración de estos órganos, junto con la del Comité Político y de Seguridad aparece definitivamente expuesta como Anexos III, IV y V del Informe de la presidencia aprobado en la reunión de Niza del Consejo Europeo de diciembre de 2000. Los tres órganos citados fueron creados por sendas Decisiones del Consejo de fecha 22 de enero de 2001 (2001/78/PESC, 2001/79/PESC y 2001/80/PESC).

nicaciones. Su misión es la de ocuparse de la alerta temprana, de la evaluación de la situación y de la planificación estratégica de las misiones Petersberg, incluida la determinación de las fuerzas nacionales y multinacionales europeas. Se encarga también de ejecutar las políticas y decisiones con arreglo a las directrices del CMUE.

c) Los organismos de apoyo

Como se recordará, la revisión llevada a cabo en Amsterdam trató, entre otras cosas, de evitar que, como había sucedido hasta entonces, la PESC se limitara a ir a remolque de los acontecimientos. Para ello, el Informe de la Comisión, de mayo de 1995, consideraba necesario que se creara un mecanismo encargado de obtener la necesaria información susceptible de ser procesada en tiempo útil para poder tomar las decisiones adecuadas en el momento oportuno. En ese sentido, el Grupo de Reflexión introdujo en su informe final la conveniencia de crear una instancia que sirviera a los fines que acabamos de señalar y el resultado fue la Declaración nº 6 de las que acompañaron al Tratado de Amsterdam «sobre el establecimiento de una Unidad de planificación de la política y de alerta rápida (UPPAR)». Fue ubicada en la Secretaría General del Consejo y formada por personal procedente de la propia Secretaría General, de los Estados miembros, de la Comisión y de la UEO. Las tareas que se le asignaron fueron las siguientes: a) observación y análisis de la evolución de la situación en ámbitos referentes a la PESC; b) elaboración de evaluaciones de los intereses de la Unión y determinación de los ámbitos en los que la PESC podría centrarse en el futuro; c) presentación, con la suficiente antelación, de evaluaciones y alerta rápida en cuanto a hechos o situaciones que pudieran repercutir en la PESC y d) elaboración de documentos –a petición del Consejo, de la Presidencia o por propia iniciativa– en los que se expongan opciones políticas y que podrán contener análisis, recomendaciones y estrategias para la PESC.

Con el paso del tiempo, la UPPAR se ha dividido en dos. Más o menos, la parte «unidad de planificación» se ha convertido en la Unidad Política (UP) y la parte «alerta rápida» se ha transformado en el Centro de Situación (CS). La UP constituye el servicio de apoyo del Alto Representante, al que atiende y respalda en todo momento, y sus análisis y estudios sobre acontecimientos que pueden afectar a la PESC sirven de base de trabajo para el CPS. Por su parte, el CS, compuesto por un reducido grupo de diplomáticos expertos militares, se encarga de la alerta rápida sobre la base de las informaciones que recibe de los Estados miembros, lo cual limita en gran medida sus posibilidades.

También pueden considerarse como organismos de apoyo el Centro de Seguimiento de Satélites y el Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea, procedentes ambos de la UEO y transferidos a partir de la reunión de Marsella a la

que ya nos hemos referido⁴⁷. El primero de ellos⁴⁸ tiene su sede en España, en Torrejón de Ardoz. Se trata de un servicio de información civil y militar basada en el análisis de las imágenes obtenidas vía satélite. A la información que emite no se le otorga, sin embargo, demasiada relevancia dada la capacidad limitada de sus medios ya que por ser, fundamentalmente, un centro de naturaleza civil no cuenta con los elementos necesarios para poder asegurar el tratamiento de imágenes en tiempo casi real como se requiere para las operaciones militares⁴⁹. El Instituto de Estudios de Seguridad de la UE tiene por misión, de acuerdo con la Acción común que le creó⁵⁰, la de contribuir al desarrollo tanto de la PESC como de la PESD mediante la realización de trabajos de investigación y análisis en los ámbitos pertinentes. Para ello organiza seminarios, mantiene relaciones con Institutos de investigación de dentro y fuera de la UE y lleva a cabo actividades semejantes a las que desarrollaba el Forum trasatlántico de la UEO.

Es preciso igualmente referirse aquí al Comité encargado de los aspectos civiles de la gestión de crisis y a la Unidad de Policía. La misión del primero de ellos, compuesto por representantes de los Estados miembros, es la de proporcionar información y formular recomendaciones al CPS sobre los aspectos civiles de la gestión de crisis. Su misión inicial fue la de preparar los 5.000 policías que debían estar en condiciones de actuar en enero de 2003. La Unidad de Policía, incardinada en la Secretaría General del Consejo, se ocupa, como su nombre indica, de las cuestiones ligadas a la labor policial en situaciones de crisis.

d) *Los medios*

El «buque insignia» de la PESD era, sin duda, la Fuerza de Reacción Rápida a la que los Ministros de Defensa reunidos en Bruselas en noviembre de 2000 comprometieron las respectivas contribuciones nacionales. Se trataba, como puso de relieve el Alto Representante, del objetivo global –*Headline Goal*– de las capacidades militares que se querían tener dispuestas para 2003⁵¹. Ello suponía no solamente poder

⁴⁷ Los Ministros de asuntos exteriores y de defensa de los diez países miembros de la UEO reunidos en Marsella el 13 de noviembre de 2000 aprobaron el cese de la actividad operativa de la Organización, la cual, no obstante, no desaparece del todo sino que, como ya hemos puesto de relieve, se mantiene como una estructura encargada de velar por el artículo V del Tratado de Bruselas modificado y como foro de debate en el seno de la Asamblea Parlamentaria.

⁴⁸ Creado por la Acción común del Consejo 2001/555/PESC, de 20 de julio de 2001 (DOCE L200, de 25 de julio de 2001, pp. 5 y ss.

⁴⁹ Vid. LEMOINE, G., «*Renseignement européen: les nouveaux défis –réponse au rapport annuel du Conseil*», Assemblée de l'Union Européenne Occidentale, Document C/1775, Paris, 11 de abril de 2002.

⁵⁰ Acción común del Consejo 2001/554/PESC, de 20 de julio de 2001 (DOCE L200 de 25 de julio de 2001, pp. 1 y ss.

⁵¹ SOLANA, J., «Desafíos de la defensa europea», *Política Exterior* n° 79, 2001, pp. 73 y ss.

poner «en pie de guerra» 60.000 hombres sino también todo lo que una operación de esas características llevaba consigo: mando, control, inteligencia, logística, comunicaciones, aprovisionamiento, transporte, apoyo naval y aéreo, etc. Sin embargo, las previsiones no se cumplieron y fue necesario buscar el nuevo objetivo para 2010. La Fuerza de Reacción Rápida, compuesta por unidades de las fuerzas armadas de los Estados miembros, debería poder desplegarse en un plazo de sesenta días y mantenerse sobre el terreno durante un año y, en esas condiciones, poder llevar a buen término las operaciones Petersberg. La cuestión es que si bien los Estados pusieron a disposición de la PESD cerca de cien mil hombres, sin embargo, enseguida se detectaron ciertas deficiencias en materia de mando y de comunicaciones, de transporte estratégico de tropas y de apoyo logístico para cuando éstas se encontraran en un territorio lejano, que impedían garantizar el adecuado desarrollo de las operaciones. Por ese motivo fue necesario establecer un nuevo objetivo global para 2010 encargado de superar las insuficiencias detectadas, teniendo en cuenta, sobre todo, las características de las misiones a las que las fuerzas van a ser destinadas, es decir, misiones lejanas –fuera de las fronteras europeas– y muy especializadas que requieren una gran movilidad. El objetivo es poner a disposición de la PESD grupos de combate (*Groupements tactiques* en francés y *Battle groups* en inglés), compuestos cada uno por mil quinientos efectivos que puedan ser desplegados en quince días en zonas alejadas de Europa y particularmente difíciles. Deberán disponer de todos los elementos necesarios para mantenerse sobre el terreno⁵².

La gestión de crisis requiere también una capacidades civiles para las que la Unión Europea cuenta ya con aportaciones nacionales dispuesta a reconstruir el orden democrático una vez que se ha producido el alto el fuego y los contendientes han sido separados. Las misiones de gestión civil de crisis fueron integradas en la PESD en 2000 con motivo de la reunión del Consejo Europeo en Portugal, en Santa María de Feira, habiéndose establecido más tarde un «Objetivo civil global» para 2008. Se trata de misiones de policía, de refuerzo del estado de derecho, de administración civil y de protección civil. El compromiso consistía en poner a disposición cinco mil policías, doscientos jueces y más de dos mil expertos en diferentes ámbitos de la administración capaces de ser enviados al lugar objeto de la misión en un corto espacio de tiempo. No ha sido difícil hacerlo realidad pero en la práctica se han producido problemas como consecuencia del solapamiento de la PESC/PESD con la ayuda al desarrollo que es objeto de una política comunitaria. Por otra parte, en diciembre de 2004 el Consejo informal de ministros de defensa adoptó una iniciativa conjunta de España, Francia, Holanda, Italia y Portugal para la creación de una Fuerza de gendarmería europea, compuesta por tres mil efectivos, de carácter híbrido civil y militar, que estuviera en condiciones de desplegarse en treinta días y que pudiera reforzar la dimensión civil de la gestión de crisis. Está

⁵² Vid. FATJÓ GÓMEZ, P. y COLOM PIELLA, G., «Los Grupos de combate de la Unión Europea», Ministerio de Defensa, *Monografías del CESEDEN*, n° 85, 2006, pp. 131 y ss.

a disposición no solamente de la PESD sino también de la OSCE, de la OTAN y de la ONU⁵³.

4. *La Política común de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa*

Formalmente, todo lo que aparece en el título V del TUE de Lisboa bajo la denominación de Política común de seguridad y defensa (PCSD) es nuevo. Sin embargo, recoge lo que ya viene funcionando bajo el nombre de Política europea de seguridad y defensa (PESD) desde hace unos cuantos años, tal como quedó perfectamente detallado en el Informe de la Presidencia francesa y desarrollado por las presidencias que vinieron inmediatamente después. No cambian sustancialmente ni su naturaleza ni sus objetivos y las novedades más destacables que introduce son las relativas a la ampliación de las misiones Petersberg, las cooperaciones estructuradas permanentes y al mecanismo de financiación.

La PCSD, según el artículo 42 del TUE de Lisboa, «forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan como objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el mantenimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros».

Merece la pena llamar la atención sobre varios puntos del texto transcrito. En primer lugar, la PCSD sigue siendo un desarrollo de la PESC; su naturaleza, por consiguiente, es la misma. En segundo lugar, la PCSD tiene un carácter estrictamente intergubernamental siendo necesaria la unanimidad para la adopción de decisiones. En tercer lugar, las acciones que se lleven a cabo en el marco de la PCSD se desarrollarán fuera de la Unión, algo que el Informe de la Presidencia francesa no puntualizaba pero que sí incluía el Tratado constitucional. Cuarto, hay que subrayar el hecho de que los objetivos de las misiones tienen que ver más con la seguridad que con la defensa y, finalmente, en quinto lugar, que la acción de la PCSD debe quedar encuadrada dentro de lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, aunque es de suponer que no será solamente en lo relativo a los principios sino también con relación al Capítulo VIII o, al menos, a aquello en lo que, en la práctica, se ha convertido el citado capítulo.

El apartado 2 del artículo 42 indica que la PCSD incluirá «la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión» que conducirá «a una defensa común una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad». Nada nuevo hasta aquí con relación al artículo 17 del TUE de Niza salvo la puntualiza-

⁵³ Vid. NOGUIER, A., «La gestion civile des crises par l'Union Européenne. L'integration des États-Majors et des Forces de police», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n° 452, 2001, pp. 614 y ss.

ción de que el Consejo Europeo tomará esa decisión por unanimidad. En este punto conviene recordar que por política común de defensa –que, por el momento, sólo se trata de «definir»– se entiende el acuerdo entre los Estados acerca de los objetivos de la utilización de las fuerzas armadas o incluso con relación a la preparación de planes de acción ante determinadas hipótesis. Por el contrario, existe una defensa común cuando los Estados disponen de una estructura militar integrada, mando conjunto de las fuerzas armadas, adquisición conjunta de material bélico, etc.⁵⁴. Todo ello, por supuesto, diferente de la legítima defensa colectiva que, en principio, no es más que el compromiso de ayuda mutua sin necesidad de preparación conjunta previa de ningún tipo. Ninguna novedad tampoco en lo que a continuación indica el Tratado de Lisboa acerca de los países que tienen una política propia de seguridad y defensa y con respecto a las relaciones con la OTAN: la PCSD no afectará al carácter específico de esas políticas propias de algunos Estados en materia de seguridad y defensa y también respetará las obligaciones que se derivan del Tratado del Atlántico Norte para aquellos Estados que consideran que su defensa común se enmarca dentro de la OTAN. En el mismo sentido se expresa el párrafo segundo del apartado 7 del artículo que comentamos.

a) *La ampliación de las «misiones Petersberg»*

Ya nos hemos referido varias veces a las operaciones Petersberg recogidas en el artículo 17.2 del TUE tras la revisión de Amsterdam. Aparecen también en el artículo 43 del TUE de Lisboa junto con otras misiones nuevas como son las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. Todas ellas, añade el precepto citado, «podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio»⁵⁵. Se trata, como ya dijimos, de misiones que tienen que ver con la seguridad y no con la defensa. El aumento del número de las mismas se venía reclamando hace tiempo desde algunos sectores, así como que se aplicarán, en la medida de lo posible, a la lucha contra el terrorismo⁵⁶.

⁵⁴ Vid. VAN BEVERN, R., «La coopération militaire: Quelle structure pour l'avenir?», *Cahiers de Chaillot* nº 6, enero 1993, pp. 23 y ss.

⁵⁵ No aclara el precepto de qué otra manera que no sea el apoyo prestado a terceros Estados podrán utilizarse contra el terrorismo las misiones Petersberg. Sobre la lucha contra el terrorismo en el marco de la PESC/PESD vid. BACOT-DECRIAUD, M., «La contribution de l'Union Européenne (PESC et PESD) à la lutte contre le terrorisme», en A. MACLEOD (dir.), *Lutte antiterroriste et relations transatlantiques*, Bruylant, Bruselas 2006, pp. 213 y ss.

⁵⁶ Vid. ORTEGA, M., «Más allá de Petersberg: misiones para las fuerzas militares de la UE», en N. GNESOTTO (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*, cit. pp. 79 y ss.

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 43, en las decisiones relativas a las citadas misiones el Consejo definirá el objetivo y el alcance de las mismas así como las normas generales para su ejecución. A partir de ahí, el Alto Representante, bajo la autoridad del Consejo y en contacto «estrecho y permanente» con el CPS, se hará cargo de la coordinación de los aspectos civiles y militares de dichas misiones.

b) La cooperación estructurada permanente

La cooperación estructurada constituye seguramente la aportación más novedosa de la reglamentación de Lisboa en lo relativo a la PCSD⁵⁷. Responde al objetivo general de dar flexibilidad a los mecanismos de la PESC⁵⁸ para facilitar de esta manera su funcionamiento; lo cual, en nuestra opinión, tiene connotaciones positivas, en la medida que salva los inconvenientes de la unanimidad e, incluso, de la mayoría cualificada, pero también negativas ante la posibilidad de que la Unión actúe en función de los intereses del grupo de Estados que participa en la cooperación estructurada⁵⁹.

La cooperación estructurada permanente que incorpora el Tratado de Lisboa sólo será posible en el marco de la PCSD. Se refieren a ella los artículos 42.6 y 46 y la desarrolla un «Protocolo sobre la cooperación estructurada permanente» que acompaña al Tratado. Podrán establecer este tipo de cooperación aquellos Estados miembros que, de acuerdo con lo establecido en el citado Protocolo, cumplan criterios más elevados de capacidades militares y hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes. Para ello habrán de notificar su intención al Consejo y al Alto Representante. En un plazo de tres me-

⁵⁷ No hay que confundir la cooperación estructurada permanente con las cooperaciones reforzadas que, como ya hemos señalado más arriba, fueron creadas en Amsterdam y se extendieron a la PESC en el Tratado de Niza; aunque con algunas restricciones puesto que no pueden afectar a cuestiones que tengan repercusiones militares o entren en el marco de la defensa y, además, solo pueden utilizarse para aplicar acciones o posiciones comunes. Estas cooperaciones reforzadas se mantienen en el Tratado de Lisboa si bien con un régimen distinto. Ya no existirá limitación alguna en razón de la materia aunque sí un procedimiento diferente al general: de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la solicitud de los Estados para participar en una cooperación reforzada se dirigirá al Consejo. Será transmitida al Alto Representante para que dictamine sobre su coherencia con la PESC y a la Comisión para que dictamine sobre su coherencia con las demás políticas de la Unión. También se transmitirá al Parlamento Europeo, aunque a título meramente informativo, y, finalmente, será el Consejo quien decida al respecto por unanimidad (art. 329). Un procedimiento semejante se establece para las solicitudes de participación en una cooperación reforzada ya existente (art. 331).

⁵⁸ *Vid.* GONZÁLEZ ALONSO, L.N., «Unidos en la diversidad: Hacia una configuración flexible de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo* (www.iustel.com) n° 7, mayo 2005.

⁵⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ SOLA, N., «El impacto de un eventual triunvirato sobre la política de defensa de la Unión Europea», *Análisis del Real Instituto Elcano ARI* n° 67, dic. 2004, y ELORZA CAVENGT, R., «Un núcleo duro para la Europa del futuro», *Revista General de Derecho Europeo* (www.iustel.com) n° 3, mayo 2003.

ses, el Consejo, tras consultar al Alto Representante, se pronunciará al respecto por mayoría cualificada. El mismo procedimiento está previsto para la incorporación de un Estado a la cooperación estructurada ya establecida pero, en este caso, solo ejercerán el derecho al voto los Miembros del Consejo que participan en dicha cooperación. Cuando, finalmente, se trata de excluir a un Estado de la cooperación estructurada porque ya no cumple los criterios o ya no puede asumir los compromisos establecidos en el Protocolo, la decisión la adopta también el Consejo, siguiendo de nuevo el mismo procedimiento, pero esta vez solo votarán los Estados que participan en la cooperación con excepción de aquél de cuya exclusión se trate. Para todas la demás decisiones y recomendaciones que tengan que adoptarse con relación a la cooperación estructurada permanente el Consejo actuará por unanimidad aunque tal unanimidad estará constituida por los votos de los representantes de los Estados miembros participantes en la misma. Se trata en definitiva de permitir que determinados Estados asuman un papel con mayor protagonismo que el resto.

Cierto parecido con la cooperación estructurada tiene la posibilidad de que el Consejo encomiende la realización de una misión a un grupo de Estados miembros para que sean ellos los que defiendan los valores y favorezcan los intereses de la Unión (arts. 42.5 y 44). Es lo que ya ha sucedido con la misión *Artemis* de la PESD en la República Democrática del Congo.

c) La financiación

El artículo 41 del TUE de Lisboa se ocupa de la financiación tanto de la PESD como de la PCSD. Su contenido no difiere de lo actualmente vigente salvo en lo relativo al acceso rápido a los créditos del presupuesto de la Unión y a la creación y utilización de un fondo inicial destinado a la financiación urgente de iniciativas adoptadas en el marco de la PESD y, en particular, en el de la PCSD, es decir, las misiones Petersberg. En efecto, los gastos administrativos correrán a cargo del presupuesto de la Unión y también los operativos, excepto los relativos a las operaciones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa y en los casos en que el Consejo, por unanimidad, decida otra cosa. En estos últimos supuestos, los gastos correrán a cargo de los Estados, de acuerdo con una clave de reparto basada en el producto nacional bruto, a menos que el Consejo, también por unanimidad, decida una fórmula de reparto diferente.

El citado artículo 41 señala además que el Consejo adoptará una decisión para establecer un procedimiento que facilite el acceso rápido a los créditos del presupuesto de la Unión cuando haya que financiar con carácter urgente iniciativas a desarrollar en el marco de la PESD, fundamentalmente las misiones previstas en los artículos 42.1 y 43. Por lo que se refiere al «fondo inicial», se trata de una fórmula para facilitar la puesta en marcha de las mismas medidas cuando éstas no corran por cuenta del presupuesto de la Unión sino de los Estados miembros. El fondo en cuestión será constituido por contribuciones de los Estados y es el Consejo el que, a propuesta del Alto Representante, por mayoría cualificada, decidirá sobre su consti-

tución, modalidades de gestión y control financiero. El Alto Representante utilizará ese fondo con autorización del Consejo.

III. LA ACCIÓN DE LA UE EN MATERIA DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

Lo que hemos visto hasta ahora son los instrumentos de que dispone la PESC y, más concretamente la PESD, para actuar en el campo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Veamos ahora qué es lo que ha hecho en este campo, distinguiendo la acción preventiva de la gestión de crisis⁶⁰.

A. La acción preventiva

Desde que se firmó el Tratado de Maastricht la Unión ha intentado reforzar su papel en la escena internacional llevando a cabo acciones de tipo preventivo relacionadas con la diplomacia internacional, la cooperación al desarrollo o el establecimiento de contactos con diferentes países y regiones del mundo. Los principales documentos en los que ha basado su actuación son tres: el Informe presentado por el Alto Representante con motivo de la reunión del Consejo Europeo de Niza en 2000 titulado «Mejorar la coherencia y la eficacia de la acción de la Unión Europea en el campo de la prevención de conflictos», el Comunicado de la Comisión europea sobre la prevención de conflictos, de 11 de abril 2001 –COM (2001) 211 final– y el Programa de la Unión Europea para la prevención de conflictos violentos adoptado en la reunión de Goteborg de 15 de junio de 2001. En el primero de ellos, el Alto

⁶⁰ A la actividad desarrollada en el campo de la CPE y a las misiones introducidas en Amsterdam en el artículo 17.2 de la PESC es preciso añadir la acción relativa a la lucha contra el terrorismo internacional decidida por el Consejo Europeo en su reunión extraordinaria de 21 de septiembre de 2001 tras los atentados terroristas del «11-S» y reiterada en Sevilla en junio de 2002. A partir de ahí se iniciaría el proceso tendente a la ampliación de las operaciones Petersberg que desembocaría en el proyecto de Tratado Constitucional cuyo artículo III-309 preveía que dichas misiones podrían «contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio». El Tratado de Lisboa amplía algo el campo de estas operaciones. Sobre esta cuestión *vid.* ORTEGA, M., «Más allá de Petersberg: misiones para las fuerzas armadas de la UE», en N. GNESOTTO (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea. Los cinco primeros años (1999-2004)*, Institute for Security Studies, Unión Europea, París 2004, pp. 79 y ss.; ACOSTA SÁNCHEZ, M., «La evolución de las operaciones Petersberg de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2006, pp. 47 y ss.; POZO SERRANO, P., «La operatividad de la UE en la gestión de crisis: Evolución y futuro en los trabajos de la Convención», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* n° 11, abril 2003, pp. 27 y ss. y «La ampliación de las misiones de la UE en el ámbito de la Política europea de seguridad y defensa», en *La Política de Seguridad y Defensa en el Tratado Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 35 y ss.; SOLANA MADARIAGA, J., «La Politique européenne de sécurité et défense (PESD) est devenue opérationnelle», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n° 457, 2002, pp. 213 y ss. y «L'Union Européenne: Dix ans de politique européenne de sécurité et de défense», *RMC* n° 529, 2009, pp. 281 y ss.

Representante señaló las principales dificultades que la Unión debía superar en esta materia, consistentes, fundamentalmente, en la necesidad de ganar en coherencia entre las diferentes instancias que de una u otra forma se ocupan de la acción exterior, estrechar lazos con la Organización de las Naciones Unidas y adoptar medidas preventivas a corto plazo mediante el refuerzo de la diplomacia y a largo plazo mediante la lucha contra el crimen organizado, el comercio ilegal de armas ligeras, el tráfico de diamantes o el narcotráfico. La Comunicación de la Comisión propuso integrar la paz, la democracia y la estabilidad política y social en sus programas de ayuda y recomendó una serie de acciones específicas con las que coincidía en buena medida con las propuestas por el Alto Representante en su Informe. Por su parte, el Programa de Goteborg expuso el compromiso de la Unión de hacer de la prevención de conflictos uno de los principales objetivos de su acción exterior, comprometiéndose a realizar al efecto cuatro tipos diferentes de acciones: cada presidencia debería fijar prioridades políticas precisas en materia de prevención de conflictos; los Estados, el Consejo y la Comisión deberían intercambiar informaciones al objeto de mejorar la coherencia de la acción de la Unión; se reforzarían los instrumentos de prevención a largo y corto plazo y se ampliarían los contactos con la ONU, la OSCE, y con otras organizaciones regionales, así como con la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales de carácter humanitario, el mundo académico o el sector privado. En la práctica, la labor preventiva de la Unión Europea se ha basado, fundamentalmente, en el nombramiento de representantes especiales encargados de mediar en diferentes conflictos y en la cooperación al desarrollo.

El primer representante especial fue Lord CARRINGTON, al que en 1991 se encargó de representar a la Unión Europea en la Conferencia internacional sobre la antigua Yugoslavia. Él y su sucesor Lord OWEN participaron en los trabajos que llevaron a la adopción de los acuerdos de Dayton firmados en 1995. Sin embargo, la figura de los representantes especiales no quedó recogida en el ordenamiento jurídico comunitario hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997: «Siempre que lo considere necesario, el Consejo podrá designar un representante especial provisto de un mandato en relación con cuestiones políticas concretas» (art. 18.5). Desde entonces son muchos los representantes especiales que han sido nombrados por el Consejo⁶¹. Su función ha consistido en contribuir a encontrar soluciones a los problemas de un país o de una región y, al mismo tiempo, aumentar la eficacia y la visibilidad de la acción exterior de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la ayuda al desarrollo como mecanismo al servicio de la prevención de conflictos, es preciso señalar que la Unión Europea tiene en sus manos un instrumento importante puesto que la ayuda que aporta supone cerca de las dos terceras partes de la ayuda total ofrecida por los países miembros de la OCDE.

⁶¹ En la actualidad existen representantes especiales para el proceso de paz en el cercano Oriente, en Afganistán, para la región de los Grandes Lagos, en la Antigua República Yugoslava de Macedonia, para Asia Central, para la crisis de Georgia, en la República de Moldova, para Sudán, para Kosovo y para el Cáucaso Meridional.

La cooperación al desarrollo se inició en los años sesenta con relación a las antiguas colonias de los países miembros de las entonces Comunidades europeas –convenios de Yaoundé y de Lomé– y poco a poco se fue extendiendo a otros muchos países en distintos continentes. Los primeros resultados no fueron excepcionales y a partir de finales de la década de los noventa la Unión Europea decidió enfocar la ayuda de manera a tratar de poner fin a las causas internas de los conflictos. Ello ha llevado a que la ayuda se conceda no sólo con el objeto de luchar contra la pobreza sino también para tratar de prevenir conflictos. Con esta finalidad, la ayuda se condiciona al hecho de que los países beneficiarios progresen adecuadamente en materia de protección de los derechos humanos, buena gobernanza y democratización de sus regímenes políticos.

B. La gestión de crisis internacionales

En un artículo publicado en mayo de este año⁶², el Alto representante de la PESD pone de relieve el progreso de la Política europea de seguridad en los diez años transcurridos desde el inicio de la PESD, es decir, desde que tuvo lugar la reunión franco-británica de Saint Malo. En esos diez años la Unión Europea ha puesto en pie un total de veintitrés operaciones, en las que han intervenido más de veinte mil hombres. Doce de ellas siguen desarrollándose en la actualidad en diferentes partes del mundo. La última que se ha iniciado ha sido la operación Atalanta que, en apoyo de varias resoluciones de las Naciones Unidas, se encarga de proteger a los buques que, en la proximidad de la costa de Somalia, son objeto de ataques piratas. En esta operación participan, como se sabe, fuerzas españolas. Aunque no es demasiado exacto, en materia de gestión de crisis se suele distinguir entre operaciones civiles y operaciones militares y esta clasificación es la que vamos a seguir aquí, distinguiendo, a su vez, entre las operaciones que ya terminaron y las que siguen en funcionamiento. Las realizadas en el marco de la PESD han tenido lugar tanto en África, como en Asia, en los Balcanes, en el Cáucaso y en el Cercano Oriente⁶³.

1. Operaciones militares

Son seis las operaciones militares llevadas a cabo hasta ahora por la Unión Europea emprendidas en el marco de la PESD: «Concordia», en la Antigua República Yugoslava de Macedonia, «Artemis», en la República del Congo, EUFOR RD CONGO, también en la República del Congo, «Althea» en Bosnia-Herzegovina,

⁶² SOLANA, J., «L'Union Européenne: Dix ans de politique européenne de sécurité et de défense», *cit.*, pp. 281 y ss.

⁶³ Un estudio detallado de todas estas operaciones en ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *La política europea de seguridad y defensa y la gestión de crisis internacionales: Las Operaciones Petersberg*, Dykinson, Madrid 2008.

EUFOR CHAD/RCA en el Chad y en la República Centroafricana, y «Atalanta», en Somalia. Hay una más, la Operación de la UE de apoyo a la misión de la Unión Africana en Darfur (AMIS, que mantiene observados tanto militares como civiles).

El 31 de marzo de 2003 comenzó la Operación militar de la Unión Europea en la ex República yugoslava de Macedonia que daba el relevo a las fuerzas de la OTAN que desde agosto de 2001 venían realizando diferentes misiones en el citado país balcánico. Se trataba de la llamada «Operación Concordia»⁶⁴ que, por fin, pudo contar con los recursos militares de la Alianza Atlántica una vez levantado el veto turco⁶⁵. Tuvo como principal objetivo contribuir al establecimiento de un entorno estable y seguro que permitiera al Gobierno macedonio aplicar el acuerdo de Orhid firmado en agosto de 2001 por el Presidente Trajkovski y los jefes de los principales partidos políticos del país. La misión tenía prevista una duración inicial de seis meses y terminó el 15 de diciembre del mismo año. Contó con 350 efectivos pertenecientes a veintisiete países: los de la Unión Europea, menos Dinamarca e Irlanda que decidieron no participar, y catorce Estados más entre miembros de la OTAN que no lo eran de la UE y países candidatos entonces a la adhesión. Hay que señalar, sin embargo, que esta operación sólo supuso el cambio del mando de las fuerzas, ya que éstas fueron las mismas que ya estaban sirviendo bajo mando de la OTAN. No es de extrañar que así sea, puesto que las capacidades puestas a disposición por los Estados tienen un carácter virtual y lo mismo pueden ser asignadas a una u otra fuerza o misión. Dicho en otras palabras, los mismos hombres pueden pasar de ser fuerzas de la OTAN a serlo de la UE, o viceversa. De otra manera no podrían funcionar tantas fuerzas multinacionales como se han ido creando en los últimos años en Europa⁶⁶.

La «Operación Artemis»⁶⁷ en la República Democrática del Congo se desarrolló entre el 12 de junio y el 1 de septiembre de 2003 de acuerdo con la Resolución 1484 –de 30 de mayo de 2003– del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Se trataba de desplegar en Bunia una fuerza militar que, actuando junto a la Misión de las Naciones Unidas, contribuyera a estabilizar las condiciones de seguridad y a

⁶⁴ Acción Común 2003/92/PESC

⁶⁵ Sobre esta operación, *vid.* CORRAL SUÁREZ, M., «La Operación militar de la UE en la Ex República Yugoslava de Macedonia», *Revista Española de Derecho Internacional* 2003, vol. I, pp. 487 y ss.

⁶⁶ Es el caso del *Eurocorps*, puesto inicialmente a disposición de la OTAN y de la UEO, en el que participan fuerzas de Alemania, Bélgica, España, Francia y Luxemburgo. También de la *División Multinacional Aerotransportada*, compuesta por cuatro brigadas de combate de Alemania, Bélgica, Gran Bretaña y Holanda; *Eurofor* (15.000 hombres repartidos en cuatro brigadas) y *Euromarfor* con participación de España, Francia, Italia y Portugal; el *Allied Rapid Reaction Corp*, en el que participan la mayor parte de los miembros de la OTAN aunque sólo Gran Bretaña participa con más de la mitad de los efectivos y el *Grupo Aéreo Europeo*, formado por España, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Holanda e Italia. Todavía se pueden añadir el *Cuerpo de ejército germano-holandés*, la *Fuerza anfibia anglo-holandesa*, el *Cuerpo germano-danés* (LANDJUT), el *Amiral Benelux*, la *Fuerza anfibia hispano-italiana*. Sobre estas distintas fuerzas, *vid.* DUMOULIN, A., MATHIEU, R. y SARLET, G., *op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁶⁷ Acción Común 2003/423/PESC

mejorar la situación humanitaria. Contó con 1.800 efectivos pertenecientes a trece Miembros de la UE más Brasil, Canadá y Suráfrica, aunque la mayoría eran franceses, siendo también francesa la dirección de la operación⁶⁸. También en la República Democrática del Congo tuvo lugar la operación EUFOR RD CONGO⁶⁹. Iniciada a petición de Naciones Unidas estuvo desplegada entre el 25 de abril de 2006 y el 30 de noviembre del mismo año con la finalidad de apoyar a la Organización universal durante el proceso electoral celebrado en el país africano, garantizando la seguridad en sus diferentes regiones y trabajando siempre en concertación con la Misión de las Naciones Unidas (MONUC) y con las autoridades nacionales. Contó con 400 efectivos⁷⁰.

Igualmente en el Continente africano se desarrolló la operación militar EUFOR en el Chad y en la República Centroafricana⁷¹ en cumplimiento de una Resolución de Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2007 sobre la base del Capítulo VII de la Carta. En ella se requería una presencia internacional dirigida a crear las condiciones de seguridad necesarias para el regreso de los refugiados y desplazados como consecuencia del conflicto en la región de Darfur, en Sudán. Se trata de una de las operaciones más importantes llevadas a cabo por la Unión Europea no sólo por el número de efectivos desplegados sino también por el número de países participantes así como por el alto coste de la misma. Su objetivo fue, en particular, el de proteger a civiles en peligro, facilitar el reparto de la ayuda humanitaria y asegurar la libertad de movimiento de todo el personal de Naciones Unidas establecido en la zona. La operación se dio por terminada en marzo de 2009, siendo relevada por la Misión de las Naciones Unidas MINURCAT.

De todas las operaciones militares llevadas a cabo por la Unión Europea dos todavía siguen en curso. Son las operaciones EUFOR-Althea en Bosnia-Herzegovina y NAVFOR-Somalia, conocida también como Operación Atalanta. La primera de ellas⁷², operando en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU, se inició el 2 de diciembre de 2004 sucediendo a las operaciones IFOR y SFOR de la OTAN y cuenta para su ejecución con las capacidades de esta Organización al amparo de los acuerdos «Berlín plus». La operación se desplegó en la última fase de un conflicto violento y su objetivo fundamental consiste en garantizar el respeto del Acuerdo de paz de Dayton, mantener un clima de seguridad en el país, prestar apoyo al Representante especial de la UE y a las autoridades locales en labores tales como el control de movimientos militares, almacenamiento de armas o actividades anti-minas.

⁶⁸ Vid. MACE, C., «Operation Artemis: Mission improbable?», *European Security Review* 2003, nº 18, pp. 5 y ss. y ULRIKSE, S., GOURLAY, C. y MACE, C., «Operation Artemis: The shape of things to come?», *International Peacekeeping* 2004, vol. 11, pp. 508 y ss.

⁶⁹ Acción Común 2006/319/PESC

⁷⁰ Vid. YAKEMTCHOUK, R., «L'Union Européenne face à la République démocratique du Congo. L'Operation EUFOR RD CONGO», *RMC* 2006, nº 501, pp. 512 y ss.

⁷¹ Decisión 2008/178/PESC

⁷² Acción Común 2004/57/PESC

Es de destacar también su colaboración con el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en la detención de criminales de guerra. Participan en esta operación 2.500 personas pertenecientes a 22 Estados miembros de la UE y también a la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Chile, Suiza y Turquía⁷³. El Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores reunido en mayo de 2009 ha puesto de relieve el éxito de la operación, señalando que seguirá funcionando en un futuro próximo convertida en una misión de formación y de refuerzo de las estructuras institucionales⁷⁴. La otra operación militar en curso es la última que se ha iniciado. Se trata de la operación Atalanta desplegada el 8 de diciembre de 2008⁷⁵. Es una misión marítima destinada a disuadir, prevenir y reprimir actos de piratería y robos a mano armada que venían perpetrándose en las costas somalíes. La zona de operaciones comprende el sur del Mar Rojo, el golfo de Adén y una parte del Océano Índico. Fue lanzada en respuesta a diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁷⁶, también en el marco del Capítulo VII, solicitando ayuda para proteger a todo tipo de embarcaciones surcando la zona, especialmente los barcos del Programa Mundial de Alimentos. Está previsto en principio que la operación dure hasta diciembre de 2009. Participan Alemania, Francia, Grecia, Italia y Suecia y se sumarán a ella Bélgica y Holanda⁷⁷. En la zona también patrullan buques de China, Rusia, una coalición dirigida por Estados Unidos y un grupo marítimo de la OTAN.

Finalmente, con un carácter entre militar y civil, hay que añadir la operación aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 20 de julio de 2005 destinada a apoyar a la Misión de la Unión Africana en Sudán (AMIS)⁷⁸ encargada de controlar el cumplimiento del acuerdo de alto el fuego humanitario de ese mismo año. Estuvo en vigor hasta diciembre de 2007 y consistió en el envío de 30 oficiales de policía, 15 militares expertos y 2 observadores militares. Proporcionó equipamiento, ayuda técnica y adiestramiento a las tropas de la Unión Africana.

2. Operaciones civiles

Las misiones de carácter civil constituyen el grueso de las llevadas a cabo por la Unión Europea y en las que ésta ha desarrollado mejor su capacidad de ayuda al

⁷³ La participación española consiste en 330 militares y 30 miembros de la Guardia Civil, los primeros integrados en un batallón multinacional con base en Sarajevo y los segundos en una Unidad integrada de policía.

⁷⁴ Sobre la Operación Althea, ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., «La evolución de las Operaciones Petersberg de la Unión Europea: la operación Althea en Bosnia y Herzegovina», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2006, nº 23, pp. 47 y ss.

⁷⁵ Acción Común 2008/851/PESC

⁷⁶ Res. SC.1814/2008, SC.1816/2008, SC.1838/2008 y SC.1846/2008

⁷⁷ España participa con 395 efectivos, una fragata, un buque de aprovisionamiento logístico y un avión de reconocimiento.

⁷⁸ Acción Común 2005/557/PESC

mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Aunque se han delimitado hasta seis capacidades civiles –policía, fortalecimiento del Estado de derecho, fortalecimiento de la administración civil, protección civil, supervisión y apoyo al Representante especial de la UE– la mayoría de las misiones llevadas a cabo ha sido de policía, pudiéndose distinguir dentro de ellas dos tipos: las destinadas al fortalecimiento de las fuerzas locales, en las que los policías europeos entrenan, supervisan y aconsejan a la policía local, y las misiones de sustitución, en las que se llevan a cabo tareas generales de mantenimiento del orden, investigación criminal y preparación, ayuda y control destinados a la vuelta gradual del orden. Junto a las misiones de policía hay que destacar el creciente desarrollo de las misiones destinadas al fortalecimiento del Estado de derecho. Dichas misiones consisten, fundamentalmente, en proporcionar ayuda técnica para que el país pueda reformar u organizar su sistema judicial y penitenciario, preparar funcionarios o establecer mecanismos eficaces para la lucha contra la corrupción.

En el marco de la PESD se han desarrollado un buen número de operaciones civiles, algunas de las cuales siguen en curso. Por lo que se refiere a las misiones de policía, ya terminaron EUPOL-Kinshasa⁷⁹, en la República Democrática del Congo, y EUPOL-PROXIMA⁸⁰ y EUPAT⁸¹, ambas en la Antigua República Yugoslava de Macedonia. Siguen actuando las misiones de policía en Bosnia-Herzegovina (MPUE), en los territorios palestinos (EUPOL COPPS), en la República Democrática del Congo (EUPOL RD CONGO) y en Afganistán (EUPOL Afganistán).

La Misión en Bosnia-Herzegovina es la primera misión organizada en el marco de la PESD⁸². Se puso en marcha el 1 de enero de 2003 reemplazando al Grupo internacional de policía de las Naciones Unidas. Su mandato, en principio, fue de tres años, que se ha ido prolongando hasta diciembre de 2009. Cuenta con 166 policías –España aporta 30 guardias civiles– y junto a los Estados miembros de la Unión Europea participan Canadá, Islandia, Noruega, Suiza, Turquía y Ucrania. Su objetivo es crear en Bosnia-Herzegovina un cuerpo de policía profesional y multiétnico especializado en la lucha contra el crimen organizado. Sigue también en curso la Misión de policía EUPOL COPPS⁸³ que actúa en los territorios palestinos. Se inició

⁷⁹ Acción Común 2004/847/PESC. Concluyó el 31 de diciembre de 2006 y consistió en prestar apoyo a la Unidad de Policía Integrada congoleña, contribuyendo al mantenimiento del orden en Kinshasa.

⁸⁰ Acción Común 2003/681/PESC. Iniciada el 15 de diciembre de 2003, estuvo en vigor durante dos años, consistiendo principalmente su labor en prestar asesoramiento a la policía local en todo lo relativo a la lucha contra la delincuencia organizada.

⁸¹ Acción Común 2005/826/PESC. EUPAT (Equipo policial consultivo de la UE) empezó en septiembre de 2005 nada más terminar la Misión EUPOL-PRÓXIMA y terminó seis meses más tarde. Sirvió para reforzar el desarrollo de un servicio de policía eficiente y profesional basado en los standards europeos. Los expertos europeos actuaron especialmente en el ámbito de la policía de fronteras, del orden público y de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado.

⁸² Acción Común 2002/210/PESC.

⁸³ Acción Común 2005/797/PESC.

el 1 de enero de 2006 y no concluirá hasta diciembre de 2010. Su objetivo consiste en ayudar a la Autoridad palestina a asegurar el orden público y a mejorar los medios de su policía civil y de sus fuerzas del orden en general. Sigue funcionando igualmente la Misión de policía iniciada el 1 de julio de 2007 en la República del Congo, denominada EUPOL RD CONGO⁸⁴. Está formada por 53 expertos en cuestiones policiales, en justicia penal y en materias transversales (derechos humanos, igualdad de género, reclutamiento de niños para las fuerzas armadas, etc.) que, en conexión con la Misión de Naciones Unidas en el Congo, se encargan de apoyar la reforma del sector de la seguridad. Está previsto que termine en junio de 2010. Finalmente, la Misión de policía EUPOL AFGHANISTAN⁸⁵ es una de las que la Unión Europea lleva a cabo en ese país. Viene funcionando desde el 15 de junio de 2007 y en principio terminará en junio de 2010. Compuesta por 225 agentes internacionales y 129 agentes locales, su finalidad es la de contribuir a la puesta en marcha de dispositivos civiles duraderos y eficaces en materia de mantenimiento del orden en estrecha colaboración con el sistema policial penal afgano.

Por lo que se refiere a las misiones de fortalecimiento del Estado de Derecho, ha terminado ya EUJUST-Themis en Georgia⁸⁶ y siguen su curso EUJUST-Lex⁸⁷ y EULEX-Kosovo⁸⁸. La primera de estas últimas comenzó el 1 de julio de 2005 en respuesta a la petición del Gobierno iraquí a la UE para que se encargara de llevar a cabo labores de formación de profesionales destinados al ejercicio de la justicia penal. La finalidad es contribuir a la reconstrucción de un Iraq seguro y democrático, favoreciendo la cooperación entre los diferentes actores del sistema de justicia penal, reforzando las capacidades de los altos funcionarios y mejorando los procedimientos de investigación judicial, respeto del Estado de Derecho y protección de los derechos humanos. La misión está formada por 37 expertos de diferentes países de la UE que en Bruselas llevan a cabo cursos de formación dirigidos a magistrados, jueces instructores y altos funcionarios de policía y del sistema penitenciario, en los que ya han participado más de 2.500 iraquíes⁸⁹. La Misión EULEX-Kosovo es la mayor desplegada en el marco de la PESD ya que cuenta con 1.710 personas entre policías, jueces, procuradores y agentes de aduanas y 925 agentes locales. Fue puesta en marcha por resolución del Consejo de la UE de 16 de febrero de 2008 y se desarrolla en el marco general de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Tiene su cuartel general en Prístina y su principal objetivo es

⁸⁴ Acción Común 2007/405/PESC.

⁸⁵ Acción Común 2007/369/PESC.

⁸⁶ Acción Común 2004/523/PESC. Fue la primera operación de la UE para el fortalecimiento del Estado de derecho. Se puso en marcha en julio de 2004 para ayudar a Georgia en la reforma de su legislación penal. Concluyó con éxito su mandato el 14 de julio de 2005.

⁸⁷ Acción Común 2005/190/PESC.

⁸⁸ Acción Común 2008/124/PESC.

⁸⁹ *Vid.* GOURLAY, C. y MÓNACO, A., «Training civilians and soldiers to improve security in Iraq: an update of EU and NATO efforts», *European Security Review* 2005, nº 25, pp. 1 y ss.

prestar ayuda a las autoridades de Kosovo en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Estado de derecho, especialmente en materia de justicia, policía, aduanas y servicios penitenciarios, dando prioridad a temas relacionados con la protección de minorías y la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Participan la mayoría de los Estados miembros de la Unión más Canadá, Croacia, Estados Unidos, Suiza y Turquía.

Otras operaciones civiles en curso de la Unión Europea son la Misión de observación EUMM en Georgia, la Misión EUBAM RAFAH en los Territorios palestinos, la Misión fronteriza de la UE para Moldavia y Ucrania, la AMM-Aceh en Indonesia, la EU SSR GUINEA-BISSAU y la EUSEC RD CONGO. La misión que se desarrolla en Georgia⁹⁰ se puso en marcha el 1 de octubre de 2008 y tiene prevista una duración de doce meses prorrogables. Está compuesta por 200 observadores que trabajan en colaboración con las Naciones Unidas y con la OSCE. Su tarea consiste en supervisar el cumplimiento de los acuerdos de agosto y septiembre de 2008 contribuyendo a estabilizar la situación y normalización de las zonas afectadas por el conflicto, garantizando el respeto de los derechos humanos e intentando restablecer la confianza entre las partes. La Misión EUBAM RAFAH⁹¹ trata de mantener abierta la frontera de Rafah (Gaza) contribuyendo así a establecer la confianza entre el Gobierno de Israel y la Autoridad palestina, reforzando de esta manera el cumplimiento del *Agreement on Movement and Access* firmado por las partes el 15 de noviembre de 2005. Se inició el 24 de noviembre de 2005 y su mandato concluirá el 24 de noviembre de 2009. Las operaciones quedaron suspendidas cuando Hamás se hizo con el control de la franja de Gaza. De forma hasta cierto punto semejante, la Misión de la UE en la frontera entre Moldavia y Ucrania⁹² se inició el 30 de noviembre de 2005 y se mantendrá hasta finales de noviembre de 2009. Compuesta por policías de fronteras y oficiales de aduanas tiene su cuartel general en Odessa y persigue el refuerzo de la cooperación entre agentes de fronteras y servicios de aduanas de los países en cuestión. La Misión de la UE de apoyo al sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau⁹³ constituye la primera misión en el marco de la capacidad civil de planificación y conducta y asesoramiento establecida recientemente para las operaciones civiles de gestión de crisis. Está compuesta por consejeros civiles y militares de seis Estados miembros que colaboran con miembros de los ejércitos de tierra, mar y aire, con la policía judicial, la policía encargada del orden público y las autoridades nacionales responsables de la seguridad. Tiene prevista su terminación el 30 de noviembre de 2009. Finalmente, EUSEC RD CONGO⁹⁴ es una misión similar a la anterior, es decir, de apoyo al

⁹⁰ Acción Común 2008/736/PESC.

⁹¹ Acción Común 2005/495/PESC.

⁹² Acción Común 2005/265/PESC.

⁹³ Acción Común 2008/112/PESC.

⁹⁴ Acción Común 2005/355/PESC.

sector de la seguridad, que cuenta con 60 personas que trabajan con las autoridades de Kinshasa en el campo de la reforma de la administración del personal de las fuerzas armadas congoleñas. Está previsto que termine el 30 de septiembre de 2009.

La Unión Europea llevó a cabo también una misión de observación en Aceh (Indonesia)⁹⁵ que se desarrolló entre el 15 de septiembre de 2005 y el 15 de septiembre de 2006. Tuvo por finalidad observar el cumplimiento de varios aspectos del acuerdo de paz recogido en el Memorando de entendimiento firmado el 15 de agosto de 2005 por el Gobierno de Indonesia y el *Free Aceh Movement*. La Unión Europea estuvo asistida por cinco Estados miembros de ASEAN, por Noruega y Suiza.

BIBLIOGRAFÍA

- M. A. ACOSTA SÁNCHEZ, «La evolución de las Operaciones Petersbrg de la UE. La Operación Althea en Bosnia-Herzegovina», *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)* 2006, pp. 47 y ss.
- *La política europea de seguridad y defensa y la gestión de crisis internacionales: Las Operaciones Petersberg*, Dykinson, Madrid 2008
- M. ÁLVAREZ VERDUGO, *La Política de seguridad y defensa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid 2004.
- E. ARROYO LARA, «Ámbitos e instrumentos de acción exterior de la Unión Europea», en F. MARIÑO (ed.), *Acción exterior de la Unión Europea y Comunidad internacional*, Universidad Carlos III, Madrid 1998, pp. 353 y ss.
- M. AZNAR GÓMEZ, «¿Es posible la identidad europea de defensa? Aspectos recientes de la evolución normativa e institucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998, pp. 619 y ss.
- B. BADIE, *L'impuissance de la puissance*, Fayard, Paris 2004.
- E. BARBÉ, «La cooperación política europea», *Revista de Instituciones Europeas (RIE)* 1989, pp. 79 y ss.
- R. BERMEJO GARCÍA, «La Política exterior y de seguridad común y el Tratado de Amsterdam», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja (BEUR)* n° 3, junio 1998, pp. 20 y ss.

⁹⁵ Acción Común 2005/643/PESC.

- «La cláusula de defensa mutua: ¿un paso adelante hacia una auténtica política de seguridad y defensa?», en C. RAMÓN CHORNET (coord.), *La Política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 71 y ss.
- F. BISCOP, «Le Royaume-Uni et l'Europe de la défense: de l'opposition au pragmatisme», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (RMC)* n° 435, 2000, pp. 73 y ss.
- E. BLANC Et M. FENNEBRESQUE, «La défense européenne après le Conseil Européen de Nice», *Défense Nationale* vol. 57, 2001, pp. 23 y ss.
- K. BOOTH, *New thinking about strategy and international security*, Harper and Collins, London 1991.
- B. BOUZAN, *People, States and Fear. An Agenda for international security studies in the post-cold war*, Harvester Wheatsheaf, New York 1991.
- A. CAHEN, «Le processus d'intégration européenne et sa dimension de sécurité: remarques introductives», *Revue d'Intégration Européenne* 1986, pp. 135 y ss.
- A.P. CARTER, W.V. PERRY y J.D. STEMBRUNER, *A new concept of cooperative security*, Brookings, Washington 1992.
- L. CARTOU, *L'Union Européenne*, Dalloz, Paris 1996.
- J. CHARPENTIER, «La coopération politique entre les Etats membres des Communautés Européennes», *Annuaire Français de Droit International (AFDI)* 1979, pp. 753 y ss.
- J. CLOOS, «L'Union Européenne a-t-elle besoin d'une politique européenne de sécurité?», *RMC* n° 452, 2001, pp. 582 y ss.
- M. CORRAL SUÁREZ, «Algunas consideraciones sobre la «integración» de la UEO en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos (REE)* n° 7, 1994, pp. 15 y ss.
- «La operación militar de la UE en la Ex República Yugoslava de Macedonia», *Revista Española de Derecho Internacional* 2001, pp. 487 y ss.
- A. DUMOULIN (ed.), *La Communauté Européenne de Défense, leçons pour demain?*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas 2000.
- G. EDWARDS y Ch. HILL, «European Political Cooperation», *Yearbook of European Law* 1991, pp. 489 y ss.
- J. ELORZA, «La Unión Europea después de Niza», *Política Exterior* n° 79, 2001, pp. 84 y ss.
- P. FATJÓ GÓMEZ y G. COLOM PIELLA, «Los grupos de combate de la Unión Europea», en *Futuro de la Política europea de seguridad y defensa*, *Monografías del CE-SEDEN* n° 85, Ministerio de Defensa, abril 2006, pp. 131 y ss.
- J. FERRER LLORET, «La celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea», *BEUR* n° 11, abril 2003, pp. 36 y ss.

- F. DE LA FUENTE PASCUAL, *Glosario jurídico-político de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2002.
- R. GARCÍA PÉREZ, «La PESD en el proyecto de Tratado constitucional», en J. PUEYO LOSA (dir.), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela 2004, pp. 295 y ss.
- Y. GERARD, «La coopération politique européenne. Méthodes et résultats», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (RMC)* 1987, pp. 466 y ss.
- N. GNESOTTO (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea. Los cinco primeros años (1999-2004)*, Instituto de Estudios de Seguridad, Unión Europea, Paris 2004.
- L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «La Política europea de seguridad y defensa después de Niza», *RDCE* 2001, pp. 197 y ss.
- «Unidos en la diversidad: Hacia una configuración flexible de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 7, 2005, www.iustel.com, pp. 1 y ss.
- E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «El proceso de toma de decisiones en el ámbito de la política exterior y de seguridad común», *RDCE* 2000, pp. 383 y ss.
- A.A. HERRERO DE LA FUENTE, «La Unión Europea y el Capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas», *REE* nº 14, 1996, pp. 3 y ss.
- «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», en P. BIGLINO (coord.), *Diccionario de términos comunitarios*, McGraw-Hill, Madrid 1997, pp. 305 y ss.
 - «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea y su necesaria revisión», *REE* nº 16, 1997, pp. 3 y ss.
 - «Medio ambiente y seguridad. Algunas reflexiones a raíz de la segunda Cumbre de la Tierra», *Anuario de Derecho Internacional (ADI)* 1997, pp. 561 y ss.
 - «La Política exterior y de seguridad común en el Tratado de Amsterdam», *REE* nº 20, 1998, pp. 3 y ss.
 - «Protection de l'environnement et sécurité internationale», en *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, ed. Frison Roche, Paris 1998, pp. 297 y ss.
 - «La Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea (NUE)* nº 186, julio 2000, pp. 103 y ss.
 - «La Política exterior y de seguridad común tras la cumbre de Niza. La Política europea de seguridad y defensa», *Noticias de la Unión Europea (NUE)* nº 218, marzo 2003, pp. 63 y ss.
 - «La Política europea de seguridad y defensa», en C. RAMÓN CHORNET (ed.), *De-rechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 79 y ss.

- «Del Informe Davignon a la Política europea de seguridad y defensa. Una evolución más aparente que real», en Jesús M. ALONSO MARTÍNEZ y Alberto A. HERRERO DE LA FUENTE (coords.), *El Tratado de Roma en su 50 aniversario (1957-2007). Un balance socio-económico de la integración europea*, Ed. Comares, Granada 2007, pp. 89 y ss.
- «La política exterior y de seguridad común en el Tratado de Lisboa», *Anuario de Derecho Europeo* 2008, pp. 37 y ss.
- F. LEITA, «La política común de seguridad y defensa en la Unión Europea», en J. PUEYO LOSA (dir.), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela 2004, pp. 275 y ss.
- Z. LAÏDI, *La norme sans la force, L'énigme de la puissance européenne*, Les Presses de Sciences Po, Paris 2005.
- R. LIPSCHUTZ, *On security*, Columbia University Press, New York 1995.
- A.V. LORCA CORRÓNS, «La Política exterior común de la Unión», en AA.VV., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, vol. I, McGraw-Hill, Madrid 1998, p. 326 y ss.
- I. MANNERS, «Normative Power Europe Reconsidered: Beyond the Crossroads», *Journal of Europe Public Policy*, vol. 13, marzo 2006, pp. 190 y ss.
- E. NAVADÍJOS ORTIZ, «Agencia Europea de Defensa», en *Futuro de la Política europea de seguridad y defensa*, *Monografías del CESEDEN* nº 85, abril 2006, Ministerio de Defensa, pp. 97 y ss.
- A. NOGUIER, «La gestion civile des crises par l'Union Européenne. L'intégration des Etats-Majors et des Forces de police», *RMC* nº 425, 2001, pp. 614 y ss.
- M. ORTEGA, «Más allá de Petersberg: Misiones para las fuerzas armadas de la Unión Europea», en N. GNESOTTO (Ed.), *Política de seguridad y defensa de la UE. Los cinco primeros años (1999-2004)*, Institute for Security Studies, Unión Europea, Paris 2004, pp. 79 y ss.
- G. PALOMARES LERMA (ed.), *Política de seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Instituto Universitario General Gutierrez Mellado-Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- S. PERRAKIS, «L'incidence de l'Acte Unique Européenne sur la coopération des douze en matière de politique extérieure», *AFDI* 1988, pp. 807 y ss.
- S. PEERS, «Common Foreign and Security Policy 1999-2000» *Yearbook of European Law* 2001, pp. 531 y ss.
- L. PÉREZ-PRAT DURBAN, *Cooperación política y Comunidades europeas en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1991.
- J.R. PÉREZ SALÓM, «La Agencia Europea de Defensa», en C. RAMÓN (coord.), *La Política de seguridad y defensa en el Tratado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 135 y ss.

- P. POZO SERRANO, «La operatividad de la UE en la gestión de crisis: evolución y futuro en los trabajos de la Convención», *BEULR* n° 11, abril 2003, pp. 27 y ss.
- «La ampliación de las misiones de la UE en el ámbito de la Política europea de seguridad y defensa», en C. RAMÓN (coord.), *La Política de seguridad y defensa en el Tratado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 35 y ss.
- F.J. QUEL LÓPEZ, «La política exterior y de seguridad común en el proyecto de constitución para Europa», en *Europa ante su futuro*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao 2004, pp. 93 y ss.
- C. RAMÓN CHORNET (coord.), *La política de seguridad y defensa en el Tratado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- E. REMACLE, «La stratégie européenne de sécurité. Plus «occidentale» qu'«européenne»», en B. DELCOURT, D. DUEZ y E. REMACLE (eds.), *La guerre d'Irak. Prélude d'un nouvel ordre international?*. PIE-Peter Lang, Bruxelles 2004.
- A. REMIRO BROTONS, «¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para la PESC?», *Gaceta Jurídica* 1998, pp. 71 y ss.
- M. ROBLES CARRILLO, «La financiación de la PESC», *RIE* 1995, pp. 101 y ss.
- M. RUTEN, De Saint-Malo à Nice: Les textes fondateurs de la défense européenne, *Cahiers de Chaillot* n° 47, 2001.
- B. Ch. RYBA, «La politique étrangère et de sécurité commune. Mode d'emploi et bilan d'une année d'application», *RMC* n° 384, 1995, pp. 14 y ss.
- J. SOLANA MADARIAGA, «Le développement de la politique commune de sécurité et défense de l'Union Européenne», *RMC* n° 442, 2000, pp. 586 y ss.
- «La Politique européenne de sécurité et défense (PESD) est devenue opérationnelle», *RMC*, n° 457, 2002, pp. 213 y ss.
- T. TODOROV, *Le nouveau désordre mondial. Réflexions d'un européen*, R. LAFFONT, Paris 2003.
- A. TOJE, «The 2003 European Union Security Strategy: A Critical Appraisal», *European Foreign Affairs Review*, n° 10, 2005, pp. 117 y ss.
- P. TSAKALOYANNIS, «Western european security. Are institutions relevant?», *Revue d'Intégration Européenne* 1986, pp. 193 y ss.
- R. VAN BEVERN, «Coopération militaire: Quelle structure pour l'avenir?», *Cahiers de Chaillot* n° 6, janvier 1993.
- D. VIGNES, «Et si Amsterdam avait fait encore une autre chose de bien: permettre de réaliser la politique de défense commune?», *RMC* n° 425, 1999, pp. 77 y ss.

RESUMEN: El Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas permite la participación de acuerdos y organismos regionales en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Sobre esta base, la Unión Europea colabora desde hace años con la ONU. Con esta finalidad se creó la Política Europea de Seguridad y Defensa que, en los últimos diez años, ha llevado a cabo un número importante de acciones –tanto militares como civiles– para la gestión de crisis internacionales. La actividad desarrollada es positiva pero también es objeto de algunas críticas.

PALABRAS CLAVE: Mantenimiento de la paz y seguridad. ONU. PESC. PESD. Unión Europea.

ABSTRACT: Chapter VIII of the Charter of the United Nations allows the engagement of regional arrangements and agencies in dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security. On this basis, the European Union has been collaborating with United Nations for some years. It was with this purpose that the European Security and Defence Policy was created, a policy that in the last ten years has accomplished an important amount of actions –both military and civil– regarding the handling of international crisis. The undertaken activity is positive although it has also led to some criticisms.

KEY WORDS: Maintenance of peace and security UNO. CFSP. ESDP. European Union.

EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MEDITERRÁNEO: LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO EN EL MARCO DEL TRATADO DE LISBOA¹

MARIO GONZÁLEZ PLIEGO

Diplomático - Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación

SUMARIO: I. Introducción. II. El nacimiento y la consolidación del entramado institucional euro-mediterráneo (1969-2008): 1. *Los orígenes: el importante papel de las instituciones comunitarias.* 2. *La Declaración de Barcelona (1995) y el desarrollo posterior del partenariado: la socialización euro-mediterránea.* III. Principales novedades institucionales de la Unión por el Mediterráneo: 1. *Nueva denominación.* 2. *Incorporación de nuevos miembros y nuevo sistema de co-presidencias.* 3. *Lanzamiento de las Cumbres bianuales de Jefes de Estado.* 4. *Un entramado institucional renovado.* 5. *Impulso de seis proyectos en áreas estratégicas.* 6. *Naturaleza jurídica.* 7. *El lanzamiento del Secretariado Permanente de la Unión por el Mediterráneo.* IV. La Unión por el Mediterráneo, un nuevo equilibrio institucional en el escenario del Tratado de Lisboa: 1. *Marco general.* 2. *Cuatro ámbitos en los que afectará directamente el Tratado de Lisboa.* 3. *Bases sobre las que debería asentarse una reflexión sobre la dimensión institucional de la UpM y en particular sobre el papel de la Comisión Europea.* 4. *El papel de las instituciones comunitarias.* 5. *La cuestión de los proyectos y su dimensión institucional.* 6. *El papel del Secretariado de la UpM.* 7. *Otras posibles áreas de influencia del Tratado de Lisboa.* V. Reflexiones de futuro y conclusiones.

¹ Mario GONZÁLEZ PLIEGO, programa de Doctorado de la Unión Europea, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Las opiniones manifestadas en este artículo lo son a título particular de su autor en el marco de su programa de doctorado.

I. INTRODUCCIÓN

En vísperas de la posible entrada en vigor del Tratado de Lisboa, uno de los ámbitos que se verá más afectados será el de la acción exterior de la Unión Europea, en donde se ha procedido a una simplificación de los mecanismos que debería resultar en una Unión con una presencia más clara en el escenario internacional. En este sentido resulta de interés el análisis de la acción exterior de la UE en el Mediterráneo ya que éste ha sido uno de los espacios geográficos en los que la Unión Europea, y la entonces Comunidad, más se ha involucrado, desarrollando toda una serie de instrumentos novedosos y un entramado institucional *sui generis* a lo largo de más de cuarenta años de actividad.

El espacio mediterráneo condensa en toda su amplitud muchos de los retos de la globalización: desde un importantísimo diferencial en términos de desarrollo socioeconómico entre las dos riberas a la necesidad de fomentar un entendimiento cultural, pasando por el imperativo de gestionar conjuntamente los movimientos de personas, de hacer frente a los retos medioambientales, de promover unos flujos comerciales más equilibrados o de hacer frente a la amenaza terrorista. El Mediterráneo ha sido a lo largo de estos años un «laboratorio» de la peculiar manera europea de entender las relaciones exteriores, con una Comisión muy activa tanto en términos políticos como presupuestarios que ha tenido que interaccionar no sólo con las políticas exteriores de los Estados miembros, sino también con la acción exterior de entidades subestatales con intereses en la región (entidades regionales, comunidades autónomas, ayuntamientos, diputaciones, etc.) y con la cada vez más importante participación de las sociedades civiles mediterráneas, desde sindicatos a confederaciones de empresarios u organizaciones de defensa de los Derechos Humanos. Y todo ello en un contexto regional altamente politizado por una serie de focos de conflicto que mediatizan y dificultan toda aproximación en clave inclusiva.

Es por ello que en esta breve contribución abordaremos en un primer lugar el nacimiento y la consolidación del entramado institucional mediterráneo (1969-2008) para hacer un breve análisis posteriormente de la arquitectura institucional de la Unión por el Mediterráneo. Ello nos permitirá llevar a cabo una observación del proceso de gestación de un entramado institucional cada vez más complejo. Finalmente analizaremos las novedades que en materia institucional incorpora la Unión por el Mediterráneo y su posible encaje en el marco del Tratado de Lisboa, análisis este último desde un plano teórico.

II. EL NACIMIENTO Y LA CONSOLIDACIÓN DEL ENTRAMADO INSTITUCIONAL EURO-MEDITERRÁNEO (1969-2008)

1. Los orígenes: el importante papel de las instituciones comunitarias

La gestación del entramado institucional de las relaciones euromediterráneas tal y como lo conocemos hoy en día comenzó con la firma de los Acuerdos Preferencia-

les de 1969 con Marruecos, Argelia y Túnez, de naturaleza eminentemente comercial y arancelaria. Estos Acuerdos fueron seguidos por la entonces conocida como «Política Global Mediterránea» a partir de 1972, y que supuso la firma de los Acuerdos Bilaterales y de Cooperación con los entonces «Países Terceros Mediterráneos», entre ellos Grecia, Turquía, Malta y Chipre y a partir de 1975 con Israel, Marruecos, Túnez, Egipto, Jordania, Líbano y Siria. Estos nuevos acuerdos, además de la dimensión estrictamente comercial y arancelaria, contenían disposiciones ordenadas en tres capítulos (cooperación comercial, cooperación económico financiera y cooperación en el ámbito social), que daban una naturaleza más compleja al entramado de las relaciones entre las Comunidades y el Mediterráneo.

Con anterioridad al Acta Única Europea, la acción exterior de la Comunidad se enmarcaba en la conocida como «Cooperación Política Europea» (CPE). En el diseño de la CPE, el Mediterráneo y la cooperación con los Países Terceros Mediterráneos ocupaban un lugar muy modesto como resultado de un equilibrio de poderes en el seno de la Comisión, en el que Francia y el Reino Unido, con importantes intereses la primera en el Magreb y la segunda en Oriente Medio, veían con reticencia el desarrollo de una verdadera estrategia de dimensión regional mediterránea². Sin duda, el ingreso de España en la Comunidad Europea contribuyó mucho a la hora de sensibilizar a nuestros socios comunitarios en relación a la importancia de la dimensión Sur, esfuerzo que resultó en la celebración de Conferencia de Barcelona de 1995 –y en su Declaración política– y en el nacimiento del Proceso de Barcelona en un contexto regional que parecía entonces propicio para la paz tras los avances registrados en el Proceso de Paz de Oriente Medio a partir del año 1991.

2. La Declaración de Barcelona (1995) y el desarrollo posterior del partenariado: la «socialización» euro-mediterránea

Como es sabido, la Declaración de Barcelona supuso la articulación coherente de las relaciones euro-mediterráneas, estructurándolas en tres capítulos (político y de seguridad; económico-financiero y socio-cultural, añadiéndose un cuarto capítulo dedicado a las migraciones y a la integración social en la Cumbre de 2005) a partir de la idea de una asociación entre iguales³. Esta dimensión regional ha permitido el establecimiento de un foro de diálogo de carácter permanente –en el que está presente Israel junto con el resto de socios árabes– además de un canal de contacto en un amplísimo abanico de temáticas sectoriales en cuestiones tales como el comercio, la industria o la sociedad de la información, que han permitido la creación de una red de

² PRAT Y COLL, J., «El nacimiento de la política mediterránea visto desde la Comisión», en VVAA, *Las políticas comunitarias, una visión interna*, Información Comercial Española, julio-agosto de 2006, pág. 239.

³ Miembros del Proceso de Barcelona eran los países miembros de la Unión Europea junto con Argelia, Autoridad Palestina, Marruecos, Túnez, Egipto, Israel, Líbano, Siria, Jordania, Turquía. Mauritania y Albania se incorporaron como miembros a partir de 2007. Libia era invitada por la Presidencia desde la reunión Ministerial Euromed celebrada en Stuttgart en 1999.

«socialización» de funcionarios y responsables políticos que, en otras circunstancias y como consecuencia de la situación política en la región, no se habrían reunido.

En el plano bilateral, en el que se han canalizado aproximadamente el 85% de los esfuerzos presupuestarios, destaca la figura de los Acuerdos de Asociación como verdaderos pilares de esta dimensión bilateral. Estos Acuerdos comenzaron a firmarse a partir de 1995 reemplazando por tanto a los Acuerdos de Cooperación firmados en los años 70 y han sido completados tras la finalización de las negociaciones con Siria en octubre de 2004 y la previsible entrada en vigor del Acuerdo con este país. Además, se han visto actualizados y reforzados por los Planes de Acción Nacionales en el marco de la Política Europea de Vecindad, que emerge con cada vez más fuerza en el escenario de la acción exterior de la Unión.

Además el Proceso de Barcelona ha generado un importante acervo tanto político como sectorial, con una importantísima agenda de Reuniones Ministeriales técnicas y de expertos en ámbitos tan importantes como la energía, el comercio, la cultura, la educación superior y la investigación, la mujer, la sociedad de la información, las migraciones, la energía o el trabajo y la formación profesional. El exitoso proceso de «socialización» de funcionarios y de responsables políticos del que hablábamos anteriormente se ha manifestado muy exitosamente en los ámbitos técnicos y sectoriales, relativamente menos mediatizados que el ámbito político.

Esta agenda sectorial ha ido acompañada de un importante esfuerzo económico a través de los Fondos MEDA (1996-2006), del Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación a partir de 2006, y de la Facilidad Euromediterránea de Inversión y Partenariado (FEMIP) dentro del Banco Europeo de Inversiones, lanzada en la Conferencia Ministerial de Valencia de 2002 bajo Presidencia española de la UE (22-23 de abril de 2002) a raíz de las conclusiones del Consejo Europeo de Barcelona celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002. Y esta carga de trabajo se vio ordenada a partir de 2005 con un Programa de Trabajo Quinquenal –aprobado por consenso– para el período 2005-2010 con una serie de objetivos políticos y cuantitativos en todas las áreas de acción euro mediterránea⁴. De los resultados de la Cumbre de Barcelona cabe destacar también la aprobación del Código de Conducta Euromed contra el Terrorismo, aprobado también por consenso, y que fija una serie de estándares y directrices en la materia. Finalmente, la Fundación Anna Lindh para el diálogo entre las culturas merece mención aparte, como instrumento de promoción del diálogo entre ambas riberas y que, de hecho, hasta que se inaugure el Secretariado Permanente de la Unión por el Mediterráneo, es la única institución con personalidad jurídica euromed.

Además de las reuniones Ministeriales tanto de Asuntos Exteriores como de las Ministeriales sectoriales (que suelen celebrarse en un número variable anual, pero que rondan la decena), cabe destacar el asentamiento de una maquinaria institucio-

⁴ El Programa de Trabajo Quinquenal aprobado en la Cumbre de Barcelona puede consultarse en la página Web de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/external_relations/euromed/summit1105/five_years_en.pdf.

nal que giraba alrededor del Comité de Altos Funcionarios (que reúne con periodicidad mensual a los coordinadores nacionales euromed), centrado en aquel momento en las cuestiones más políticas de la agenda y del extinto Comité Euromed, también formado por los coordinadores nacionales euromed pero centrado en el análisis de la evolución de los proyectos de cooperación desarrollados en la región.

Este marco institucional se ha mostrado tremendamente sólido –y flexible a la vez– en repetidas ocasiones y frente a las recurrentes crisis políticas que han sacudido a la región, como se pudo comprobar con ocasión de la conocida como «crisis de las caricaturas», que tuvo un enorme impacto político y mediático en la ribera sur del Mediterráneo, o con ocasión de la intervención israelí en el Líbano en el verano de 2006. En este sentido, en muchas ocasiones se achaca un supuesto «fracaso» del Proceso de Barcelona al no haber sido capaz de hallar una solución al conflicto de Oriente Medio. Sin embargo, tal y como se recoge en la Declaración de Barcelona, ésa no es su misión: puede coadyuvar, y de hecho lo hace, en la búsqueda de un arreglo pacífico, pero el Proceso de Barcelona tiene un campo de actividad mucho más amplio⁵.

III. PRINCIPALES NOVEDADES INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO

La Unión por el Mediterráneo, lanzada el pasado 13 de julio en París con ocasión de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno incorpora toda una serie de innovaciones en la dimensión institucional que engarzan con el Proceso de Barcelona. Estas novedades fueron concretadas con ocasión de la Reunión Ministerial de Marsella celebrada el pasado mes de noviembre de 2008 y son, de acuerdo con el punto 14 de la Declaración de París, las siguientes:

- a) Se eleva el nivel político de las relaciones de la UE con sus socios mediterráneos.
- b) Se aporta una apropiación compartida más profunda a nuestras relaciones multilaterales.
- c) Se hace que estas relaciones sean más concretas mediante nuevos proyectos regionales y subregionales que afecten a los ciudadanos de la región.

⁵ En este sentido, parece muy pertinente la observación del embajador Lars BJARME con ocasión de un curso de formación de jóvenes diplomáticos, siendo quizás uno de los mejores conocedores de la dimensión institucional del partenariado y antiguo coordinador nacional euromed sueco: «*if we consider the political situation, it is unfair to say that the Barcelona Process has failed. Much more could have been done, of course, but we have to admit that many things were simply not politically possible. And perhaps we should not blame the Barcelona Process for this*». BJARME, Lars, «The Euro-Med Partnership-Success or failure?», ponencia pronunciada el 29 de octubre de 2006 con ocasión del XXI Information and Training Seminars for Euro-Med Diplomats (Malta, 27-30 de octubre de 2006).

1. Nueva denominación

La primera novedad es nueva denominación de esta fase de las relaciones euro-mediterráneas como «Unión por el Mediterráneo». En una primera fase de debate, Francia había considerado lanzar esta iniciativa fuera de la estructura del Proceso de Barcelona, pero tras intensas negociaciones intracomunitarias se apostó por fusionar las dos iniciativas en una sola denominada «*Proceso de Barcelona: Unión por el Mediterráneo*», tal y como quedó reflejado en el Anejo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los 13 y 14 de marzo de 2008⁶. Esta denominación tenía la ventaja de aunar la dimensión comunitaria y el creciente empuje intergubernamental de la Unión por el Mediterráneo. Finalmente, a partir de la Reunión Ministerial Euromed de Marsella de noviembre de 2008 la iniciativa pasó a denominarse «Unión por el Mediterráneo» al considerarse que se ha dado una evolución de un proceso político a una verdadera unión, incorporando todo el acervo político e institucional del Proceso de Barcelona.

Entrando en el detalle, en el caso de España se ha optado por la traducción de «Unión pour la Mediterranee» como «Unión por el Mediterráneo» al considerarse que el uso de la preposición «por» refleja más adecuadamente los objetivos de esta Unión y el pie de igualdad entre ambas riberas.

2. Incorporación de nuevos miembros y nuevo sistema de co-presidencias

En segundo lugar, cabe destacar la incorporación de nuevos miembros y la ampliación del espectro geográfico de las relaciones euro-mediterráneas. Los nuevos miembros que se incorporaron en la Cumbre de París son Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Croacia y Mónaco⁷ mientras que la Liga Árabe participa con carácter de observador a todos los niveles de la Unión por el Mediterráneo⁸. La incorporación relativamente rápida de los países balcánicos sigue la estela de la incorporación de Albania, que se produjo juntamente con la de Mauritania (observadora «de larga

⁶ Statement on «Barcelona Process: Union for the Mediterranean»: *The European Council approved the principle of a Union for the Mediterranean which will include the Member States of the EU and the non-EU Mediterranean coastal states. It invited the Commission to present to the Council the necessary proposals for defining the modalities of what will be called «Barcelona Process: Union for the Mediterranean» with a view to the Summit which will take place in Paris on 13 July 2008.*

⁷ Los miembros actuales de la Unión por el Mediterráneo son –por parte del norte– los 27 miembros de la Unión Europea y la Comisión junto con la Secretaría General del Consejo. Por parte del Sur Albania, Autoridad Nacional Palestina, Argelia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Egipto (Co-Presidencia), Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Mónaco, Montenegro, Mauritania, Siria, Túnez y Turquía.

⁸ La participación de la Liga Árabe generó mucha polémica, en particular por el tipo de redacción que recogía la Declaración de París, lo que llevó a una importante divergencia de fondo entre Israel y el Grupo Árabe, rechazando este último las reuniones en formato plenario hasta no acordarse el tipo de participación de la Liga. El acuerdo finalmente alcanzado hace posible que la Liga Árabe participe como observadora en todas las reuniones (es decir, Asuntos Exteriores y Sectoriales) y a todos los niveles (comité de Altos Funcionarios, Comité Permanente Conjunto y expertos).

data» del Proceso de Barcelona y cuyo proceso de incorporación resulto mucho más trabajoso), y como en el caso de Albania se produjo tras comprobar las administraciones de estos países la no interferencia entre la participación en la UpM y las negociaciones de adhesión. Como en el caso de Albania, una de las principales reticencias era la de ser catalogado exclusivamente como socio «mediterráneo» y que esta suerte de catalogación interfiriese negativamente en su imagen de país candidato. Una vez desbloqueado este equívoco se ha podido comprobar –como por ejemplo en el caso de Croacia– el enorme interés que el partenariado euro-mediterráneo y sus iniciativas generan en estos socios. Por otro lado, y en el aspecto puramente convencional, la Unión por el Mediterráneo tendrá un carácter complementario respecto de las relaciones bilaterales de la UE: es el caso de los Acuerdos de Asociación, de los Planes de Acción de la Vecindad, del Marco ACP para Mauritania, de la Estrategia conjunta UE-África, y del carácter de Albania, Bosnia y Herzegovina y Montenegro como candidatos potenciales a la adhesión a la UE y de Turquía y Croacia como países candidatos que están negociando su adhesión a la UE.

En lo que se refiere a la dimensión institucional interna de la Unión por el Mediterráneo la principal repercusión ha sido la división de los participantes en la UpM entre socios del norte (es decir, aquellos que pertenecen a la Unión Europea) y socios del sur (el resto) junto con la creación de un sistema de Co-Presidencias Norte-Sur, de carácter bianual y rotatorio. De acuerdo con el acuerdo alcanzado en la Cumbre de París de julio de 2008 Francia ostenta la co-presidencia del lado norte hasta 2010 mientras que Egipto la ostentará por el lado sur.

Por parte del norte, el país que ostenta la co-presidencia se solapa con la presidencia de turno semestral de la UE. Este acuerdo no planteó problemas durante el segundo semestre de 2008 al ostentar Francia la presidencia de la UE, pero sí que ha necesitado de un entendimiento político entre Francia y la República Checa⁹ durante el primer semestre de 2009 (y posiblemente de ulteriores entendimientos para las siguientes presidencias). Por parte del lado sur la co-presidencia ha recaído en Egipto y supone otorgar al lado «sur» una voz única de la que se carecía con anterioridad.

Ahora bien, si en el Proceso de Barcelona el lado «sur» estaba dividido entre el Grupo Árabe –con un país que ejercía de coordinador elegido por consenso y encargado de trasladar la posición árabe en los diversos temas (primero Argelia y luego Egipto)– Israel y Turquía, que tenían cada uno voz independiente tanto en el Comité de Altos Funcionarios como en las diversas ministeriales y por supuesto en la de Asuntos Exteriores, esta situación ha cambiado en la actualidad. En estos momentos Egipto ejerce la co-presidencia UpM del lado sur para el período comprendido entre

⁹ Este acuerdo asegura la posición preeminente de la República Checa en aquellos temas de naturaleza comunitaria (por ejemplo presidencia de los Grupos de Trabajo del Consejo, tanto el Magreb Mashrek como el COMED, etc.), mientras que Francia se ocupa de aquellas cuestiones más estrictamente ligadas a la Unión por el Mediterráneo (co-presidencia y organización de las Agendas del Comité de Altos Funcionarios, contactos con la co-presidencia egipcia, etc.). En la fecha de elaboración de este artículo (en vísperas de la Presidencia de Suecia de la UE todavía no se conoce el contenido del acuerdo franco-checo).

2008 y 2010, además de ejercer su labor como coordinador del Grupo Árabe (que incorpora ahora a la Liga Árabe). Por tanto, dentro del lado sur y bajo co-presidencia egipcia coexisten el Grupo Árabe (coordinado a su vez por Egipto), Israel, Turquía, Albania, Croacia, Montenegro, Bosnia y Herzegovina y Mónaco, lo que sin duda necesita de un esfuerzo mayor de trabajo y entendimiento al tratarse de actores muy heterogéneos y solaparse la posición de Egipto como actor nacional, junto con su posición de coordinador del Grupo Árabe quizás en detrimento de su posición de co-presidencia del lado sur.

Además, en términos prácticos, el lanzamiento de este sistema de co-presidencias ha alterado notablemente la dinámica de los contactos políticos, ya que con anterioridad los dos principales focos eran Bruselas –en tanto que sede de las instituciones comunitarias– y la capital del país que ostentase la presidencia de turno de la UE. En la actualidad, París y El Cairo (y probablemente Barcelona en el futuro) están cobrando cada vez mayor importancia como puntos de contacto, aunque es innegable la importancia de Bruselas como sede de las instituciones comunitarias.

La participación de nuevos miembros viene a completarse con el refuerzo de la participación de la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea (Asamblea que agrupa a parlamentarios del sur, de los parlamentos nacionales UE y europarlamentarios) y con la creación de la Asamblea de las Autoridades Locales y Regionales (ARLEM).

3. Lanzamiento de las Cumbres bianuales de Jefes de Estado

Otro punto a destacar es el lanzamiento de un sistema de Cumbres bianuales de Jefes de Estado y de Gobierno con el objetivo de realzar la dimensión política de la UpM, impulsando su agenda al más alto nivel. Por tanto, tras la Cumbre de París de 2008, la próxima Cumbre tendrá lugar bajo Presidencia española de la UE en el primer semestre de 2010. Estas Cumbres –además de ser una ocasión para el diálogo político al más alto nivel sobre la situación en la región– son el marco en el que se adoptarán los Planes de Trabajo ahora bianuales, el primero de los cuales sustituirá al anterior Plan de Trabajo Quinquenal aprobado en Barcelona en 2005. Finalmente hay que reseñar que se refuerza el papel del Comité de Altos Funcionarios (que agrupa a los representantes de los 43 socios que se reúnen con periodicidad casi mensual en Bruselas) y se crea un Comité Conjunto Permanente encargado de filtrar sus trabajos.

4. Un entramado institucional renovado

Además de la novedad que supone el lanzamiento de las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno, la Unión por el Mediterráneo ha reforzado el papel del Comité de Altos Funcionarios, principal instancia decisoria por debajo lógicamente de los Ministros de Asuntos Exteriores. Desaparece el Comité Euromed, cuyo ámbito competencial pasa a ser responsabilidad del Comité Conjunto Permanente, de nueva creación. Este Comité se encarga de supervisar los diferentes proyectos impulsados en el ámbito UpM y se compone de representantes a nivel de Consejero de las Re-

presentaciones Permanentes, que se reúnen con carácter previo al Comité de Altos Funcionarios para filtrar sus trabajos. Como veremos un poco más adelante la principal novedad en este punto es la creación de un Secretariado Permanente de la Unión por el Mediterráneo cuya sede se ubicará en Barcelona.

5. Impulso de seis proyectos en áreas estratégicas

Además, y en cuanto al contenido, la Unión por el Mediterráneo se debe esencialmente a su voluntad de impulsar proyectos concretos en la región mediterránea. En particular, tras la Cumbre de París y la Ministerial de Marsella, la Unión por el Mediterráneo impulsará seis proyectos estratégicos aprobados en la Cumbre de París (descontaminación; autopistas marítimas y terrestres; protección civil; plan solar mediterráneo; enseñanza y universidades; Iniciativa Mediterránea de Desarrollo Empresarial), que contarán previsiblemente con apoyo financiero del Banco Europeo de Inversiones y de la FEMIP y de la Comisión. Estos proyectos suponen reforzar en sectores de capital importancia todo el entramado de proyectos que se vienen impulsando desde 1995.

6. Naturaleza jurídica

Dicho todo esto, y en cuanto a su naturaleza jurídica, la Unión por el Mediterráneo no es una Organización Internacional; sigue siendo una asociación de Estados, basada en dos declaraciones políticas –la Declaración de París y la Declaración de Barcelona– y no cuenta con personalidad jurídica. Por el momento, la única institución que cuenta tal atributo es la Fundación Anna Lindh para el Diálogo entre las Culturas, con sede en Alejandría y que trabaja en la dimensión socio-cultural del partenariado.

La segunda institución que contará con tal personalidad –de acuerdo con las Declaraciones de París y de Marsella– será el Secretariado Permanente, con sede en Barcelona.

7. El lanzamiento del Secretariado Permanente de la Unión por el Mediterráneo

El Secretariado merece mención aparte, ya que la Declaración de París incluía una referencia a su creación y en la Reunión Ministerial de Marsella se acordó que tuviera su sede en Barcelona. Tendrá un papel clave en el desarrollo del Proceso, en especial de cara a la puesta en práctica de los proyectos, cuyos principios directores fueron también adoptados en la Reunión Ministerial de Marsella y vienen a colmar la anomalía que suponía que un partenariado de estas dimensiones no tuviese una institución común capaz de impulsar y centralizar los trabajos, a diferencia de otras asociaciones regionales en las que participa la Unión Europea. Por tanto, el Secretariado se centrará básicamente en el seguimiento e identificación de los proyectos y en la búsqueda de fuentes de financiación tanto pública como privada para los mismos, y tendrá una personalidad jurídica propia con un Estatuto autónomo. Su man-

dato será de naturaleza técnica, ya que el mandato político de la Unión por el Mediterráneo sigue siendo la responsabilidad de los Ministros de Asuntos Exteriores.

En cuanto a su composición, se acordó por consenso en la Reunión Ministerial de Asuntos Exteriores de Marsella del pasado mes de noviembre otorgar el puesto de Secretario General a los países del sur y se decidió la creación de cinco Secretarios Generales Adjuntos, dos de los cuales se atribuyen –para los primeros tres años de andadura del Secretariado– al sur (Israel y Palestina) y tres al norte (Italia, Grecia y Malta). La Declaración Ministerial de Marsella crea asimismo un Grupo de Redacción de los Estatutos del Secretariado, encargado de su elaboración de acuerdo con una serie de criterios relativos a la composición y a la financiación que figuran descritos en el punto 16 de la Declaración. Es de destacar que Turquía solicitó tener un Secretario General adjunto adicional, cuestión que todavía está pendiente de resolución al ser Chipre en principio reticente a esta posibilidad.

En la actualidad los socios de la UpM se encuentran en la fase de elaboración del borrador de Estatutos del Secretariado, que deberá reflejar su composición, participación de la Comisión, participación en los proyectos, búsqueda de recursos para su financiación, etc. Sus trabajos se han visto ralentizados notablemente como consecuencia de la crisis de Gaza, ya que a instancias del Grupo Árabe se suspendieron todas las reuniones de la Unión por el Mediterráneo hasta producirse avances en el Proceso de Paz.

IV. LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO, UN NUEVO EQUILIBRIO INSTITUCIONAL EN EL ESCENARIO DEL TRATADO DE LISBOA

1. Marco general

Las disposiciones del Tratado de Lisboa introducen una serie de cambios en materia institucional, que sin duda tendrán un efecto en la organización interna de la UpM y en los equilibrios entre sus participantes. Analizar el impacto del Tratado de Lisboa en la UpM es llevar a cabo un ejercicio de reflexión en base a un texto todavía no aprobado y que se verá también matizado por la aplicación práctica de sus disposiciones en materia institucional.

2. Cuatro ámbitos en los que afectará directamente el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa debería tener un claro «impacto» en términos institucionales a raíz de las siguientes modificaciones:

- **Consejo Europeo y su Presidente:** el Consejo reunirá a los Jefes de Estado y de Gobierno cuatro veces al año y debería cobrar gran importancia su Presidente, que ocupará el puesto por dos años y medio. Por tanto, y en su dimensión exterior, debería ser éste quién co-presidiera la UpM del lado norte y quien debería representar a la UE en las Cumbres bianuales de Jefes de Estado y de Gobierno. Ello plantea

la cuestión general de la pérdida de peso y de visibilidad de las administraciones nacionales, que podría tener un efecto negativo ya que podría redundar en un menor entusiasmo a la hora de organizar e impulsar las diferentes reuniones ministeriales. Por otro lado, será necesario un estudio en profundidad sobre cómo adecuar a las disposiciones del Tratado de Lisboa el actual sistema de co-presidencia norte de la UpM, ya que la Unión Europea cuenta en estos momentos con una co-presidencia bi-anual (Francia) que desempeña sus funciones junto con la Presidencia de turno de la UE, existiendo un riesgo de solapamiento de funciones.

- **Pérdida de peso de las presidencias nacionales:** la Presidencia nacional seguirá teniendo un papel importante en la coordinación de la acción de los diferentes Ministerios Sectoriales, aunque la presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores corresponderá al Alto Representante. Como hemos planteado con anterioridad, podría darse una situación en la que ante la pérdida de visibilidad hubiese menos entusiasmo a la hora de albergar una Reunión Ministerial. Esta situación sería relativamente preocupante en el caso de los socios de la UE no ribereños con el Mediterráneo (por ejemplo los centroeuropeos), ya que el Proceso de Barcelona tuvo precisamente el efecto positivo de «mediterraneizar» al conjunto de la UE, lo que se ha traducido en que socios como Alemania, Suecia o Finlandia sean activos participantes y firmes defensores de las relaciones euro-mediterráneas (y de su respaldo presupuestario). Por tanto, quedarían por evaluar los resultados de esta pérdida de visibilidad y si el eje París-Bruselas-El Cairo vuelve a decantarse otra vez hacia Bruselas.

Finalmente queda por dilucidar quién presidirá los Grupos de Trabajo del Consejo, lo que afecta en particular al Grupo Magreb-Mashrek y al Grupo COMED, en el centro del impulso de los trabajos del lado UE de la Unión por el Mediterráneo.

- **Alto Representante para Asuntos Exteriores y para la Política de Seguridad:** tendrá un «doble gorro» como responsable de las áreas comunitarizadas en tanto que Comisario para las Relaciones Exteriores y Vicepresidente de la Comisión y presidiendo el Consejo de Asuntos Exteriores (separado del Consejo de Asuntos Generales). Será el responsable de la coordinación de la acción exterior de la UE y de su representación a nivel internacional, presidiendo el Consejo de Asuntos Exteriores.

A efectos internos de la Unión por el Mediterráneo debería desaparecer por tanto la doble presencia comunitaria a través de la Comisión (básicamente Dirección General de Relaciones Exteriores y la Dirección General de Cooperación al Desarrollo) y de la Secretaría General del Consejo (Unidad Política), que se sientan en las reuniones UpM junto con la Presidencia de turno del Consejo de la UE y junto con la Co-Presidencia del lado Norte. Ello debería suponer, al menos en teoría, una simplificación y una mayor coherencia, al unificar el tratamiento de los temas PESC y comunitarios.

- **Servicio de Acción Exterior y personalidad jurídica de la UE:** el Tratado de Lisboa otorga personalidad jurídica a la UE y refuerza el papel de las Delegaciones de la Comisión en el exterior, que tendrán una creciente importancia a la hora de contribuir a la formulación de las políticas. Es de esperar que estas Delegaciones

tengan también un papel reforzado a la hora de informar y coordinar posiciones en el dossier político y en las cuestiones que con anterioridad eran puramente intergubernamentales (por ejemplo, mayores contactos de la delegación de El Cairo con la co-presidencia egipcia; mayores contactos bilaterales entre delegaciones y Estados socios del Sur). Hasta ahora el elemento político reposaba en las informaciones y gestiones llevadas a cabo por las embajadas bilaterales, por lo que es previsible que a partir de Lisboa se dé una nueva relación entre éstas y las delegaciones de la Comisión.

En todo caso este escenario dependerá también de las relaciones que establezcan los tres actores con proyección exterior (el Presidente del Consejo, el Presidente de la Comisión y el Alto Representante y Vicepresidente de la Comisión) y del reflejo que éstas tengan en la UpM.

3. Bases sobre las que debería asentarse una reflexión sobre la dimensión institucional de la UpM y en particular sobre el papel de la Comisión Europea

Uno de los principales logros del Proceso de Barcelona, tras más de trece años de actividad institucional, fue el asentar una clara metodología de trabajo y una clara delimitación de la esfera de acción de cada uno de los participantes en el partenariado. Más concretamente, quedaba muy claro el papel de la Comisión y del Consejo. Éstos tenían una responsabilidad muy clara en el impulso de las diferentes áreas temáticas (por ejemplo proponiendo nuevas áreas de cooperación euromed) con una labor tanto propositiva como de financiación. También gozaban de un importante papel político y organizativo, que se concretaba en la preparación de la Comunicación previa a la Ministerial de Asuntos Exteriores de carácter anual o en la preparación de las agendas del Comité de Altos Funcionarios o de las Declaraciones de las Ministeriales Sectoriales y de Asuntos Exteriores. En suma, se trataba de una labor de iniciativa que bien es verdad que luego pasaba por el tamiz del Comité de Altos Funcionarios, pero que permitía que la agenda euromed se empapase del «método comunitario». Sin embargo en la actual coyuntura institucional, la Comisión parece encontrarse en proceso de adaptación a una dinámica en la que las administraciones nacionales han ganado peso respecto de la situación anterior.

De hecho, la cuestión institucional tiene una relevancia muy importante, como se pudo observar en el debate de los años 2006 y 2007 llamado de los «Working Methods», debate impulsado por la Cumbre del X Aniversario celebrada en Barcelona¹⁰.

¹⁰ Este debate comenzó tras el acuerdo alcanzado por la 62ª reunión de Comité de Altos Funcionarios tras la petición de los Ministros de Asuntos Exteriores con ocasión de la Cumbre del X Aniversario del Proceso de Barcelona. Se creó para ello un Comité de Estudios para preparar una serie de recomendaciones para los Altos Funcionarios. Con ocasión de la Ministerial de Asuntos Exteriores Euromed celebrada en Tampere los días 27 y 28 de noviembre de 2008, los Ministros dieron la bienvenida a los trabajos de este Grupo de estudio, y enfatizaron la importancia de la co-apropiación, uno de los puntos esenciales tratados en el seno del mismo.

Desafortunadamente se trató de un ejercicio que careció de visibilidad pero en el que se trataron cuestiones de suma importancia como por ejemplo:

- La posible creación de un Secretariado permanente (debate superado tras el lanzamiento de la UpM).
- La coordinación entre la presidencia de turno del Consejo, la Comisión Europea, las Embajadas bilaterales en la región euromed y las delegaciones de la Comisión en la región mediterránea.
- La organización de las Ministeriales de Asuntos Exteriores y de las Ministeriales Sectoriales (responsabilidad en la elaboración del orden del día, etc.), el papel de la Comisión y del Consejo y de los otros actores (Grupo Árabe, Turquía e Israel).
- El papel del Comité de Altos Funcionarios y del Comité Euromed.
- La participación de la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea.
- La participación de la sociedad civil y el Foro Civil Euromediterráneo
- La «imagen de marca» euromed: cuándo una iniciativa o proyecto puede ser considerada euromed.

Las conclusiones de este debate fueron ampliamente superadas con el lanzamiento de la Unión por el Mediterráneo, pero sin duda este ejercicio fue pionero puesto que supuso un primer intento de clarificar la dimensión institucional del partenariado y muy en particular el papel de las instituciones comunitarias.

4. El papel de las instituciones comunitarias

Como hemos visto, las disposiciones en materia de acción exterior del Tratado de Lisboa afectarán en el ámbito de la UpM al papel de las instituciones comunitarias, por lo que quizás sería conveniente un proceso de reflexión sobre su papel y su iniciativa, quizás dentro de un proceso de reflexión más amplio sobre el papel que se quiere que tenga la Comisión en la acción exterior de la UE. Como hemos visto, en el Proceso de Barcelona estaba claro el papel de la Comisión tanto en el Comité Euromed (en donde se trataban e informaba de los diferentes proyectos impulsados y financiados por la propia Comisión con cargo a los fondos MEDA y ahora con cargo al Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación¹¹) como en la preparación de las reuniones Ministeriales sectoriales y de Asuntos Exteriores (a través por ejemplo de la publicación de la Comunicación previa o de la elaboración del borrador de Declaración elaborado en colaboración con las Direcciones Generales sectoriales).

Con el lanzamiento de la Unión por el Mediterráneo el papel de las instituciones comunitarias se ha visto modificado en un escenario de nuevo equilibrio institucional con el aumento del peso específico de las co-presidencias franco-egipcia tanto en la fase de proposición de iniciativas como de organización de las diferentes reuniones ministeriales. Con anterioridad estaba claro el papel de la Comisión, quien por ejemplo cargaba con mucha de la responsabilidad de preparación de una ministerial

¹¹ Véase el Manual *Regional cooperation. An overview of programmes and projects*, editado por la propia Comisión por la Dirección General de Cooperación al Desarrollo.

sectorial a través de sus Direcciones Generales sectoriales o en la elaboración de los borradores de Conclusiones de las Ministeriales de Asuntos Exteriores. Hay que destacar también la desaparición del Comité Euromed (que ha sido sustituido por el Comité Permanente Conjunto), que hasta la fecha ejercía como foro en el que se presentaban los proyectos euromed y que permitía un contacto directo de los Altos Funcionarios con las diferentes iniciativas financiadas por la Comisión.

Para el período que se abre con el Tratado de Lisboa, y de acuerdo con sus previsiones, la Comisión, a través del Alto Representante, debería ganar peso recuperando protagonismo respecto de las presidencias nacionales, no sólo en materias técnicas y sectoriales sino también en los puntos del diálogo político que son propios del Comité de Altos Funcionarios. Además, la unificación de los servicios de la Dirección General de Relaciones Exteriores y de la Unidad Política del Consejo debería permitir un mayor peso específico de la dimensión comunitaria.

5. La cuestión de los proyectos y su dimensión institucional

Esta clarificación del peso a la hora de tomar la iniciativa debería afectar también a los proyectos aprobados en el marco de la Unión por el Mediterráneo. En este sentido, nos encontramos con una triple clasificación de los proyectos en el marco de la Unión por el Mediterráneo:

a) Proyectos aprobados en el marco de la cooperación regional euromed, que se subdividen en aquellos cuya vigencia se extiende hasta 2010 o incluso 2011 y aquellos que ya han pasado a incorporarse al ENPI y que contaban con el «sello» euromed. Todos estos proyectos se encontraban recogidos en el manual de la Comisión *«Regional cooperation. An overview of programmes and Projects»* y estaban financiados por ésta. Algunos finalizaron su vida útil en el año 2008 otros lo harán en 2009 y algunos extienden su vigencia hasta 2010 (por ejemplo EuroMed Market, MED ADR Commercial Dispute Solution, MEDSTAT II, Euro Arab Maghreb Gas Market, MED Reg Energy Regulators, MEDA Water, NATP Telecommunications Policy, Euromed Heritage II-III, Euromed Youth III, Invest in Med, FEMIP (hasta 2013), Electricity Market Integration, MED-EMIP-energy cooperation, Euromed Aviation Project, Regional Information and Communication, etc.).

b) Los seis proyectos aprobados en la Cumbre de París: se trata de proyectos que han sido aprobados en el marco intergubernamental pero deberían contar con financiación tanto pública (entre la que previsiblemente encontraríamos financiación comunitaria) como privada. Su verdadero impulso se producirá a partir del lanzamiento del Secretariado y vendrán a sumarse a los ya aprobados en el marco de la agenda euromed.

c) Proyectos aprobados con posterioridad a la Cumbre de París: es fundamental asegurar su visibilidad UpM mediante una «centralización» tanto de la información a los Altos Funcionarios como del sistema de aprobación, asimilando en la medida de la posible el sistema al que existía en el Proceso de Barcelona (los proyectos se aprobaban en el Comité Euromed, y la Comisión tenía un papel muy relevante en su

impulso y financiación). De hecho, uno elemento muy relevante de esta visibilidad de los proyectos era, además de su «aprobación centralizada» la existencia de un label euromed, un «sello», que los identificaba como proyectos propios del Proceso de Barcelona. Asimismo deberá estudiarse cuál será la cobertura jurídica y presupuestaria de estos nuevos proyectos.

6. El papel del Secretariado de la UpM

El Secretariado supone un logro mayor desde un punto de vista pragmático en la medida en que se crea una institución enteramente dedicada a la promoción de los seis proyectos aprobados en París. Pero este Secretariado supone también un logro político ya que en una región políticamente tan dividida como la euro-mediterránea la creación de instituciones con personalidad jurídica participadas por todos los socios tiene un enorme simbolismo. Es el caso de la Fundación Anna Lindh, que tiene su sede en Alejandría y en la que participa Israel junto con el resto de socios árabes, y será el caso del Secretariado Permanente que se ubicará en Barcelona.

Este Secretariado tendrá personalidad jurídica y estará dirigido por un Secretario General del Sur, con una serie de Secretarios Generales Adjuntos centrados cada uno en el impulso de unos de los proyectos correspondientes cada uno a un área temática concreta. En estos momentos están siendo objeto de negociación sus Estatutos, negociaciones en las que se están abordando cuestiones de tanta importancia como su naturaleza jurídica, su composición interna, las modalidades de selección de proyectos, la participación de la Comisión Europea con el objetivo de asegurar la coherencia de las acciones emprendidas con las políticas de la Unión, las competencias de los Secretarios Generales Adjuntos, el nivel de participación del Secretariado en las reuniones ministeriales tanto sectoriales como de Asuntos Exteriores, etc.

Como retos de futuro el Secretariado deberá asentar su posición en el entramado institucional de la UpM, adquiriendo un perfil mucho más marcado en la selección e impulso de los proyectos. Deberá asimismo asegurarse la coherencia entre sus acciones y las emprendidas en el marco de las políticas comunitarias y de la Política Europea de Vecindad, para lo que es muy relevante la participación de la Comisión Europea, sin que esta participación sea percibida como una injerencia en la gestión de las orientaciones del Secretariado, que son competencia de su Secretario General. Otro reto importante será el de encontrar financiación para sus actividades en un marco como el actual de crisis financiera internacional: en este sentido debería esforzarse por encontrar financiación pública como privada, difícil en algunos proyectos como el de descontaminación del Mediterráneo pero muy factible en otros, como por ejemplo el Plan Solar Mediterráneo, en los que la empresa privada ya ha manifestado su interés.

7. Otras posibles áreas de influencia del Tratado de Lisboa

Asimismo encontramos toda una serie de posibles áreas de influencia del Tratado de Lisboa en la Unión por el Mediterráneo. El refuerzo de la Política Europea de

Vecindad incide directamente en la Unión por el Mediterráneo, en la medida en que ésta es la dimensión bilateral de la UpM. En todo caso, es esencial la implicación de todos los socios en todas las áreas de acción exterior de la UE, ya sea la Unión por el Mediterráneo-vecindad Sur ya sea el Partenariado Oriental.

El Tratado de Lisboa recoge asimismo una serie de prioridades temáticas, entre las que destacan los asuntos JAI, al producirse su práctica comunitarización, lo que afectará directamente en el cuarto capítulo de la Unión por el Mediterráneo y en la agenda que comenzó con la Ministerial Euromed del Algarve celebrada en el mes de noviembre de 2007. También se recogen disposiciones en materia de energía y de cambio climático que podrían suponer un impulso de estos temas en el marco de la agenda UpM, en particular del segundo.

Finalmente deberá estudiarse el nuevo papel que podría adquirir el Parlamento Europeo, con una actividad cada vez más importante de seguimiento de los temas UpM y que de hecho ya ha ostentado la presidencia de la Asamblea Parlamentaria Euromed, lo que supone un hecho muy positivo en la medida en que le ha permitido familiarizarse de primera mano con el funcionamiento de la asociación.

V. REFLEXIONES DE FUTURO Y CONCLUSIONES

Uno de los grandes logros del Proceso de Barcelona fue el hacer posible, a partir de la Declaración de Barcelona, el arraigo de la noción de partenariado, que ha permitido a su vez una cultura de diálogo que ha sobrevivido a situaciones muy tensas en la región. A partir de este canal de diálogo se ha desarrollado una no menos importante dimensión institucional a partir del Comité de Altos Funcionarios, del Comité Euromed, de la celebración regular de reuniones Ministeriales, de la celebración de reuniones de grupos de expertos, de los foros de la sociedad civil, etc., que ha derivado en una práctica institucional asentada, regular, uniforme y predecible.

La Unión por el Mediterráneo ha modificado este entramado incorporando elementos novedosos que permiten realzar el perfil político de las relaciones euro-mediterráneas, dotándolas de mayor visibilidad y realzando su nivel. Sin embargo, por el momento y a diferencia de la situación anterior, esta dinámica institucional se está viendo directamente afectada en su funcionamiento cotidiano por los acontecimientos de Oriente Medio. Ello quizás es el resultado de la necesidad de asentar sobre bases renovadas una práctica institucional sólida e ininterrumpida como la que existía con el Proceso de Barcelona, evitando que se identifique a la Unión por el Mediterráneo con el foro en el que en exclusiva debe hallarse una solución para el Proceso de Paz de Oriente Medio.

Asimismo otro elemento a tener en cuenta es la necesaria mejora del proceso de coordinación de posiciones en el seno de los Grupos Norte y Sur, y en el Sur en particular, en donde hay socios con situaciones muy heterogéneas que dificultan la coordinación (Grupo Árabe, Turquía y Croacia como países candidatos, Mónaco, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, etc.) y un ejercicio de la co-presidencia Sur mejorable.

Por otro lado, uno de los pilares del Proceso de Barcelona fue la activa participación de la Comisión Europea, que permitió una comunitarización de las relaciones euro-mediterráneas y que ha llevado a cabo un muy exitoso proceso de sensibilización de los socios UE no ribereños sobre la importancia de la región mediterránea y de sus desafíos. En este sentido, el reto es asegurar la coherencia de la acción exterior de la UE evitando la división en áreas de interés geográfico, por lo que será de gran interés la observación de la interacción entre el Partenariado Oriental y su dimensión institucional y la Unión por el Mediterráneo. El Tratado de Lisboa puede ayudar a la Comisión a recuperar una centralidad –y un liderazgo– que se ha visto alterada por las dinámicas políticas posteriores a la Cumbre de París y probablemente también por la relativa debilidad previa al acuerdo sobre su renovación. Además, y desde un punto de vista pragmático, se trata de la única institución con una visión profunda de conjunto no solo sobre los aspectos políticos sino también, y muy en particular, de los aspectos técnicos a través de sus Direcciones Generales, actuando como verdadera «guardiana» del acervo euromed.

Finalmente, Lisboa introduce novedades que afectarán al conjunto de la acción exterior de la UE y por ende a la Unión por el Mediterráneo. Quedará por ver cómo afectan los mecanismos de Lisboa a la recién inaugurada dinámica institucional de la Unión por el Mediterráneo, en particular al nivel de representación de las instituciones comunitarias. También deberá analizarse si este aumento de la visibilidad de las instituciones comunitarias redunda en una pérdida de entusiasmo por parte de los socios UE de la UpM. Como último apunte quizás debería buscarse un encaje, jurídico también, para algunos de los acuerdos UpM, en particular el de las co-presidencias, para el escenario del año 2010, que es también el año de la Presidencia española de la UE y en el que esperemos que este nuevo entramado institucional este definitivamente asentado.

RESUMEN: Este artículo analiza la dimensión institucional de las relaciones euro mediterráneas y el posible impacto que en las mismas tendrá el Tratado de Lisboa. Las Comunidades Europeas en primer lugar y la Unión Europea en segundo lugar han desarrollado junto a sus vecinos del Sur un complejo entramado institucional que comenzó en los años 60 con los Acuerdos Preferenciales y que se consolidó tras la Conferencia de Barcelona de 1995, que lanzó una asociación entre iguales con la división del entramado de relaciones euro mediterráneas en cuatro capítulos. En estos años, la Comisión Europea ha tenido un papel fundamental como motor de las relaciones euro mediterráneas, velando por el «acervo» euromed y actuando sus diferentes servicios como verdaderos promotores de la agenda sectorial. Sin embargo este entramado institucional ha experimentado un notable cambio con el lanzamiento de la Unión por el Mediterráneo (UpM) en julio de 2008. La UpM ha realzado la dimensión política de las relaciones euro mediterráneas, quizás reforzando la dimensión intergubernamental. Sin embargo el Tratado de Lisboa y su impacto en la estructura de la UpM pueden ayudar a la Comisión y a las instituciones comunitarias a recuperar peso y liderazgo en el entramado institucional euro mediterráneo.

PALABRAS CLAVE: Acción Exterior Unión Europea. Acuerdos de Asociación. Comisión Europea. Euromed. FEMIP (Facilidad Euro mediterránea de Inversión y Partenariado). Oriente Medio. Política Euro mediterránea. Política Exterior y de Seguridad Común. Política de Vecindad. Proceso de Barcelona. Secretariado Unión por el Mediterráneo. Servicio de Acción Exterior de la Unión Europea. Tratado de Lisboa. Unión por el Mediterráneo.

ABSTRACT: *This paper analyzes the institutional dimension of Euro-Mediterranean relations and the possible modifications that could be implemented by the Treaty of Lisbon. Beginning in the 1960s, the European Communities and then later the European Union built with their Southern neighbours a complex institutional network of preferential agreements. The Barcelona Conference of 1995 consolidated this network by dividing Euro-Med relations into four equal sections, and the launching of the Union for the Mediterranean (UM) in July of 2008 resulted in further changes. During this period, the European Commission and its directorates played a crucial role as the driving force of Euro-Med relations by protecting the Euro-Med «acquis» and giving an essential impulse to its sectorial dimension. The UM has heightened the political dimension of the European Union for the Mediterranean while reinforcing its intergovernmental dimension. However, the Treaty of Lisbon and its potential impact in the structure of the UM can help the European Commission and the other European institutions to recover some of their former leadership in this institutional network.*

KEY WORDS: External Action of the European Union. Partnership Agreements. European Commission. Euromed. FEMIP (Facility for Euro-Mediterranean Investment and Partnership FEMIP). Middle East. Euromediterranean Policy. Common Foreign and Security Policy. Neighbourhood Policy. Barcelona Process. Secretariat of the Union for the Mediterranean. European Union External Action Service.

HACIA UNA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA EUROPEA

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

Profesor Titular de Derecho Administrativo. UNED

SUMARIO: I. Administración Europea y proceso de integración. II. De la «administración indirecta» a la Administración europea. III. El principio de ejecución uniforme y eficaz del derecho europeo como fundamento de la Administración europea: 1. *Orígenes y justificación*. 2. *Formulación jurisprudencial del principio de ejecución uniforme y eficaz*. 3. *Proclamación política por las Instituciones*. 4. *Consagración legislativa del principio de ejecución uniforme y eficaz*. 5. *Ejecución uniforme y eficaz en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. 6. *Los límites del principio de ejecución uniforme y eficaz*. IV. La Administración de la Unión Europea: 1. *El «déficit ejecutivo europeo»*. 2. *El elusivo concepto de «Administración europea»*. V. Hacia una gobernanza administrativa europea.

I. ADMINISTRACIÓN EUROPEA Y PROCESO DE INTEGRACIÓN

La existencia de una Administración europea se ha abierto paso afanosamente en el seno de la estructura orgánica establecida por los Tratados constitutivos de la Unión y de las Comunidades Europeas. Tradicionalmente soslayada por la doctrina, centrada de manera preferente en los aspectos políticos, constitucionales o internacionales del proceso de integración, la Administración europea quedaba relegada a la trastienda de la organización comunitaria (Función Pública europea, secretariados institucionales, etc.).

Sintomático de ello es la cómoda y conveniente aseveración de que las Comunidades Europeas no precisaban de una Administración propia porque para la ejecución de su Derecho y de sus Políticas se contaba con las Administraciones Públicas de los Estados miembros. Esta sacralización del principio de ejecución o administración indirecta encontraba su justificación en intereses tanto supranacionales como

nacionales. En efecto, mediante dicho principio básico los Estados se reservaban el último núcleo irreductible de soberanía frente a las emergentes Comunidades. Si aquellos transigían con la capacidad de la nueva organización de crear un Derecho que no sólo les vinculaba sino que incluso primaba sobre sus respectivos Ordenamientos, al menos la ejecución del mismo quedaba en manos de los Estados.

Por otra parte, este principio de ejecución indirecta ha sido pacíficamente respetado por las propias Comunidades, conscientes de su debilidad política para dar la batalla por las competencias ejecutivas del Derecho por ellas alumbrado y de las Políticas por ellas impulsadas, aparte de que las propias fases en las que se iba desarrollando la integración europea (básicamente el mercado interior) no hacían oportuno residenciar las reivindicaciones en el ámbito ejecutivo sino primero en el propiamente legislativo. Sin embargo, cuando esas fases se van cumpliendo y, por añadidura, las Comunidades asumen progresivamente más competencias en sectores sociales, culturales, etc. (la denominada «integración positiva»), se produce un movimiento, imperceptible inicialmente, de expansión ejecutiva y, por ende, administrativa de la Comisión Europea.

Esta descripción pudiera llevar a engaño, pues la emergencia de la Administración europea en las últimas décadas del siglo XX y su definitiva consolidación en los albores del XXI no puede ocultar que su creación se produjo al mismo tiempo que las propias Comunidades. Más aún, la originaria Comunidad Europea del Carbón y del Acero era fundamentalmente una Administración supranacional dotada de competencias típicamente ejecutivas y de potestades eminentemente administrativas. La mutación cualitativa realizada por los Tratados de Roma elevó el discurso institucional y teórico al plano político y la labor jurisprudencial a la afirmación constitucional del sistema con términos y conceptos como primacía, eficacia directa, competencias implícitas, derechos fundamentales o subsidiariedad, relegando a un segundo plano las vicisitudes de la Administración comunitaria.

No obstante lo cual, la Administración europea va a experimentar una progresiva institucionalización que la dota de personalidad propia y de funcionalidad diferenciada. Y ello en virtud, por un lado, del proceso de constitucionalización europeo antes mencionado y, por otro, de las limitaciones inherentes del principio de administración indirecta que van a exigir, cada vez más, ejecuciones uniformes y eficaces a escala europea por la propia estructura orgánica comunitaria.

Desde la perspectiva de la constitucionalización del proceso de integración europea al que la Comisión y el Tribunal de Justicia se consagraron de manera audaz, la Administración europea ha sido un componente estructuralmente asociado a la reivindicación institucional de la Comisión como ejecutivo europeo. Una Institución ejecutiva que no cuente con una adecuada y completa Administración que la respalde queda debilitada, su credibilidad cuestionada y su papel abocado a la ineficacia al no poder salvaguardar, como garante último, el cumplimiento del Derecho y de las Políticas que impulsa. Una Institución ejecutiva que opera en un entorno política y administrativamente descentralizado precisa contar con una Administración que garantice no ya una evanescente pero importante función de coordinación entre los diferentes actores sino una auténtica y real capacidad de ejecución cuando ésta se re-

vela necesaria a escala europea. Y es que no hay mejor manera de debilitar una Institución ejecutiva central que privarla de una eficiente y eficaz Administración que la respalde y que pueda asumir la función ejecutiva a escala general.

La Comisión europea es, en el diseño institucional de los Tratados, la Institución llamada a asumir tanto la función ejecutiva como la función administrativa europea, de ahí que su faceta de Institución ejecutiva refuerce su vertiente de Administración europea, y viceversa. Consciente de ello, la Comisión europea se afanó en las décadas de los sesenta y de los setenta por reivindicar su posición institucional ejecutiva, lo que indirectamente afianzaba la Administración que se había ido gestando en su seno para ejecutar las Políticas previstas en los Tratados o para ejercer las delegaciones de competencias ejecutivas que por entonces el Consejo comenzaba a generalizar en ámbitos como la Política Agrícola Común o la Política Comercial.

Además, la incorporación al proceso de integración de las Políticas intergubernamentales del Tratado de la Unión Europea (Política Exterior y de Seguridad Común; Política Europea de Seguridad y Defensa; Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal) refuerza, paradójicamente, el proceso de administrativización en la medida en que lo fundamental de esas Políticas no es su formulación política sino su articulación operativa a través de organismos y mecanismos típicamente administrativos.

Pero la creación y evolución de la Administración también obedece a una lógica de carácter administrativo, al precisar las Comunidades la ejecución europea de su Derecho y de sus Políticas por su propia estructura orgánica de carácter administrativo. Esta necesidad aparece de hecho explícitamente recogida en el mismísimo Tratado de la Comunidad Económica Europea cuando, derogando la regla general de que la ejecución del Derecho europeo corresponde a los Estados miembros, atribuye la ejecución de la Política de competencia a la Comisión. Posteriormente, la necesidad de garantizar una aplicación uniforme de la norma europea interpone entre ésta y los Estados miembros una nueva norma europea de desarrollo de naturaleza ejecutiva. Esta función ejecutiva que el «legislador» crea y que el Tribunal de Justicia bendice va a escenificar durante decenios la pugna institucional entre la Comisión y el Consejo por asegurarse la preeminencia ejecutiva europea.

A su vez, el desarrollo de las Comunidades, las exigencias de cumplimiento del Derecho europeo y el funcionamiento efectivo de las Políticas comunes revelaron progresivamente las limitaciones del principio de ejecución indirecta, en especial la autonomía orgánica y procedimental de la que disponían los Estados para ejecutar el Derecho europeo. Esta autonomía se ha ido paulatinamente erosionando a través de predeterminaciones en sede europea tanto de la organización interna como de las normas que rigen la actuación de las Administraciones nacionales a la hora de aplicar el Derecho europeo. Se verifica así una auténtica «europeización» de las Administraciones Públicas nacionales al amparo de procesos impulsados por la normativa europea (por ejemplo, la liberalización de servicios públicos). Aun respetando formalmente la competencia ejecutiva de los Estados miembros, tales limitaciones llegan al punto, primero, de someter a las Administraciones nacionales a una cada vez más articulada obligación de cooperación administrativa con la Administración europea y, finalmente, de atribuir a la Administración europea auténticas potestades de

coordinación de la ejecución por los Estados de la norma europea (piénsese en las Políticas económicas o la instauración de un enigmático método abierto de coordinación).

En última instancia, cuando la ejecución descentralizada indirecta del Derecho europeo por los Estados miembros se demuestra contraproducente y, en cambio, se revela imprescindible garantizar una ejecución uniforme y eficaz del Derecho europeo que asegure que éste despliega todos sus efectos, la Unión y las Comunidades asumen la competencia ejecutiva, que ejercen a través de su propia Administración europea. En efecto, la ejecución descentralizada del Derecho Europeo puede ir en detrimento de la igualdad y de la seguridad jurídica en la Unión Europea, lo que impone la necesidad de afirmar un principio último corrector de aplicación uniforme y eficaz que informe toda la ejecución del Derecho Europeo, modulando su ejecución indirecta y justificando, en última instancia, la ejecución directa por la Administración propia de la Unión.

La formulación de este principio de ejecución uniforme y eficaz del Derecho europeo es progresiva a lo largo de la Historia de las Comunidades Europeas y encuentra sus orígenes en la jurisprudencia, que lo acuña veladamente al mismo tiempo que los de primacía y eficacia directa. Posteriormente, las Instituciones lo proclaman como objetivo político y el Legislador y la Comisión lo invocan continuamente en su actividad normativa como motivación, por un lado, de la derogación del principio de ejecución indirecta y, por otro, de la interpretación pro-europea de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en el sentido de atribuir competencias ejecutivas en sentido ascendente a la Administración europea.

Además de las limitaciones intrínsecas del principio de ejecución indirecta, la europeización ejecutiva encuentra su fundamento en necesidades uniformes de aplicación en ámbitos recientemente incorporados a los Tratados (especialmente, políticas sociales), así como en la necesidad de afrontar y gestionar a escala europea cuestiones y problemas de ámbito igualmente europeo. Piénsese en los problemas transnacionales que plantean, por ejemplo, el abastecimiento de energía; el control de los flujos migratorios; la seguridad marítima, aérea o alimentaria; la lucha contra el crimen organizado de ámbito no ya europeo sino internacional; y, por supuesto, la política exterior y de defensa.

La necesidad de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho europeo encuentra su epítome en la creación de una estructura administrativa supranacional que asuma su ejecución. De esta manera, la actividad administrativa origina la Administración europea. Cuestión diferente es la Institución u órgano que va a ejercer esa competencia ejecutiva europeizada, pues el siempre difícil equilibrio de poderes entre los Estados y la Unión, por un lado, y entre las Instituciones europeas entre sí, conduce a una fragmentación del Poder ejecutivo europeo. En efecto, la Comisión ha fracasado en su intento histórico de aglutinar a su alrededor toda la función ejecutiva a escala europea y ha asistido impotente a la implantación de una Administración propia en el Consejo (Política económica, Política Exterior y de Seguridad Común, Cooperación Policial y Judicial), a la creación de órganos independientes con funciones ejecutivas especializadas (Banco Central Europeo) y a la proliferación de organismos

autónomos europeos con funciones administrativas variadas (Agencias europeas). Todos ellos configuran la Administración europea, encargada de la ejecución europea del Derecho y de las Políticas de la Unión.

Sin embargo, la reticencia de los Estados miembros respecto a la creación de una auténtica Administración europea condujo a una inadecuada asunción de estas competencias ejecutivas por las Instituciones, órganos y organismos europeos, a quienes se han escatimado recursos humanos y materiales y se ha privado de potestades necesarias para el ejercicio de esas competencias. Lo cual, unido a la ausencia de una adecuada organización administrativa y a la precariedad del régimen jurídico que regule el funcionamiento de la Administración europea presenta un escenario problemático que ha llevado a hablar, con razón, de «déficit ejecutivo» europeo.

Tradicionalmente despreciado, el poder ejecutivo europeo se revela cada vez más decisivo para explicar en gran medida la crisis del proceso de integración europea. La propia credibilidad de la Unión Europea va a depender de los medios con los que cuenta para hacer efectivo y eficaz su Derecho y sus Políticas. Es por ello que el déficit ejecutivo europeo pueda ser considerado un elemento más en la problemática general de la legitimidad del proceso de integración, cuyos beneficios no podrían ser percibidos por los ciudadanos europeos en la medida en que el Derecho europeo y las Políticas comunes no fuesen ejecutados o lo fuesen incorrectamente y con desigualdades intolerables entre Estados. La encrucijada del Poder Ejecutivo europeo encuentra decisivamente su solución en dotarse de una auténtica Administración europea capaz de ejecutar y de garantizar el cumplimiento del Ordenamiento europeo.

II. DE LA «ADMINISTRACIÓN INDIRECTA» A LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

En un sentido amplio, los Estados miembros también formarían parte de un abstracto «Poder ejecutivo» europeo. Más aún, en lo que respecta a la ejecución del Derecho y de las Políticas europeas, ellos serían los principales protagonistas de esa actividad. Según el artículo 10 TCE (reproducido por el nuevo artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, según redacción dada por el Tratado de Lisboa), *«los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión»*. Y, desde una perspectiva negativa, *«se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado»*. El principio general de ejecución indirecta viene expresamente consagrada en el art. 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al indicar que *«los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión»*.

El régimen jurídico de la ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros está determinado por el conocido como **principio de autonomía de los Estados miembros**. Conforme al mismo, los Estados miembros disponen –para el cumpli-

miento de sus obligaciones comunitarias— de libertad a la hora de determinar, por un lado, la institución u órgano —legislativo, ejecutivo, judicial; estatal, autonómico o local— encargado de ejecutar dichas obligaciones (*autonomía institucional*) y, por otro, el procedimiento que sirve de instrumento que encauza el cumplimiento interno de tales obligaciones (*autonomía procesal*), lo que implica, evidentemente, el sometimiento al régimen jurídico interno en la organización y funcionamiento de la Administración nacional.

Ahora bien, si conforme a los principios de ejecución indirecta y de subsidiariedad, la competencia ejecutiva se asigna a los Estados miembros, las necesidades de aplicación uniforme y eficaz del Derecho europeo no eliminan ya cualquier intervención europea, conciliando esa intervención con el principio de autonomía de los Estados. Esas intervenciones, no obstante, deberán ser conformes con el principio de proporcionalidad, de manera que sean lo menos intrusivas posibles en la autonomía estatal.

Un ejemplo reciente lo encontramos en la *Directiva (2009/40/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques*¹. En su Exposición de Motivos, la Directiva señala meridianamente por qué asume la Unión Europea esta competencia normativa que desarrolla directamente las disposiciones del Tratado: «*Dado que los objetivos de la acción pretendida, a saber, la armonización de las reglas de inspección técnica para evitar distorsiones de la competencia entre los transportistas y garantizar que se realicen en los vehículos operaciones de reglaje y mantenimiento suficientes, no pueden ser alcanzados de manera adecuada por solos los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos*».

Posteriormente, atribuye a la Comisión (en detrimento de los Estados miembros) la competencia de desarrollar, en el plano europeo, esa misma Directiva, con un contenido netamente ejecutivo: Artículo 6 «*La Comisión adoptará las directivas específicas que sean necesarias para definir las normas y los métodos mínimos de inspección de los elementos que se enumeran en el anexo II, así como toda enmienda que resulte necesaria para adaptar estas normas y métodos al progreso técnico*».

Tres son las principales líneas de actuación seguidas por el Derecho europeo. En primer lugar, y con mayor respeto a la autonomía estatal, se trataría de una intervención indirecta de tipo jurídico, ya sea por la jurisprudencia, ya por el Legislador europeo, que respetando tanto la titularidad competencial ejecutiva de los Estados como el principio de autonomía, modula, condiciona o predetermina la ejecución que aquellos llevan a cabo. En segundo lugar, establecimiento de mecanismos de cooperación entre Estados o entre éstos y la Administración europea, con lo que, si

¹ DO n. L 141, de 6 de junio de 2009.

bien la titularidad de la competencia ejecutiva de los Estados permanece incólume, su ejercicio, en cambio, queda condicionada a procedimientos y foros, más o menos informales, en los que se encuentran presentes no sólo los intereses de aquellos sino también el europeo a través de Instituciones u organismos supranacionales; de esta manera, el ejercicio de la competencia ejecutiva ya no es exclusivamente individual sino que se «europeíza» en lo formal, aunque no necesariamente en lo sustancial. En tercer lugar, a las competencias ejecutivas de los Estados se le superpone una potestad de coordinación a la Administración europea (Comisión, Consejo, Agencias).

III. EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN UNIFORME Y EFICAZ DEL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO DE LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

1. Orígenes y justificación

Al tiempo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagraba la primacía del Derecho Europeo sobre el Derecho nacional² y la aplicación directa de aquel Derecho³, la jurisprudencia, al reconocer que el Derecho europeo debía ser ejecutado por las Administraciones Públicas de los Estados miembros, acuñaba igualmente un principio que ha pasado en gran medida desapercibido y que constituye el fundamento de la regulación y jurisprudencia europea sobre la ejecución del Derecho Europeo, hasta el punto de ser considerado por algún autor como un principio básico de dicho Derecho, junto a los principios de primacía y de eficacia directa⁴. Se trata de la necesidad de que la ejecución del Derecho europeo se lleve a cabo de manera uniforme y eficaz.

Este principio ha sido acuñado por la jurisprudencia precisamente en el marco de las relaciones entre el Derecho Europeo y el Derecho nacional pero —aquí reside su peculiaridad— desde el punto de vista de la ejecución del primero. Si bien es cierto que son las Administraciones Públicas de los Estados miembros las que deben ejecutar el Derecho Europeo conforme a su propio Derecho interno, dicha ejecución debe respetar dos principios: uno estrictamente ejecutivo (que la ejecución indirecta no perjudique la ejecución plena y uniforme del Derecho Comunitario) y otro general del Derecho Europeo pero que despliega igualmente sus efectos en el ámbito de la ejecución (la primacía del Derecho Europeo de ejecución sobre el Derecho nacional de ejecución)⁵. En realidad, como agudamente subraya GIL IBÁÑEZ, «el principio de primacía, tal como aparece en la sentencia *Costa*, estuvo fundamentado no sólo

² *Costa-ENEL*, 15 julio 1964 (6/64), *Rec.*, p. 583.

³ *Van Gend & Loos*, 5 febrero 1963 (26/62), *Rec.*, p. 1.

⁴ HILF, M.: «The Application of Rules of National Administrative Law in the Implementation of Community Law» en *Yearbook of European Law*, vol. 3, 1983, p. 96.

⁵ *Wilhelm*, 13 febrero 1969 (14/68), *Rec.* p. 1.

en la necesidad de asegurar una interpretación uniforme del Derecho Comunitario, sino también en conseguir una aplicación igualmente uniforme»⁶. Ello revela la estrecha relación entre estos principios capitales del Derecho Europeo, pues si el principio informador de la ejecución del Derecho europeo es su aplicación uniforme y eficaz, su conjunción con los otros dos principios claves de las relaciones entre Ordenamientos –primacía y aplicación directa– determina que, en caso de que una norma administrativa nacional no permita una aplicación uniforme y eficaz del Derecho europeo, dicha norma deberá ser inaplicable⁷. Más aún, el principio de aplicación uniforme y eficaz se sitúa en la misma lógica constitucional del Tribunal de Justicia para legitimar de forma supranacional o de la manera más autónomamente posible las Comunidades y la Unión Europea⁸.

La jurisprudencia confirmó tempranamente que «cuando la ejecución de un Reglamento comunitario compete a las autoridades nacionales, esta ejecución debe, en principio, llevarse a cabo según las reglas de forma y de procedimiento del Derecho nacional», pero matizó decisivamente «que la regla así enunciada debe conciliarse con las necesidades de una aplicación uniforme del Derecho Comunitario, necesaria para evitar tratamientos desiguales»⁹. Y es que, a pesar del principio general de ejecución indirecta por los Estados miembros del Derecho europeo, «la aplicación del Derecho Comunitario [...], en la medida de lo posible, debe permanecer uniforme en toda la Comunidad»¹⁰.

Un principio que afirme la aplicación uniforme y eficaz del Derecho Comunitario es, en realidad, inherente al Ordenamiento jurídico europeo, especialmente en atención a su articulación ejecutiva. Ya sea en su uniformidad, ya en su eficacia¹¹, ya en ambas facetas, la aplicación efectiva del Derecho y de las Políticas europeas se erige en un objetivo fundamental de la Unión Europea. Ciertamente, la opción preferencial de ésta de articular la ejecución de su Derecho y sus Políticas a través de los Estados miembros es lo suficientemente compleja y potencialmente arriesgada como para permitir ser llevada hasta sus últimas consecuencias. La ejecución descentralizada del Derecho Europeo puede ir en detrimento de la igualdad y de la seguridad jurídica en la Unión Europea, lo que impone la necesidad de afirmar un principio último corrector de aplicación uniforme y eficaz que informe toda la ejecución del De-

⁶ GIL IBÁÑEZ, A., *El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid 1998, p. 74.

⁷ HILF, M.: «The Application of Rules of National Administrative Law in the Implementation of Community Law» en *Yearbook of European Law*, vol. 3, 1983, p. 81.

⁸ LINDSETH, P.L.: «The Contradictions of Supranationalism: Administrative Governance and Constitutionalization in European Integration Since the 1950's» en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, vol. 37(2), p. 396.

⁹ Schlüter, 6 junio 1972 (94/71), *Rec.* p. 307, nn. 10-11; *Milchkontor*, 21 septiembre 1983 (205-215/82), *Rec.* p. 2633.

¹⁰ *BayWa/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 6 mayo 1982 (146,192,193/81), *Rec.* p. 1503), n. 30.

recho Europeo, modulando su ejecución indirecta y justificando, en última instancia, la ejecución directa por la Administración propia de la Unión.

Resultaba, pues, inevitable la consagración de un principio como el de la ejecución uniforme y eficaz del Derecho Europeo, acuñado primero por la jurisprudencia, proclamado después por las Instituciones e invocado finalmente por el legislador.

2. Formulación jurisprudencial del principio de ejecución uniforme y eficaz

La profusión con que el Tribunal de Justicia ha recurrido al principio de aplicación uniforme y eficaz del Derecho Europeo puede resultar sorprendente, pero lo cierto es que ha pasado más bien inadvertido, así como las potencialidades que los Tribunales europeos han extraído de la necesidad de una ejecución uniforme y eficaz para interpretar todo el sistema instaurado por los Tratados. En especial, para asegurar una interpretación correcta del Derecho Europeo: «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tanto a la luz del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate»¹². El Tribunal puede incluso negar en ocasiones la competencia exclusiva de los Estados para definir las condiciones de ejecución del Derecho Europeo, precisamente por considerarla contraria al principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario¹³. En cualquier caso, la necesidad de una ejecución uniforme del Derecho Europeo informa igualmente la actuación de los Estados a la hora de aplicar los remedios en casos de infracción de dicho Derecho por los particulares. Así, «si las autoridades competentes de un Estado miembro se abstuvieran sistemáticamente de ejercitar acciones de esta índole contra los responsables de dichas infracciones, correrían grave peligro tanto la conservación y la gestión de los recursos de la pesca como la ejecución uniforme de la política pesquera común»¹⁴.

¹¹ ACCETTO, M. y ZLEPTNIG, S.: «The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law» *European Public Law*, Volume 11(3), 2005, pp. 375-405.

¹² *Wells*, 7 enero 2004 (C-201/02); *Ekro*, 18 enero 1984 (327/82), *Rec.* p. 107, n. 11; *Linster*, 19 septiembre 2000 (C-287/98), *Rec.* p. I-6917, n. 43; *Finanzamt Rendsbug*, 15 julio 2004 (C-321/02); *Yiadom*, 9 noviembre 2000 (C-357/98), *Rec.* p. I-9265, n. 26; *Adolf Truley*, 27 febrero 2003 (C-373/00), *Rec.* p. I-1931, n. 35; *Zita Modes*, 27 noviembre 2003 (C-497/01), n. 34; *Saatgut-Treuhandverwaltungs-gesellschaft mbH contra Werner Jäger*, 11 marzo 2004 (C-182/01); *Ansul*, 11 marzo 2003 (C-40/01), *Rec.* p. I-2439, n. 26; *Bollmann*, 18 febrero 1970 (40/69), *Rec.*, p. 69, n. 4.

¹³ *Comisión v. Reino Unido*, 15 julio 2004 (C-424/02).

¹⁴ *Comisión v. Francia*, 7 diciembre 1995 (C-52/95), *Rec.*, p. I-4443: «De lo anterior se desprende que, a partir de las fechas fijadas por la Comisión para la prohibición de un tipo de pesca, un Estado miembro está obligado a ejercitar una acción penal o administrativa contra los responsables de que prosiguieran después de dicha fecha tales actividades pesqueras así como actividades relacionadas con

La jurisprudencia también ha considerado que el propio Tratado ha provisto a la Unión con los medios adecuados para garantizar la ejecución uniforme y eficaz del Derecho Europeo. En especial, el recurso por incumplimiento y la multa coercitiva. Sobre esta última, el Tribunal de Justicia ha señalado que «a tenor del artículo 171, apartado 2, párrafo tercero, del Tratado (actualmente artículo 228 CE, apartado 2, párrafo tercero), el Tribunal de Justicia, si declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva. Por una parte, como el objetivo principal de la multa coercitiva es que el Estado miembro ponga fin al incumplimiento con la mayor brevedad, debe fijarse el importe de la multa coercitiva de modo que sea adecuado a las circunstancias y proporcionado tanto respecto del incumplimiento declarado como de la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Por otra parte, el grado de urgencia de la ejecución de las obligaciones del Estado miembro de que se trate puede variar según los casos de incumplimiento. Desde este punto de vista, los criterios de base que deben tomarse en consideración para garantizar la naturaleza coercitiva de la multa con vistas a la aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario son, en principio, la duración de la infracción, su gravedad y la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate. Para aplicar estos criterios, deben tenerse en cuenta, en particular, las consecuencias de la falta de ejecución sobre los intereses privados y públicos y la urgencia que exista de que el Estado miembro de que se trate cumpla sus obligaciones»¹⁵.

De especial interés es la invocación de la uniformidad y/o efectividad de la ejecución para restringir el alcance de las habilitaciones expresas que el Derecho derivado prevé en ocasiones en favor de la ejecución normativa de los Estados miembros. Así, cuando la Legislación europea en materia agrícola permite que los organismos nacionales de intervención puedan dictar normas complementarias con vistas a una conveniente regionalización de los precios de intervención, el Tribunal de Justicia hace un llamamiento al principio de uniformidad para evitar discriminaciones entre los interesados dentro del mercado común agrícola¹⁶.

Una última e interesante consideración jurisprudencial de la necesidad de ejecución uniforme, en detrimento del principio de subsidiariedad interpretado de forma descendente en beneficio de los Estados miembros, es la relativa al cumplimiento de

ésta, en la forma en que se hallan definidas en la normativa comunitaria. A este respecto, el mero temor de que puedan surgir dificultades internas, que podrían producir graves agitaciones socioeconómicas, no puede justificar que no se aplique el citado régimen». Asimismo, *Comisión v. España*, 22 diciembre 2008 (C-189/07): «La obligación de los Estados miembros de velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias reviste una importancia esencial en el ámbito de la pesca. En efecto, si las autoridades competentes de un Estado miembro se abstuvieran sistemáticamente de ejercitar acciones de esta índole contra los responsables de dichas infracciones, correrían grave peligro tanto la conservación y la gestión de los recursos pesqueros como la ejecución uniforme de la política pesquera común» (n. 39).

¹⁵ *Comisión v. Grecia*, 4 julio 2000 (C-387/97), *Rec.*, p. I-5047.

¹⁶ *Syndicat national du commerce extérieur des céréales*, 17 diciembre 1970 (34/70), *Rec.*, p. 1233.

obligaciones internacionales. Así, en el Tribunal de Primera Instancia ha llegado a afirmar, con toda rotundidad, que «aun suponiendo que el principio de subsidiariedad sea aplicable en circunstancias como las del presente asunto, resulta evidente que para lograr la ejecución uniforme en los Estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que se imponen indistintamente a todos los miembros de la ONU, es mejor actuar en el ámbito comunitario que en el ámbito nacional»¹⁷.

3. Proclamación política por las Instituciones

La necesidad de una ejecución uniforme y eficaz del Derecho Comunitario fue posteriormente proclamada por las propias Instituciones de la Unión. Trascendental en este aspecto fue la *Resolución del Consejo, de 29 de junio de 1995, sobre la aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario y sobre las sanciones aplicables por incumplimiento de sus disposiciones relativas al mercado interior*¹⁸. El análisis del Consejo es especialmente significativo. Comienza señalando que «en el ámbito del mercado interior la Comunidad ha pasado de una fase caracterizada por un esfuerzo legislativo considerable a una fase en la que se insiste en el funcionamiento eficaz de las normas comunes, ya sea en el caso particular de garantizar una correcta trasposición de las directivas o, de modo más general, en la aplicación efectiva de las normas comunitarias». A continuación, trae a colación la Declaración nº 19 del TCE relativa a la aplicación del Derecho comunitario, pues «aun reconociendo que corresponde a cada Estado miembro determinar la mejor manera de aplicar las disposiciones de Derecho comunitario, teniendo en cuenta sus instituciones, sistema jurídico y demás condiciones intrínsecas, es fundamental para el buen funcionamiento de la Comunidad que las medidas adoptadas en los distintos Estados miembros conduzcan a la aplicación del Derecho comunitario con una eficacia y rigor equivalentes a los empleados en la aplicación de su derecho nacional». Y considera, «en particular, que la ausencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento del Derecho comunitario podría atentar contra la propia credibilidad de la legislación común y afectaría a la situación de los ciudadanos de la Unión, con el riesgo de atentar, en algunos casos, contra las condiciones de competencia así como contra los intereses generales contemplados en las normas comunes». Por ello, termina por proclamar que «para el buen funcionamiento de la Comunidad es esencial aumentar la confianza mutua y la transparencia entre administraciones y procurar así que la legislación comunitaria se aplique de manera efectiva, eficaz y uniforme en todos los Estados miembros».

La Comisión ha sido especialmente activa en esta invocación del principio de aplicación uniforme y eficaz del Derecho Europeo para justificar tanto sus iniciativas legislativas como su actividad de supervisión del cumplimiento del Derecho Europeo por los Estados miembros. Desde esta última perspectiva, resultan paradigmá-

¹⁷ *Ayadi v. Consejo*, 12 julio 2006 (T-253/02), n. 112.

¹⁸ DO nº C 188 de 22 julio 1995, p. 1.

ticos los *Informes anuales sobre el control de la aplicación del derecho comunitario*. Un ejemplo reciente, en el ámbito del mercado interior, lo constituyen las Recomendaciones de la Comisión para mejorar el funcionamiento del mercado único, de 29 de junio de 2009¹⁹, donde afirma con rotundidad que es necesario «garantizar el cumplimiento efectivo de las normas del mercado único y adoptar medidas adecuadas para resolver los problemas que encuentran los ciudadanos y las empresas es esencial para ayudar a todos ellos a beneficiarse de las libertades que garantiza el Tratado» (n. 13), para lo cual recomienda que los Estados «faciliten y fomenten una resolución rápida y eficaz de los problemas que encuentren los ciudadanos y las empresas en el ejercicio de sus derechos del mercado único, adoptando medidas para mejorar el cumplimiento de las normas del mercado único y, en particular, garantizando que los jueces tengan conocimientos suficientes del Derecho comunitario, incluidas las normas del mercado único, y apoyando de manera adecuada los mecanismos de resolución de problemas».

4. Consagración legislativa del principio de ejecución uniforme y eficaz

Pero ha sido el Legislador el que ha invocado con profusión abrumadora la necesidad de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho Europeo. Justifica a su amparo la actuación legislativa uniformadora (vía reglamentos) o armonizadora (vía directivas), sobre todo en su vertiente ejecutiva, sustrayendo o limitando la competencia ejecutiva a los Estados miembros. Ya desde los mismos orígenes del mercado interior y del Derecho Europeo de la Competencia, el trascendental Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE)²⁰, fundamentaba su aprobación en la necesidad de facilitar «la aplicación equilibrada de los artículos 85 y 86 de una manera uniforme en los Estados miembros»²¹, estableciendo, como es sabido, un sistema de ejecución centralizada mediante la atribución a la Comisión de la facultad exclusiva de conceder exenciones a la prohibición general de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas cuyo objeto o efecto fuese impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común (art. 85.1 del entonces TCEE), así como la explotación abusiva de posición dominante en el mercado común (art. 86). A tales efectos, los interesados estaban obligados a notificar a aquella, con carácter previo, los acuerdos para los que iban a solicitar exenciones. A pesar de la tendencia descentralizadora llevada a cabo recientemente por el Legislador europeo en lo que respecta a la ejecución de la Política europea de competencia, el Reglamento 1/2003 in-

¹⁹ DO n. L 176, de 7 de julio de 2009, p. 17.

²⁰ JO de 21 de febrero de 1962.

²¹ Considerando séptimo: «considérant qu'en vue d'assurer une application uniforme dans le marché commun des dispositions des articles 85 et 86, il est nécessaire de fixer les règles suivant lesquelles la Commission, agissant en étroite et constante liaison avec les autorités compétentes des États membres, pourra prendre les mesures nécessaires à l'application des articles 85 et 86».

voca, en su frontispicio, que «con objeto de establecer un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado común, procede velar por la aplicación eficaz y uniforme en la Comunidad de los artículos 81 y 82 del Tratado»²².

Este principio de aplicación uniforme y eficaz ha permitido, en primer lugar, que el Ordenamiento europeo (primero, vía jurisprudencia; después, vía legislación) module y condicione la ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros, superando así el dogma de la autonomía institucional y procedimental de los Estados en este punto. Y, en segundo lugar, al toparse la práctica administrativa europea con los propios límites del principio de ejecución indirecta, ha amparado la progresiva creación de un sistema administrativo europeo, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista orgánico, cuya confluencia constituye la construcción de una auténtica Administración europea como medio último de garantizar la ejecución uniforme y eficaz del Derecho europeo.

Evidentemente, la uniformidad y eficacia en la ejecución del Derecho Europeo, tanto a escala supranacional como especialmente en el ámbito de los Estados miembros, dependerá del tipo de acto europeo que debe ser objeto de ejecución. No obstante, ya se trate de reglamentos²³, ya de directivas²⁴, el principio de ejecución uniforme y eficaz es inherente a la aplicación de la normativa europea. Y es que la acción normativa de desarrollo llevada a cabo por los Estados miembros es una exigencia estructural del Ordenamiento jurídico europeo para que éste despliegue toda su eficacia, lo que en última instancia permite afirmar la participación de los Estados miembros en la función ejecutiva europea, expresión una vez más del modelo de integración que constituye el ejercicio de los poderes europeos.

En el caso de los **reglamentos**, por mucho que este instrumento jurídico se caracterice por su directa aplicabilidad, ello no impide que con carácter general permitan la intervención normativa de los Estados miembros para precisar o completar su contenido o, al menos, para especificar las modalidades procedimentales de su ejecución y las sanciones previstas en caso de su infracción. La jurisprudencia, reticen-

²² Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO n° L 1 de 4 de enero de 2004, p. 1-25).

²³ «La aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias sólo permite recurrir a reglas nacionales en la medida necesaria para la ejecución de los reglamentos»: *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor v. Hauptzollamt Hamburg St Annen*, 11 febrero 1971 (39/70), Rec. p. 49.

²⁴ *Comisión v. Italia*, 9 abril 1987 (363/85), Rec. p. 1733, n. 7: «la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica y puede ser suficiente, en función de su contenido, un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva de una manera suficientemente clara y precisa, para que, si la directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y de ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales». En idéntico sentido, *Comisión v. Bélgica*, 8 julio 1987 (247/85), Rec. 3029, n. 9; *Comisión v. Italia*, 8 julio 1987 (262/85), Rec. 1987, p. 3073, n. 9; *Comisión v. Francia*, 27 abril 1988 (252/85), Rec. p. 2243, n. 5; *Comisión v. España*, 7 enero 2004 (C-58/02), Rec. p. I-621.

te en un primer momento a admitir la intervención normativa de los Estados en el caso de los reglamentos, ha terminado por comprender que su participación en este proceso es imprescindible. Por ello, declara sin ambages que, conforme a los principios generales que se encuentran en la base del sistema institucional de la Comunidad y que regulan las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros, corresponde a los Estados miembros, en virtud del artículo 10 (anterior 5) del Tratado, asegurar en su territorio la ejecución de los reglamentos comunitarios²⁵. De esta manera, según el Tribunal de Justicia, no será necesario que el reglamento comunitario habilite la intervención de los Estados (aunque bien puede hacerlo).

El alcance de la ejecución de los reglamentos comunitarios por parte de los Estados miembros comprende la adopción de disposiciones normativas de diferente importancia. En primer lugar, precisar el significado del reglamento²⁶. En segundo lugar, pueden completar²⁷ e incluso modificar el contenido del propio reglamento (si bien bajo condiciones muy restrictivas previstas en la propia norma europea)²⁸. En tercer lugar, la ejecución normativa del reglamento puede necesitar la adecuación de instituciones, órganos y procedimientos internos. Y en última instancia, los Estados deberán garantizar el alcance y la eficacia del Derecho Comunitario mediante la instauración o previsión de sistemas de control y de sanción para asegurar la correcta ejecución de la norma europea en el seno del Ordenamiento jurídico nacional. Esta última tarea es fundamental, pues «el legislador comunitario no aprueba generalmente disposiciones que regulen detalladamente los procedimientos de control, y deja a los Estados miembros en libertad para regular las modalidades de este control en función de su propio ordenamiento jurídico y bajo su responsabilidad, eligiendo la solución que mejor se adapte»²⁹.

En el caso de las **directivas**, hay que conciliar la estructura propia de este acto normativo con la necesidad de ejecución por los Estados a través de su transposición en el marco de la autonomía de medios y procedimientos que se les deja, pero respetando la exigencia de dar plena eficacia a la directiva europea. Según el Tribunal de Justicia, «a tenor del artículo 10 CE, párrafo primero, los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Entre estos actos figuran las Directivas que, conforme al artículo 249 CE, párrafo tercero, obligarán al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse. Esta obligación implica, para cada uno de los Estados miembros destinatarios de una Directiva, la de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena efica-

²⁵ *Milchkontor*, 21 septiembre 1983 (205-215/82), *Rec.*, p. 2633.

²⁶ *Lante*, 14 enero 1993 (C-190/91), *Rec.*, p. I-67; *Ekro*, 18 enero 1984 (327/82), *Rec.*, p. 107.

²⁷ *Scheer*, 17 diciembre 1970 (30/70), *Rec.*, p. 1197; *Ellinika*, 8 junio 1994 (C-371/92), *Rec.*, p. I-2391.

²⁸ *Eridiana*, 27 septiembre 1979 (230/78), *Rec.*, p. 2749, n. 10.

²⁹ *Exportslachterijen*, 2 junio 1994 (C-2/93), *Rec.*, p. I-2283, n. 14.

cia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido»³⁰. Asimismo, la jurisprudencia ha considerado que «el carácter obligatorio de las Directivas implica la obligación de todos los Estados miembros de cumplir los plazos que éstas establecen para garantizar su ejecución uniforme en toda la Comunidad»³¹. También se ha visto en este principio de aplicación uniforme una posible cobertura adecuada para afirmar la eficacia horizontal de las directivas³².

En ocasiones, la oportunidad de europeizar la competencia ejecutiva para asegurar una aplicación uniforme y eficaz tiene su origen en la eventual **incapacidad de todos los Estados de la Unión para asegurar la ejecución de una legislación europea extremadamente especializada** para cuya aplicación quizás algunos Estados carecen de los medios humanos y materiales adecuados. Tal fue el caso, según algunos autores, de la verificación correcta de la seguridad de nuevos medicamentos³³.

5. Ejecución uniforme y eficaz en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007** no ha hecho sino consagrar este principio³⁴, si bien aparece desdoblado en sendos preceptos del articulado. En primer lugar, ***ejecución uniforme*** del Derecho Europeo, ya que, después de reafirmar en el art. 291.1 del Tratado que «*los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión*» (ejecución indirecta), el apartado segundo del citado artículo da paso a la ejecución directa «*cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión*». Y, en segundo lugar, ***ejecución efectiva*** del Derecho Europeo, al declarar que es de interés común «*la aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión*» (art. 197 TFUE).

6. Los límites del principio de ejecución uniforme y eficaz

Pese a todo lo anteriormente expuesto, el alcance del principio de ejecución uniforme y eficaz se encuentra necesariamente limitado. En un sistema de ejecución in-

³⁰ *Comisión v. Francia*, 8 marzo 2001 (C-97/00), *Rec. p. I-2053*, n. 9; *Comisión v. Italia*, 17 junio 1999 (C-336/97), *Rec. p. I-3771*, n. 19

³¹ *Comisión v. Italia*, 22 septiembre 1976 (10/76), *Rec.*, p. 1359.

³² Conclusiones del Abogado General LENZ en el asunto *Faccini Dori* (C-91/92), *Rec.*, p. I-3325: «Considero, en definitiva, que la eficacia horizontal de las Directivas queda excluida respecto al pasado, por razones de seguridad jurídica. Para el futuro, sin embargo, dicha eficacia me parece necesaria, dentro de los límites indicados, en aras de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario».

³³ PREVIDI, E.: «Making and Enforcing Regulatory Policy in the Single Market» en *Participation and Policy-Making in the European Union* (Eds. Wallace & Young), Clarendon Press, Oxford 1997.

³⁴ Recogiendo las innovaciones del malogrado Tratado Constitucional de 2004 que introdujo ya las previsiones explícitas de la ejecución uniforme (I-37) y efectiva (III-285).

directa o descentralizada vía Estados miembros, la afirmación de un principio de ejecución uniforme y eficaz resulta estructuralmente contradictoria³⁵, aunque en última instancia imprescindible para evitar el vaciamiento, en fase ejecutiva, de la unidad jurídica buscada por la Unión, primero mediante una norma común y, segundo, a través de una interpretación igualmente común.

No obstante, la aplicación de este principio se ve circunscrita precisamente a corregir las ineficiencias de una aplicación extrema del principio constitucional de ejecución indirecta. De alguna manera, la ejecución uniforme y eficaz del Derecho Europeo nunca podrá ser entendida de una forma literal y radical. Se trata de un principio, si se quiere, «utópico» en un sistema de ejecución indirecta³⁶. La proclamación de la uniformidad en la ejecución no sólo es políticamente retórica sino incluso jurídicamente contraproducente llevada a sus últimas consecuencias. De ello es consciente el propio Legislador europeo que, incluso en su norma más radicalmente uniformadora, como es el reglamento, habilita la intervención de los Estados permitiéndoles excepcionalmente la derogación de reglas comunes o la adaptación de sus condiciones de aplicación en función de determinadas particularidades nacionales³⁷. La doctrina ha destacado que «este tipo de habilitaciones comporta, en realidad, el reconocimiento por parte de las Instituciones, y según el margen de apreciación del que disponen, de la posibilidad para los Estados de proceder a una aplicación diferenciada del Derecho comunitario, según un mecanismo que se encamina no tanto a asegurar la ejecución eficaz de los reglamentos cuanto a tener suficientemente en cuenta determinados intereses nacionales en el momento de la ejecución descentralizada del Derecho comunitario»³⁸.

Por otra parte, por mucho que se pretenda uniformizar la ejecución del Derecho Europeo a través de la europeización de la competencia ejecutiva, la intervención de los Estados miembros, incluso en sede supranacional, no se puede evitar. Asumida una competencia de ejecución por las Instituciones de la Unión, privando de ella a los Estados, éstos reaparecen en el procedimiento de ejercicio de dicha competencia a través de comités *ad hoc*. Es lo que vulgarmente se conoce como «Comitología»,

³⁵ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris 1997, p. 93.

³⁶ GIL IBÁÑEZ, A., *El control y la ejecución del Derecho Comunitario... op. cit.*, p. 75: «Aunque el principio de aplicación uniforme ha sido ampliamente utilizado tanto por el TJCE como por la Comisión, conviene observar que ha dotado al sistema jurídico comunitario de una mayor rigidez y, lo que quizás sea más importante, nunca ha logrado corresponderse con la realidad. De hecho, es bien sabido que el Derecho no se aplica uniformemente ni siquiera dentro de un solo Estado miembro, sobre todo si es de estructura descentralizada. Pero es que, además, la total uniformidad en la aplicación de una norma puede resultar un objetivo contraproducente incluso al interior de un Estado nacional, a pesar de toda la historia y tradición común que lo legitiman. En efecto, se ha señalado que la supervivencia y eficacia del Derecho comunitario no resultan amenazadas por un cierto grado de diversidad en su aplicación, aunque, en ocasiones, se ponga excesivo énfasis en los riesgos que lleva aparejada».

³⁷ *Synacomex*, 17 diciembre 1970 (34/70), *Rec.*, p. 1233; *Eridiana*, 27 septiembre 1979 (230/78), *Rec.*, p. 2749.

³⁸ BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Sakkoulas/Bruylant, Athenes/Bruxelles 1999, p. 357.

que en un sentido amplio puede concebirse como el punto de encuentro del principio de ejecución o administración indirecta y del principio de ejecución uniforme y eficaz. A este respecto, la explicación de BLUMANN es convincente cuando señala que «el sistema de comités debe ser entendido en relación con el principio de administración indirecta. Puesto que corresponderá a los Estados en una fase ulterior –la de ejecución administrativa– adoptar las medidas concretas, es preciso asociarles previamente en la elaboración de las medidas normativas de ejecución. En realidad, la comitología representa el precio a pagar por la Comunidad en contrapartida del «servicio» que le prestan los Estados de encargarse de la ejecución de las Políticas comunitarias. Aún más claro, es la ausencia de Administración comunitaria la que explica la comitología»³⁹.

Más aún, uniformidad de ejecución no significa automáticamente centralización ejecutiva en sede de Administración europea. Los términos de la europeización de la competencia ejecutiva no se pueden entender en clave de suma cero: lo que gana la Administración europea lo pierden las Administraciones Públicas nacionales; y viceversa. Y es que la uniformidad y la consiguiente europeización a lo que puede dar paso es a una estructura integrada europea y nacional, en particular si se recurre a instrumentos como las Agencias europeas, donde la presencia de los Estados miembros es orgánica, o como la Comitología, donde aquella se articula procedimentalmente. En cualquier caso, la Administración europea, fruto de las necesidades de uniformización y de eficacia en la aplicación del Derecho y de las Políticas europeas, presenta también unas peculiaridades integradoras en tanto en cuanto no eliminan la presencia de los Estados miembros.

Sin embargo, la aplicación tendencial del principio de ejecución uniforme y eficaz permitirá corregir puntualmente las disfuncionalidades intrínsecas de la ejecución por los Estados miembros. Este fue precisamente el origen del principio: modular y limitar el principio de ejecución indirecta. Sin embargo, la evolución del mismo ha terminado por amparar y justificar la europeización de la competencia ejecutiva, es decir, la asunción por la Unión de la competencia de ejecución del Derecho Europeo, privándose de ella a los Estados miembros, lo que en su aplicación más radical conduce a la creación de órganos administrativos supranacionales a los que encomendar tales competencias. Surgiría, así, la Administración europea para el ejercicio de las competencias ejecutivas o administrativas atribuidas a la Unión-Comunidades.

IV. LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La necesidad de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho europeo encuentra su epítome en la creación de una estructura administrativa supranacional que asuma su ejecución. De esta manera, la actividad administrativa origina la Administración europea. Desde este punto de vista, la función ejecutiva ha exigido la formación

³⁹ BLUMANN, C., *La fonction législative communautaire*, LGDJ, Paris 1995, p. 127.

de una Administración europea, una vez evidenciadas las carencias de la administración indirecta a través de las Administraciones públicas nacionales. El retraso en la creación de una Administración supranacional obedece a un retardo correlativo en la individualización de la función ejecutiva europea, la cual ha seguido a una primera fase de intervención europea eminentemente legislativa.

La organización administrativa sigue así —como decimos— a la función administrativa⁴⁰. Esto resulta especialmente patente en el caso de determinados organismos europeos creados al servicio de una función sumamente especializada prevista directamente en los Tratados. Tal es el caso del Banco Central Europeo para administrar la política monetaria europea o el Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Sea como fuere, la situación del «poder ejecutivo» europeo adolece de dispersión y de fragmentación. En efecto, en los Tratados la función ejecutiva es la gran olvidada, recogiendo apenas esporádicas previsiones que, además, se repartan entre Comisión, Consejo y órganos independientes como el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones.

Por su parte, cuando es el Legislador quien tiene que organizar la función ejecutiva lo hace fragmentándola entre la Comisión, el Consejo y unos nuevos entes no previstos en los Tratados como son las Agencias Europeas y a las que encomienda tareas eminentemente administrativas que no sólo sustrae a los Estados miembros sino también a las Comisión.

Si a todo esto le unimos, desde el punto de vista puramente administrativo, una Función Pública poco numerosa, una ausencia de normativa procedimental homogeneizadora de la actuación administrativa y una primitiva organización, no es de extrañar que se haya llegado a hablar de «déficit ejecutivo» europeo.

1. El «déficit ejecutivo europeo»

En la evolución de la integración europea, en los años ochenta se llegó a un punto en el que su núcleo principal y aglutinador, el mercado interior, había alcanzado tal grado de implantación que para entonces se enfrentaba al reto de una efectiva aplicación y salvaguarda, una vez que el Derecho europeo se había implantado a través de una acción primigenia europea fundamentalmente de aproximación de legislaciones (lo que hoy día se da en calificar como «integración a través del Derecho»). En el marco de esta acción europea, la ejecución del Derecho Comunitario se dejó en manos de los Estados miembros («administración indirecta»). Sin embargo, en la década de los ochenta esa «administración indirecta» se reveló insuficiente para asegurar una efectiva ejecución, amén de nuevas necesidades uniformes de aplicación en ámbitos recientemente incorporados a los Tratados (especialmente, políticas sociales), así como la necesidad de afrontar y gestionar a escala europea cuestiones y problemas de ámbito igualmente europeo.

⁴⁰ Cfr. MARZONA, N.: «Lo sviluppo delle funzioni esecutive dell'Amministrazione comunitaria: un nuovo ruolo per la Commissione» en *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1993(1), p. 53.

Piénsese en los problemas transnacionales que plantean, por ejemplo, el abastecimiento de energía, el control de los flujos migratorios, la seguridad marítima, aérea o alimentaria. En el marco de esta última y con motivo del análisis político y jurídico de una de las crisis de seguridad alimentaria que más han sacudido la conciencia europea, la encefalopatía espongiforme bovina (o caso de las «vacas locas»), NEYER concluyó que «el aislamiento del discurso europeo sobre el control de riesgos (Comité Veterinario, Consejo de Agricultura, Consejo Europeo) con respecto a aquellos grupos sociales (v.gr. británicos) que se veían más afectados por las medidas de la Comunidad fue un factor importante para provocar la fiera resistencia no sólo del Gobierno británico sino también de la opinión pública británica. De ahí que, tanto por razones jurídicas como analíticas, una Europa unida no se puede limitar a sí misma a la armonización de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y a la coordinación de los intereses nacionales. No sólo por razones democráticas, sino también prácticas, la integración europea tiene que esforzarse por una integración transnacional de la diferente concienciación de los problemas sociales en sus Estados miembros»⁴¹.

Sin embargo, la desconfianza de los Estados miembros respecto a la creación de una auténtica «Administración europea», condujo a una inadecuada asunción de estas tareas por la Comisión, quien careció desde el primer momento no sólo de medios humanos y materiales, sino también de una adecuada organización administrativa interna con la que responder a estas nuevas competencias «ejecutivas». A ello es preciso añadir, por un lado, el estructural problema derivado de la siempre conflictiva transposición de directivas y, por otro, la creciente heterogeneidad de los Estados miembros como fruto de las sucesivas ampliaciones, que obligan a las Instituciones a optar por legislar menos y ejecutar mejor⁴². Todo ha llevado a hablar, con razón, del «déficit ejecutivo» europeo⁴³.

⁴¹ NEYER, J.: «The Regulation of Risks and the Power of the People: Lessons from the BSE Crisis» en *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 4 (2000) n° 6 (<http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-006a.htm>), p. 14.

⁴² «Durante demasiado tiempo se ha dado más importancia a introducir nuevos reglamentos comunitarios. El Comité Económico y Social coincide con la Comisión en que en una UE de 25 Estados miembros el foco de atención debe ser la aplicación y el cumplimiento de la legislación vigente, en lugar de añadir más reglamentos... Lo que hace falta es un cambio de mentalidad, de tal modo que en los Estados miembros y en la Comisión se pase de crear nuevos reglamentos a la aplicación y el cumplimiento, con lo que se garantizará la plena efectividad de las leyes y las políticas acordadas en la UE»: *Dictamen (2006/C 24/13) del Comité Económico y Social sobre el tema «Mejorar la aplicación de la legislación comunitaria»*, de 28 de septiembre de 2005 (DO n° C 24, de 31 de enero de 2006, p. 52), n. 4.1.6.

⁴³ Vid. METCALFE, L.: «After 1992: Can the Commission Manage Europe?» en *Australian Journal of Public Administration*, v. 51, 1992, pp. 117-130; PETERS, B.G.: «The Commission and Implementation in the European Union: Is There an Implementation Deficit and Why?» en *At The Heart of the Union. Studies of the European Commission* (Ed. N. NUGENT), 2nd ed., Palgrave, pp. 190-205; LAMPINEN, R. and UUSIKYLA, P.: «Implementation deficit: Why member states do not comply with EU directives?» en *Scandinavian Political Studies* 21(3), 1998, pp. 231-251.

Aunque suele considerarse que la manifestación de las carencias ejecutivas de las Comunidades Europeas se produjeron cuando la fase «legislativa» de la integración europea se había consolidado en la década de los ochenta del pasado siglo, lo cierto es que las limitaciones ejecutivas europeas han sido una constante del proceso de integración cada vez que en su derrota se propugnó la atribución de competencias ejecutivas a las Instituciones europeas. Y es que, desde una perspectiva más teórica, ese «déficit ejecutivo» responde a una determinada concepción de la integración europea, cercana a las posiciones que la interpretan como una mera Unión de Estados encaminada a la armonización de sus legislaciones alrededor del núcleo central del mercado interior. Lejos de esta concepción el otorgar a las Comunidades Europeas los medios humanos, orgánicos, jurídicos y presupuestarios adecuados para garantizar, en última instancia, la ejecución del Derecho que la organización supranacional podía alumbrar por esa misma organización. El último y decisivo reducto de la soberanía quedaba garantizado en manos de los Estados. El drama de los federalistas europeos (el caso de HALLSTEIN es paradigmático) fue toparse de bruces ante la cruda realidad de la incapacidad ejecutiva de la Comisión, impotente pese a la veste más bien retórica del Tratado, y a la que consideraban vanguardia de una futura Federación europea.

La primera vez que se utilizó la expresión «déficit ejecutivo» no fue en la década de los noventa, como habitualmente se piensa. Hay que remontarse a los orígenes de la unión monetaria (Plan Werner, 1970) y a la literatura y documentos que generó. Entre ellos, el Grupo de Estudio *Federal Trust/UACES*⁴⁴, compuesto por expertos del *Civil Service*, denunció que la citada iniciativa en el plano monetario y económico fracasaría inevitablemente por una inadecuada capacidad administrativa de la Comisión y criticó el Tratado de Roma por contener un fatídico «déficit ejecutivo» (*implementation deficit*). Según el *Federal Trust/UACES*, la escala masiva de transferencias de recursos entre las diferentes regiones de la Comunidad, que precisaría la implantación de una moneda única, así como la voluntad política de enmascarar su magnitud dándoles forma de impuestos comunitarios antes que contribuciones directas desde los presupuestos de los Estados, «reforzará el argumento en pro de un presupuesto comunitario sustancial... y requerirá una maquinaria administrativa considerable, incluso si la ejecución de las políticas comunitarias se encuentra descentralizada en los Estado miembros»⁴⁵.

Más recientemente, METCALFE ha sido uno de los grandes estudiosos de este problema⁴⁶. Según sus palabras, «la Unión Europea adolece de un déficit ejecutivo que es, cuando menos, tan importante para su credibilidad y efectividad como lo es el

⁴⁴ «The Administrative Implications of Economic and Monetary Union within the European Community. Report of a Federal Trust/UACES Study Group» en *Journal of Common Market Studies*, vol. 12, n° 4, 1973.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 423.

⁴⁶ METCALFE, L.: «After 1992: Can the Commission Manage Europe» en *Australian Journal of Public Administration*, vol. 51(1), pp. 117-130.

déficit democrático para su legitimidad»⁴⁷. Siguiendo a este autor, un completo diagnóstico de la cuestión debe tener en cuenta tres aspectos fundamentales del déficit ejecutivo que comprenden desde la formulación de las políticas hasta la ejecución de las mismas, pasando por su adopción. En primer lugar, la Unión Europea se ha mostrado más propicia para adquirir nuevas responsabilidades políticas que para gestionarlas de una manera sistemática y correcta. El proceso político de la Unión Europea está más orientado hacia la invención de políticas que hacia la innovación en su gestión. En segundo lugar, es preciso destacar la falta de correlación entre las competencias jurídicas y las capacidades para gestionarlas. Crear responsabilidades jurídicas no garantiza que existan los recursos administrativos oportunos para ejecutar nuevas políticas donde y cuando se precisan. El vacío resulta especialmente difícil de llenar en un sistema plural donde las competencias están localizadas en el nivel europeo pero las capacidades necesarias para llevarlas a efecto deben ser distribuidas a diferentes niveles de gobierno por los Estados miembros. En tercer y último lugar, hay que advertir que el problema del déficit ejecutivo es un problema de éxito. «Los avances realizados –según METCALFE– en el programa de 1992 sobre el mercado único se basaron en gran medida en una filosofía desreguladora de integración negativa con eslóganes como «derribar las barreras» y «eliminar los costes de la No-Europa». Lo que entonces era evidente, pero que sólo paulatinamente ha calado en la conciencia pública es que hacer funcionar el Mercado Único (y casi todo lo demás en la Unión Europea) también requiere integración positiva. Los recursos para gestionar con eficacia las políticas europeas son a menudo inadecuados y con frecuencia pobremente coordinados. Nuevas y más sólidas estructuras de gobierno son necesarias para conseguir que el sistema funcione correctamente ahora y se prepare para el futuro. Levantar adecuadas estructuras de gobierno implica resolver problemas a gran escala de desarrollo institucional y establecer medios, lo que trasciende meros cambios en la organización interna de la Comisión. Los mercados no funcionan en un vacío institucional»⁴⁸.

Esta tradicional preterición del «ejecutivo» europeo responde a que el proceso de integración europea se sigue comprendiendo como un ejercicio de diplomacia internacional que se manifestaría básicamente a través de su expresión legislativa. El grado de madurez y complejidad alcanzado por dicho proceso lo ha hecho enfrentarse al problema de la ejecución de la legislación en él alumbrado y evidencia los elementos estructuralmente administrativos que en gran medida han determinado la originalidad del proceso de integración europea⁴⁹. Esta situación responde igualmente a

⁴⁷ METCALFE, L.: «Evaluation Medicine European Agency (EMEA): Innovation in European Public Management» en *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance* (Dir. G. Majone), Report Presented to the Commission, Florence/Maastricht 1999, p. 181.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ LINDSETH, P.L.: «Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community» en *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99(3), pp. 628-738; «The Contradictions of Supranationalism: Administrative Governance and Constitutionalization in European Integration Since the 1950s» en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, vol. 37(2), pp. 363-406.

la evolución política general de preeminencia del ejecutivo sobre el legislativo, sólo que en el seno de la Unión Europea este fenómeno presenta caracteres propios y peculiares. Necesidades funcionales han llevado a la aparición de nuevos protagonistas y a la evolución del proceso de adopción de decisiones. Según DEHOUSSE, «estas tendencias han conducido a la emergencia de redes burocráticas transnacionales y al fortalecimiento de las fases administrativas del proceso de adopción de decisiones a expensas del componente legislativo. Principios constitucionales han sido invocados con frecuencia como freno a este proceso. El Tribunal de Justicia Europeo ha intentado preservar la primacía de los procedimientos legislativos estableciendo límites a lo que puede ser delegado a entes tecnocráticos como los comités de la ‘Comitología’ o las agencias especializadas. Principios básicos (como el concepto de ‘equilibrio institucional’) que han sido instrumentalizados por aquellos que intentan oponerse a las tendencias arriba citadas, especialmente la Comisión Europea»⁵⁰.

En un discurso sobre las capacidades ejecutivas de la Unión Europea, sin embargo, no se puede dejar de matizar el modelo general de ejecución, condicionado por la previa división del poder político en la Unión y en sus Estados miembros. Este marco constitutivo básico, tanto europeo como nacional, que parte ineludiblemente de diferentes modelos competenciales (supranacional, estatal, regional y local), constituye un elemento estructural específico del proceso de ejecución del Derecho Europeo que impide, de entrada, la mera aplicación de un modelo ejecutivo jerarquizado, basado exclusivamente en la vinculatoriedad del Derecho y en la utilización de instrumentos ejecutivos coercitivos (inspecciones, sanciones, etc.), de carácter eminentemente unilateral y de naturaleza preferentemente jurídica.

Sin prescindir de esta perspectiva —que debe ser el punto de partida—, la compleja realidad política, jurídica y social de la Unión Europea y de sus Estados miembros obliga a complementarla con una aproximación más política, en el marco de lo que se ha teorizado como «integración deliberativa». Conforme a ella, la ejecución del Derecho Europeo deviene igualmente una cuestión «política» en la que la imposición unilateral cede, en ocasiones, ante la necesidad de conciliar bilateralmente intereses contrapuestos o de armonizar culturas administrativas diferentes a la hora tanto de identificar los problemas como de elegir las soluciones adecuadas⁵¹. En esta línea se sitúa toda la acción europea encaminada a crear foros, cauces de diálogo⁵², redes

⁵⁰ DEHOUSSE, R.: «Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance» en *Good Governance in Europe's Integrated Market* (ed. C. JOERGES Y R. DEHOUSSE), OUP, Oxford 2002, p. 228.

⁵¹ TALLBERG, J. P y JÖNSSON, Ch., *Compliance Bargaining in the European Union*, Presentation at ECSA's 2001 International Conference, May 31- June 2, 2001, Madison, Wisconsin, pp. 1-38, quienes hablan significativamente «de la negociación a la sombra del voto a la negociación a la sombra de la ley».

⁵² Un buen ejemplo lo constituyen los conocidos como «package meetings», definidos por la Comisión como «un instrumento de diálogo entre la Comisión y los Estados miembros encaminado a alcanzar soluciones extrajudiciales a litigios pendientes relativos al cumplimiento nacional del Derecho Europeo»: Comunicación de la Comisión *Aprovechar al máximo el mercado interior. Programa Estratégico*, COM(1993) 632final, Bruselas, 22 de diciembre de 1993, p. 13. Se trata de reuniones organizadas en las capitales de los Estados miembros, en las que se dan cita funcionarios de la Comisión y del

o estructuras mixtas (europeas-nacionales), a establecer mecanismos de cooperación interadministrativos o a fomentar la formación y el intercambio de funcionarios nacionales y europeos.

Hay que precisar, igualmente, que al hablar de las capacidades ejecutivas de la Unión Europea se suelen incluir, desde una perspectiva negativa, esas potestades jurídicas y esos medios materiales encaminados a controlar el cumplimiento y sancionar el incumplimiento de los Estados miembros, mientras que, desde una aproximación positiva, se añaden los mecanismos para incentivar y estimular una correcta ejecución del Derecho Europeo por esos Estados⁵³. Lo que ocurre es que esta orientación exclusiva hacia los instrumentos de los que la Unión Europea dispone para asegurar que los Estados aplican correctamente el Derecho Europeo soslaya las propias capacidades de ejecución y de gestión directa de la propia Unión, independientemente de los Estados. Y es que la Administración europea no sólo «ejecuta» el Derecho Europeo en relación mediática con los Estados miembros, sino que cada vez más lo aplica inmediatamente en relación con los administrados europeos.

El surgimiento de una función ejecutiva a desempeñar a escala europea y, consecuentemente, de una función administrativa europea viene originado en la ampliación competencial de las Comunidades y de la Unión. Aumento competencial que se caracteriza no tanto por su faceta cuantitativa sino cualitativa, en la medida en que las Comunidades y la Unión habrían, si no devenido, sí estarían en proceso de convertirse en un «ente con competencia general que dispone aproximadamente de las estructuras y de las actividades tanto de dirección política como administrativas de los Estados miembros. El originario Ordenamiento de funciones determinadas se ha transformado en un Ordenamiento de funciones no enumeradas, similar al de los poderes públicos generales»⁵⁴.

De hecho la propia Comisión Europea no ha sido ajena a este proceso de creciente implicación en la fase ejecutiva del Derecho y de las Políticas europeas. No han faltado voces que desde posiciones políticas (intergubernamentalismo) o académicas han reclamado la restricción de la actuación europea a la fase de formulación de la normativa y de las políticas europeas, dejando la fase de ejecución por completo a los Estados miembros. Sin embargo, la separación radical entre ambas fases (formulación y ejecución) se revela cada vez más artificiosa y así lo ha entendido la

Estado miembro en cuestión. Contribuyen a que ambas partes identifiquen los problemas, así como sus soluciones prácticas. Se ha recurrido a estas reuniones sobre todo en los ámbitos de la libre circulación de bienes y de la contratación pública, aunque últimamente se han extendido igualmente a las cuestiones específicas suscitadas por la transposición de las Directivas sobre mercado interior, con vistas a anticiparse a los problemas que pudieran plantearse.

⁵³ TALLBERG, J.: «Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union» en *International Organization*, 56(3), 2002, p. 610, quien considera que, desde el punto de vista del cumplimiento del Derecho Europeo por los Estados miembros, la Unión Europea se caracteriza por una armoniosa combinación del modelo ejecutivo (*enforcement*) y del modelo de gestión (*management*).

⁵⁴ FRANCHINI, C.: «L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'Amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi» en *RTDPC*, 1991, p. 776.

Comisión, consciente de que su función originaria de propuesta es cada vez más dependiente de la información y problemática que se genera en sede de aplicación⁵⁵.

Tradicionalmente despreciado, el poder ejecutivo europeo se revela cada vez más decisivo para explicar en gran medida la crisis del proceso de integración europea. La propia credibilidad de la Unión Europea va a depender de los medios con los que cuenta para hacer efectivo y eficaz su Derecho y sus Políticas. Es por ello que el déficit ejecutivo europeo pueda ser considerado un elemento más en la problemática general de la legitimidad del proceso de integración⁵⁶. «Si las normas europeas no son ejecutadas de acuerdo con sus finalidades, los beneficios potenciales de desarrollar normas comunes se verían frustrados. A largo plazo, es probable que un bajo nivel de ejecución o diferencias significativas de cumplimiento entre Estado miembros pueda socavar el apoyo a las integración europea»⁵⁷. La encrucijada del Poder Ejecutivo europeo encuentra decisivamente su solución en dotarse de una auténtica Administración europea capaz de ejecutar y de garantizar el cumplimiento del Ordenamiento europeo. Tal y como sentencia BLUMANN, «una entidad política no adquiere una verdadera autonomía, e incluso una verdadera identidad, sino cuando dispone –además de los medios financieros– de los medios administrativos para alcanzar por ella misma los objetivos que le han sido asignados»⁵⁸.

2. El elusivo concepto de «Administración europea»

La articulación constitucional de la ejecución del Derecho Europeo en virtud del principio de ejecución o de administración indirecta suponía, desde el punto de vista estrictamente comunitario, la negación apriorística de la existencia de una Administración europea, que ni siquiera formalmente se reconoce, salvo en el ámbito interno (Función Pública, contratación administrativa, etc.).

En la Unión Europea, Instituciones y Administración comunitaria son dos realidades que resultan en ocasiones difíciles de distinguir. En realidad, su comparación o distinción no deja de ser imposible en la medida en que nos encontramos con conceptos que operan en planos semánticos diferentes. En efecto, la alternativa «Instituciones» y «Administración» europeas no es dicotómica, pues responden a realidades diferentes. En lo que respecta a las «Instituciones», se trata de un concepto formal derivada de la caracterización convencional de determinados órganos europeos a los que se cualifica como tales. La contraposición, pues, del término «Instituciones» es simplemente «órganos» e, incluso, «organismos», según la evolución nominal del Derecho Europeo (Tratado Constitucional, Legislación). Por su parte, la expresión «Admi-

⁵⁵ BAUER, M.W., *A Creeping Transformation? The European Commission and the Management of EU Structural Funds in Germany*, Kluwer, Dordrecht/Boston/London 2001, p. 15.

⁵⁶ CINI, M.: «Implementation» en *European Union Politics* (Ed. M. Cini), OUP, Oxford 2003, pp. 349-364.

⁵⁷ SVERDRUP, V., *Implementation and European integration ... op. cit.*, p. 6.

⁵⁸ BLUMANN, C., *La fonction législative ... op. cit.*, p. 142.

nistración», utilizada en el contexto europeo, obedece a una perspectiva material acuñada atendiendo a la propia función administrativa ejercida por algunos órganos europeos (sean o no Instituciones). Desde este punto de vista, la contraposición de «Administración» será el ejercicio del poder no administrativo: judicial (Tribunal de Justicia), legislativo (Parlamento Europeo, Consejo y, con peculiaridades, Comisión) e, incluso, ejecutivo (en cuanto poder político de gobierno en el nivel constitucional).

Aunque se trate de una perspectiva sectorial, el estudio del «aspecto institucional» de la Función Pública comunitaria resulta determinante para comprender el proceso que se opera en las Comunidades Europeas de creación de un «aparato institucional» que requiere la organización de un «aparato administrativo» al servicio de «una responsabilidad política interna para el funcionamiento de dicho aparato que, por su propia metodología y concurrencia de personal especializado, contribuya a elaborar decisiones que deban adoptar los órganos comunitarios y a velar por los intereses comunes.

En el diseño institucional originario, el Consejo era un órgano multinacional que representaba los intereses nacionales, mientras que la Comisión era un órgano supranacional que defendía los intereses comunitarios. Ciertamente, ni en la estructura primigenia ni en el desarrollo histórico del sistema institucional estaba presente en la articulación de aquel el principio de separación de poderes de forma que cada órgano fuese el titular de cada una de las funciones de la organización. No obstante, pese a que el Consejo puede excepcionalmente reservarse la ejecución del poco Derecho Comunitario que corresponde a las Comunidades, sustrayéndole tal tarea a la Comisión, ésta es sin duda la Institución de la que con más propiedad se ha podido siempre hablar de «poder ejecutivo» y a la que, debido a sus funciones, se ha adscrito una auténtica Administración comunitaria. Incluso el propio Tribunal de Justicia ha considerado que es la Comisión la Institución más adecuada para ejercer competencias de ejecución y actuar como una auténtica Administración del Derecho Europeo. Así lo reconoció en el asunto *Rey Soda*⁵⁹ cuando, en los orígenes de la Política Agrícola común y de la Comitología que en ella surge, bendijo las delegaciones de competencias de ejecución decididas por el Consejo en favor de la Comisión por ser ésta la única Institución en condiciones de seguir, de manera constante y atenta, la evolución de los mercados agrícolas y de actuar con la urgencia que requiera la situación.

Lo hasta ahora expuesto en los apartados anteriores puede servir como una primera aproximación funcional de lo que cabría entender por «Administración europea». A saber, toda esa función de ejecución del Derecho europeo llevada a cabo por las Instituciones (Comisión y Consejo), órganos (Banco Central Europeo y Banco Europeo de Inversiones) u organismos (Agencias europeas) que forman parte del Poder Público europeo.

Sin embargo, desde una perspectiva formal, interna o instrumental (esto es, atendiendo a la actividad referida al personal, a la contratación pública, etc.), Instituciones y Administración europea son dos realidades diferentes que, no obstante, resul-

⁵⁹ *Rey Soda*, 30 octubre 1975 (23/75), *Rec.*, p. 1279, n. 11.

tan en ocasiones difíciles de distinguir. Los empleados de la Unión Europea que trabajan al servicio de sus Instituciones, órganos y organismos, vistos ahora, unas y otros, no tanto en su faceta institucional como en su subyacente realidad administrativa. Efectivamente, cada Institución y cada órgano cuenta con el imprescindible aparato de medios personales y materiales con el que llevar a cabo las tareas que los Tratados y sus normas de creación les encomiendan. No obstante, hablar en este contexto de una «Administración europea» supone referirse continuamente a una ficción jurídica acuñada por el Tratado de fusión de Ejecutivos de 1965 para acentuar la unidad funcional de las tres Comunidades Europeas y considerar que los funcionarios y agentes de cada una de las Comunidades pasaban a ser funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas, formando parte de la «Administración única» de dichas comunidades. De esta forma y desde esta perspectiva, bajo el término «Administración europea» se incluye una abstracción de todos los aparatos administrativos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión europea, y del que la jurisprudencia y, cada vez más, la doctrina, se sirven como lugar común, en parte por mimetismo con las realidades nacionales, en parte para no confundir las actuaciones institucionales y administrativas en el seno de una Institución u órgano.

Bajo el término «Administración europea» se sitúa, por un lado, lo que se podría denominar «Administración de las Instituciones» y, por otro, los órganos y organismos creados por el Derecho originario o derivado para la realización de actividades administrativas especializadas desde una posición de independencia (Banco Central Europeo) o de autonomía funcional (Agencias europeas).

En este contexto, el término «Instituciones» no se refiere exclusivamente a lo que los Tratados consideran como tales, esto es, Parlamento, Consejo, Comisión, Tribunal de Justicia y Tribunal de Cuentas, sino que se incluye igualmente las equiparaciones que lleva a cabo el principal texto normativo de Derecho Administrativo comunitario (el Estatuto de funcionarios): el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y el Defensor del Pueblo.

Dentro de éstas Instituciones, resulta imprescindible realizar una distinción básica entre la Comisión, el Consejo y el resto de Instituciones. En efecto, la Comisión es la Institución a la que con más propiedad se ha podido siempre considerar «ejecutivo europeo» y a la que, debido a sus funciones, se ha adscrito una auténtica Administración comunitaria, con una funcionalidad vertical específica, pues los ejecutores naturales del Derecho Comunitario son las Administraciones nacionales de los Estados miembros. En un alarde de simplismo reduccionista se ha venido identificando «Administración europea» con «Comisión Europea». Si ni siquiera desde un punto de vista funcional la ejecución supranacional del Derecho Europeo ha sido prerrogativa exclusiva de la Comisión, desde un punto de vista formal e instrumental ya hemos señalado la imprecisión de tal identificación. Sea como fuere, la evolución administrativa europea no puede prescindir de las Instituciones y órganos que se han visto atribuidas tal función.

Por su parte, el desarrollo con carácter intergubernamental de las políticas de la Unión Europea ha llevado a que se establezcan en el seno del Consejo unos servicios administrativos considerables y complejos, en especial la Administración político-

militar al servicio de la Política Exterior y de Seguridad Común. Del resto de Instituciones mal puede predicarse la existencia de una Administración, pues en tales casos apenas sí puede hablarse de aparatos burocráticos al servicio de las Instituciones y que les sirven de infraestructura para el cumplimiento de los fines institucionales que los Tratados les han confiado. Su función se limita, pues, a la de un tradicional Secretariado de una organización internacional. Así, resulta revelador que la organización administrativa al servicio del Parlamento se denomine oficialmente «Secretariado General».

Así pues, en un sentido amplio y horizontal, bajo el término «Administración europea» se incluye una abstracción de todos los aparatos administrativos de las Instituciones y órganos de las Comunidades Europeas, y del que la jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina, se sirven como lugar común, en parte por mimetismo con las realidades nacionales, en parte para no confundir las actuaciones institucionales y administrativas en el seno de una Institución u órgano. No obstante, en un sentido restringido y funcional y desde una aproximación vertical, la Administración europea es la estructura orgánica encargada de ejecutar a escala europea el Derecho y las Políticas de la Unión.

Otros autores prefieren prescindir de la expresión «Administración europea» al ampliar la perspectiva funcional de su análisis. Y es que si es necesario incluir a todos los actores ejecutivos del Derecho Europeo, evidentemente no se puede prescindir de las Administraciones de los Estados miembros. Por eso ZILLER habla de «autoridad administrativa de la Unión», entendida como «el ejercicio de una función de aplicación de la legislación y de las políticas de la Unión Europea, por las instituciones pertinentes de la Unión y de sus Estados miembros, respetando principios comunes cuya aplicación se garantiza mediante los mecanismos de control previstos tanto para las instituciones de la Unión como para aquellas de los Estados miembros»⁶⁰.

V. HACIA UNA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA EUROPEA

CHITI y FRANCHINI han hablado abiertamente de «spill over» administrativo⁶¹, transponiendo análisis funcionalistas a la realidad administrativa europea y extrayendo de la misma consecuencias igualmente trascendentales para el proceso de integración. Ciertamente, el mecanismo de *engranage* propio de tal explicación del proceso de integración quizás se acomode mejor al nivel administrativo que al político: que la solución de un problema previo plantee igualmente la necesidad de soluciones ulteriores al erigirse en sí mismo en un nuevo problema, es más fácil que se abra camino en un ámbito menos sensible como el administrativo. Al fin y al cabo, un «spill over» político siempre precisará de una decisión cualitativamente compleja

⁶⁰ ZILLER, J.: «L'autorité administrative dans l'Union européenne» en *L'autorité de l'Union européenne* (dir. L. AZOULAI et L. BURGOGUE-LARSEN), Bruylant, Bruxelles 2006, p. 122.

⁶¹ CHITI, E. y FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bolonia 2003, p. 22.

en la que se precise la concurrencia de múltiples factores, y no sólo la imprescindible voluntad común de los Gobiernos de los Estados miembros. En última instancia, la imperceptible y callada institucionalización de una Administración europea ha sido la garante silente más eficaz del proceso de integración europea, sometido a embates políticos de compleja resolución que si no han puesto en peligro el proceso en sí, al menos lo han desviado de su derrota originaria y lo han llevado por sendas oscuras de imprevisible resultado.

Una explicación administrativa de la integración europea no puede dejar de ser complementaria en un proceso de naturaleza eminentemente política. Quizás por ello esa perspectiva ha sido sistemáticamente preterida. Sin embargo, para comprender adecuadamente hoy día a la Unión Europea no se puede soslayar el formidable aparato administrativo instaurado por aquella para la ejecución del Derecho y de las Políticas de la Unión. La Administración europea es, pues, una realidad de la que no se puede prescindir.

Paradójicamente con el término actual de la integración europea, los orígenes de la misma se caracterizan –por debajo de su formato iusinternacionalista– por la naturaleza más bien administrativa de sus instituciones, fines e instrumentos jurídicos. La CECA no era una organización política, sino una auténtica Administración internacional con la originalidad de su carácter supranacional. La retórica política que la envolvía no podía engañar sobre los modestos objetivos de gestión de la industria del carbón y del acero; la supranacionalidad de la Alta Autoridad no podía confundir su carácter burocrático y tecnocrático; mientras que la intencional denominación de sus actos jurídicos reflejaba a las claras la naturaleza de los instrumentos que se habían asignado a la novedosa entidad.

Este origen formal y sustancialmente administrativo de la integración europea en sus técnicas, en sus competencias y en su complejo orgánico-institucional configuraba a las Comunidades Europeas como un instrumento de los Estados miembros para la consecución de los objetivos establecidos para aquellas, sustrayéndolas a los vaivenes singulares según sus alternativas parlamentarias internas. Particular importancia presentaba la estricta delimitación del objeto de la primera Comunidad, así como que ésta se viera circunscrita a decisiones y ámbitos técnicos sometidos exclusivamente a un control de legalidad por parte de un Tribunal europeo propio de esa Comunidad. De hecho, al ampliar el objeto de la integración en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, la formalidad instrumental (vía control por los Estados) se agudiza y explicita.

Sin embargo, de esa dimensión administrativa, configurada como instrumental por los Estados miembros, las Instituciones supranacionales de las Comunidades van a extraer la dimensión política del supranacionalismo⁶². Primero fue la Comisión, con el activismo político-administrativo de su Presidente HALLSTEIN, que se saldó con el pulso institucional entre la Comisión y el Consejo, del cuya derrota aquella no ha terminado de recuperarse desde entonces. Segundo, y más eficazmente, fue la la-

⁶² Vid. AREILZA, J.M.: «Sovereignty or Management? The Dual Character of the EC's Supranationalism - Revisited» en *Jean Monnet Working Papers*, 2/95.

bor del Tribunal de Justicia, con su decisiva jurisprudencia de la década de los setenta, que cualitativamente transformó el Ordenamiento y las Instituciones europeas a través de sus decisiones sobre la primacía y la eficacia directa del Derecho europeo, basadas, por un lado, en los derechos individuales de los ciudadanos no sólo frente al nuevo Poder público europeo alumbrado por los Tratados sino también frente a los mismísimos Estados miembros y, por otro, en la necesidad de una ejecución uniforme del Derecho europeo.

Este proceso de constitucionalización del proceso de integración, que hunde sus raíces en la década de los sesenta y que culmina en el Tratado Constitucional de 2004, no puede en cambio soslayar su estructura fundamentalmente administrativa que, originariamente, articulaba la intergubernamentalidad del mismo. Es esta esquizofrenia de la dimensión administrativa del proceso de integración –al servir tanto a los fines federalistas como a los intergubernamentales– lo que explica la peculiar y siempre insegura posición de la Administración europea, escenario callado de las luchas entre los Estados y la Unión. Sin embargo, su presencia en el proceso de integración siempre ha sido real, afirmándose poco a poco en detrimento precisamente de las competencias y de las reticencias de los Estados miembros, hasta el punto de que hoy en día se erige no ya en un factor o actor más del proceso de integración sino que las complejidades e incertidumbres a las que se enfrenta hoy día la Unión política sitúan a la Administración europea en una posición privilegiada para impulsar la construcción europea.

De esta forma, la dimensión administrativa del proceso de integración no sólo sustenta la dimensión política de éste sino que además se institucionaliza con reglas y lógica propia, permitiendo identificar una integración administrativa singular, mucho más rica, compleja y dinámica que la estricta integración política.

Los intentos políticos de constitucionalizar la Unión Europea, erigiéndola en una entidad autónoma con una legitimación diferente a la que le confieren los Estados miembros, se ha saldado en el rotundo fracaso del Tratado Constitucional. Más aún, el número y heterogeneidad actual de los Estados miembros parecen vedar cualquier avance futuro en esa dirección.

Ante este camino sin salida en el que se encuentra la constitucionalización de la Unión Europea, se revela el valor de la dimensión administrativa de aquella como factor privilegiado de integración. En efecto, por debajo de la retórica política que enardece a los ingenuos europeístas y que escandaliza a los pusilánimes euroescépticos, el futuro inmediato de la Unión Europea pasa por la consolidación orgánica y jurídica de una Administración europea que legitime el proceso de integración en la consecución eficiente y eficaz de intereses europeos que respondan a las necesidades de los ciudadanos europeos que los Estados singularmente son incapaces de satisfacer.

La conjunción de los intereses europeos y nacionales, así como la articulación de las relaciones entre ambos niveles, resulta más fácil de conseguir en el plano administrativo. Piénsese en los procedimientos comitológicos, en la estructura y composición orgánica de las Agencias europeas, en los instrumentos operativos de la Política Europea de Seguridad y Defensa o en los mecanismos ejecutivos implantados en la Cooperación Policial y Judicial en materia penal.

Llegaríamos, así, a una «Gobernanza administrativa» de la Unión Europea⁶³ que, una vez más, serviría de catalizador de la frustrada «Gobernanza política» de los Tratados.

RESUMEN: *La acción administrativa de la Unión europea ha experimentado una profunda transformación en los últimos treinta años, como consecuencia directa del nuevo papel ejecutivo asumido por la Comisión en el sistema institucional europeo. En efecto, en la evolución de la integración europea, en los años ochenta se llegó a un punto en el que su núcleo principal y aglutinador, el mercado interior, había alcanzado tal grado de implantación que para entonces se enfrentaba al reto de una efectiva aplicación y salvaguarda, una vez que el Derecho europeo se había implantado a través de una acción europea fundamentalmente de aproximación de legislaciones. En el marco de esta acción europea, la ejecución del Derecho Comunitario se dejó en manos de los Estados miembros («administración indirecta»). Sin embargo, en la década de los ochenta esa «administración indirecta» se reveló insuficiente para asegurar una efectiva ejecución, amén de nuevas necesidades uniformes de aplicación en ámbitos recientemente incorporados a los Tratados (especialmente, políticas sociales). Sin embargo, la desconfianza de los Estados miembros respecto a la creación de una auténtica «Administración europea», condujeron a una inadecuada asunción de estas tareas por la Comisión, quien careció desde el primer momento no sólo de medios humanos y materiales, sino también de una adecuada organización administrativa interna con la que responder a estas nuevas competencias «ejecutivas».*

PALABRAS CLAVE: Administración europea. Ejecución. Gobernanza administrativa.

ABSTRACT: *The administrative action of the European Union has undergone a profound transformation in the last thirty years, a direct consequence of Commission's new executive role within the European institutional framework. In fact, with the evolution of European integration, there reached a point, in the nineteen-eighties, in which its principal and unifying nucleus, the internal market, had established itself to such a degree that the latter now faced the challenge of effectively applying and safeguarding itself once the European law had been put in place by way of a European action that was fundamentally an approximation of the laws. Within the framework of this European action, the implementation of European law was left to Member States («indirect administration»). However, in the nineteen-eighties this «indirect administration» was found to be insufficient for ensuring effective implementation, except in the case of the new need for uniform application in areas recently incorporated into the Treaties (in particular, social policy). Nonetheless, the distrust of Member States with regard to the creation of a genuine «European Administration», resulted in the Commission's inadequate assumption of these tasks, it being lacking from the start not only in staff and resources, but also with respect to an adequate internal administrative structure with which to handle its new «executive» competences. Likewise, there is a dispersal of the European executive function among Institution (Council: comitology and CFSP) and other bodies (European Central Bank and Agencies) All this has rightly led to talk of a European «executive deficit».*

KEY WORDS: European Administration. Implementation. Administrative Governance

⁶³ HOFMAN, H.C.H. y TÜRK, A. (Ed.), *EU Administrative Governance*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham.

LA UNIÓN EUROPEA COMO ACTOR DE GOBERNANZA CLIMÁTICA

BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS

Catedrática de Derecho Comunitario de la Universidad de Deusto

SUMARIO: I. Introducción. II. El cambio climático: una amenaza global: 1. *Un deterioro medioambiental: aumento de la temperatura y alteración de los patrones climáticos.* 2. *Un problema de pobreza: escasez de recursos y vulnerabilidad de los países en desarrollo.* 3. *Un riesgo para la seguridad internacional: la multiplicación de crisis humanitarias y conflictos regionales.* III. La estrategia de la UE en la lucha global contra el cambio climático: 1. *Su participación en la diplomacia climática internacional: promoviendo el multilateralismo efectivo.* 2. *Acción e instrumentos propios contra el cambio climático: más allá de los compromisos internacionales.* 3. *Ante un nuevo acuerdo multilateral sobre el clima: propuestas de la UE para una economía mundial más sostenible.* IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático constituye uno de los problemas medioambientales que mayor atención científica, política y diplomática suscita actualmente a nivel mundial. También conocido como «el calentamiento global», el cambio climático y sus efectos han dejado de ser una predicción científica para transformarse, desde hace años, en una realidad perceptible en todas las partes del planeta: aumento del nivel del mar, fenómenos climáticos extremos, escasez de lluvias y de agua potable, etc. Más allá de la amenaza medioambiental que representa, el cambio climático tiene, además, repercusiones socioeconómicas de gran envergadura, especialmente en aquellos países que cuentan con pocos recursos para adaptarse y mitigar sus consecuencias.

Los Estados europeos, al igual que EEUU y el resto de países avanzados, son los causantes directos del incremento progresivo de la temperatura provocado por la concentración de gases de efecto invernadero derivados de su desarrollo industrial. El control y la reducción de estas emisiones son las principales armas para

combatir el deterioro medioambiental. El esfuerzo a desplegar depende, principalmente, de la voluntad política y de la capacidad de reacción de los países industrializados, así como del grado de solidaridad que expresen con otros Estados en vías de desarrollo, muchos de los cuales padecen ahora, además de sus penurias estructurales, las consecuencias del cambio climático.

Desde principios de los años 90, la Unión Europea (UE) ha venido participando de forma muy activa en los diferentes foros internacionales que abordan la lucha contra el calentamiento global del planeta. Su papel ha consistido, no sólo en impulsar la adopción de compromisos que vinculen principalmente a las potencias mundiales, sino también en liderar el camino, asumiendo de forma anticipada, e incluso superando, los mecanismos internacionales de reducción de emisiones.

Este artículo analiza en una primera parte el cambio climático como una amenaza global, con objeto de resaltar no sólo su carácter de problema medioambiental, sino también la multiplicación de efectos devastadores que tiene para el desarrollo mundial y la seguridad internacional. La segunda parte examina el papel desempeñado por la UE en la diplomacia climática mundial, su participación en los principales foros internacionales y su activismo en pro de la asunción de compromisos globales. Destacada su labor de impulso, el artículo se detiene, a continuación, en los instrumentos específicos de la política europea contra el cambio climático, valorando su coherencia con las obligaciones internacionales y en la perspectiva de un nuevo acuerdo mundial sobre el clima.

II. EL CAMBIO CLIMÁTICO: UNA AMENAZA GLOBAL

El calentamiento global del planeta es una de las amenazas más graves a las que se ha enfrentado nunca la Humanidad. Sus repercusiones son perceptibles, no sólo desde el punto de vista medioambiental, sino también económico y social, representando al mismo tiempo un riesgo para la seguridad internacional.

1. Un deterioro medioambiental: aumento de la temperatura y alteración de los patrones climáticos

El cambio climático es un problema medioambiental real, contrastado científicamente y causado por la acción del Hombre. Su origen se encuentra en la emisión a la atmósfera de grandes cantidades de gases, como el dióxido de carbono (CO₂), el óxido nitroso y el metano, entre otros. En cantidades aceptables, la liberalización de estos gases es necesaria para que la temperatura del planeta no sea demasiado fría. Sin embargo, en grandes proporciones, estos gases provocan el denominado «efecto invernadero», esto es, la retención del calor del sol en la atmósfera, provocando la misma sensación de aumento de la temperatura que se alcanzaría en un invernadero que se cubriera con un cristal más grueso.

Estudios científicos ponen de manifiesto que en los últimos 150 años, la temperatura media mundial se ha incrementado en un 0,8°C, debido fundamentalmente a

las emisiones de CO₂ y otros gases de efecto invernadero, liberados por la industria, la agricultura y la combustión de fósiles. El foro internacional responsable de evaluar los datos científicos del cambio climático y sus consecuencias es el Grupo Intergubernamental de expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, en sus siglas en inglés), creado en 1988, a iniciativa conjunta del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Meteorológica Mundial. Integrado por más de 500 científicos de distintos países, el IPCC ha elaborado desde 1990 cuatro informes de evaluación, el último publicado en 2007. Según sus estimaciones, la temperatura media de la Tierra podría incrementarse entre un 1,8° y 4°C hasta 2100, en comparación con los niveles de 1990 e, incluso, podría superar los 6°C. La subida de la temperatura provocaría, a su vez, que el nivel del mar se eleve entre 18 y 59 centímetros¹.

La conjunción de ambas circunstancias, el aumento de la temperatura y la subida del nivel del mar, intensificará la frecuencia de fenómenos meteorológicos extremos, que se observan ya en numerosas regiones del planeta (lluvias violentas, ciclones y huracanes, olas de calor y sequías aún más persistentes en las regiones tropicales y subtropicales, etc.).

La alteración de los patrones climáticos está acarreado también graves consecuencias para la salud humana y animal, especialmente evidentes en los países más vulnerables. En este sentido, se observa en los últimos años un incremento de las enfermedades infecciosas sensibles al clima, como la malaria, la diarrea o la desnutrición. Estas dolencias, por sí solas, causaron en 2002 más de 3,3 millones de muertes en todo el mundo, el 29% en África².

Europa no es una excepción en este proceso de deterioro medioambiental global. De hecho, en los últimos 100 años, la temperatura en Europa ha subido casi 1°C, a un ritmo más rápido que la media mundial. La atmósfera más cálida ha incrementado considerablemente las precipitaciones y nevadas en el Norte de Europa y ha hecho más frecuentes las sequías en el Sur. En la actualidad, las regiones que se consideran más vulnerables son las siguientes: el Ártico, donde los cambios de temperatura observados son más acusados que en cualquier otra parte del planeta; los países nórdicos, en los que se registran abundantes precipitaciones, pero más en forma de lluvia que de nieve; las zonas de montaña, como los Alpes, por el deshielo generalizado, que está alterando los caudales de los ríos; las zonas costeras, por el riesgo conjunto de la subida del nivel del mar y la frecuencia de temporales y, finalmente, la cuenca mediterránea, que acusa la falta de agua provocada por las altas temperaturas y las escasas lluvias³.

¹ IPCC, *Fourth Assessment Report*, en <http://www.ipcc.ch/ipccreports/ar4-syr.htm> , pp. 2-4, (consultado el 2-6-2009).

² *Ibidem*, pp.10-12.

³ *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación para la UE*, COM (2007) 354 final de 29 de junio de 2007, p. 5.

Las consecuencias del cambio climático no se limitan al medio natural europeo, sino que se dejan sentir también en la economía y en la actividad social de numerosos sectores, especialmente aquéllos altamente dependientes de las condiciones atmosféricas (agricultura, pesca, turismo, estaciones de esquí, etc.). Las pautas de consumo energético también se ven afectadas por el cambio de las condiciones climáticas, ya que disminuye la demanda de calefacción y aumenta la de aire acondicionado y, por tanto, de electricidad. Por otra parte, las tormentas e inundaciones constituyen un riesgo constante para las infraestructuras energéticas y, en las regiones cada vez más secas, la reducción del flujo del agua dificulta la refrigeración de centrales térmicas y nucleares.

Todo lo anterior demuestra que el impacto medioambiental causado por el calentamiento global interactúa con los daños socioeconómicos, convirtiéndose en un problema global. Las predicciones sobre la distribución de estos efectos a nivel mundial apuntan a un incremento en las disparidades Norte-Sur, al son del aumento de la temperatura global.

2. Un problema de pobreza: escasez de recursos y vulnerabilidad de los países en desarrollo

Aunque el cambio climático afecta a todos los países, sus efectos negativos golpean más duramente a los más pobres, debido a su alta dependencia de los recursos naturales y a su capacidad más limitada para adaptarse y reaccionar. Entre las consecuencias más relevantes que padecen las economías en desarrollo pueden destacarse las siguientes: la disminución de la productividad agraria y la consiguiente inseguridad alimentaria, especialmente apreciable en África y Asia, la mayor incidencia de enfermedades contagiosas, como la malaria o el dengue, los daños causados por inundaciones y sequías extremas y un deterioro generalizado de los ecosistemas⁴.

Las consecuencias del calentamiento global se añaden, por tanto, a las penurias y carencias estructurales de los países más pobres, dificultando por ello el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁵.

Los países desarrollados son responsables de la mayor parte de las emisiones mundiales de CO₂ y de su impacto en el clima, por lo que deben asumir la deuda ecológica con los países más pobres. Sobre esta premisa, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC, 1992), dejó establecido que: «Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y sus respectivas capacidades. En conse-

⁴ Vid. WATKINS, K., *Report 2007/2008. Fighting Climate Change. Human Solidarity in a divided world*, UNDP, 2008, pp. 24-31.

⁵ Vid. FUNDACIÓN IPADE (coord.), *Guía básica sobre Cambio Climático y Cooperación para el Desarrollo*, Madrid, 2006, pp. 27-45.

cuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos»⁶.

Esta disposición internacional consagra lo que se conoce como el principio de responsabilidad común, pero diferenciada, o principio de la equidad medioambiental. Conforme a esta máxima, corresponde a los Estados industrializados acometer el mayor esfuerzo de reducción de emisiones contaminantes, mientras que los países pobres y en expansión económica tienen derecho a continuar con su desarrollo, tradicionalmente vinculado al uso de combustibles fósiles.

Es cierto, no obstante, que en algunos de los países de economía emergente, como China, Brasil o India, las emisiones de gases de efecto invernadero se están incrementando a un ritmo muy rápido, que podrían incluso superar el nivel de las naciones más industrializadas en los próximos años. En consecuencia, la manera más eficaz para promover la lucha contra el cambio climático en los países en vías de desarrollo y, al mismo tiempo, combatir la pobreza en los más desfavorecidos, consiste en incorporar medidas de adaptación y mitigación en las políticas de cooperación al desarrollo de los países más avanzados. En la segunda parte de este artículo se analizará en qué medida la comunidad internacional y la UE, en particular, aplican el principio de equidad medioambiental en los respectivos programas y actuaciones contra el cambio climático.

La promoción del desarrollo sostenible a través de acciones a prueba de clima («*climate proof*») coadyuva al mismo tiempo a prevenir conflictos derivados de los efectos medioambientales y socioeconómicos generados por el calentamiento global en países y regiones políticamente inestables.

3. Un riesgo para la seguridad internacional: la multiplicación de crisis humanitarias y conflictos regionales

En las últimas décadas, el calentamiento global ha multiplicado sus caras, convirtiéndose también en una cuestión de seguridad humana. Así lo dejó patente el debate sobre el impacto del cambio climático en la paz y la seguridad internacional que, por primera vez en su historia, celebró el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en abril de 2007. Conforme a los datos de esta organización, todos los llamamientos urgentes de ayuda humanitaria en 2007, excepto uno, habían tenido relación con el cambio climático⁷.

En un planeta cada vez más degradado medioambientalmente y cada vez más poblado, no resulta muy difícil percibir la relación entre cambio climático e inseguridad. Una de las tendencias que determina este binomio es la escasez progresiva de recursos naturales esenciales (alimentos, agua y energía, principalmente). Esta ca-

⁶ Artículo 2 de la CMNUCC, en <http://unfccc.int> (consultado el 15/06/2009).

⁷ Vid. Doc. SC/9000, *Security Council holds first ever debate on impact of climate change on peace, security, hearing over 50 speakers*, 17 de abril de 2007, en <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/sc9000.doc.htm> (consultado el 15/06/2009).

rencia está provocando tensiones y agravando los conflictos ya existentes en numerosas regiones del mundo. Así, en los países en vías de desarrollo, la disminución de suelo cultivable y la caída de la productividad agraria está empeorando su ya habitual situación de inseguridad alimentaria, al tiempo que está provocando, intermitentemente, subidas insostenibles del precio de los alimentos.

Al igual que la penuria de alimentos, la escasez de agua genera descontento social, pero, sobre todo, tensa las relaciones internacionales en aquellas zonas donde varios países dependen de la misma fuente de agua, como es el caso del río Nilo en África, el Jordán en Oriente Medio o el río Mekong en el sureste asiático. En estas regiones, de por sí política y socialmente inestables, la guerra por el agua no facilita la relajación de los conflictos ya existentes. La situación en Darfur, por ejemplo, es una muestra de que la crisis ecológica derivada de la desertización, falta de agua y de tierras cultivables puede exacerbar el abanico de causas sociales y políticas que subyacen en un conflicto, al punto de que algunos analistas la han considerado la primera guerra por el cambio climático en el mundo⁸.

La mayor competencia por el acceso y el control de los recursos energéticos es otra de las variables que incide en la relación cambio climático e inseguridad internacional. Casi dos tercios de las reservas mundiales de hidrocarburos se localizan en países y regiones políticamente inestables (Venezuela, Bolivia, Oriente Medio...). En el caso del gas, la mayor parte de los países de la UE dependen del suministro ruso. Sin embargo, las diferencias que la Federación Rusa mantiene con Ucrania, por éste y por otros motivos geopolíticos, han acabado afectando a los Estados de la UE en más de una ocasión⁹.

La lucha por unos recursos naturales cada vez más escasos se está produciendo en un contexto de incremento incesante de la población mundial que, según estimaciones de Naciones Unidas, podría alcanzar la cifra de los 9.000 millones de personas en 2050¹⁰. Además, la reiteración de catástrofes naturales en diversas regiones

⁸ Vid. BORGER, J., «Scorched», *The Guardian*, 28 de abril de 2007, en <http://www.guardian.co.uk/sudan/story/O,,2067637,00.html> (consultado el 15/06/2009).

⁹ Una de las más recientes sucedió en enero de 2009. Como reacción a este riesgo de desabastecimiento energético, algunos Estados miembros, como Francia, Italia y otros países del Este de Europa, se han planteado la ampliación del uso de la energía nuclear, con objeto de garantizar la seguridad energética. Sin embargo, esta opción suscita más riesgos que ventajas, en términos de seguridad, de proliferación contraria al régimen internacional y de medio ambiente, ya que servirá de poco para reducir las emisiones de CO₂; además, como ha recordado la Comisión Europea, la reactivación de centrales clausuradas en algunos Estados miembros de Europa Oriental resultaría contraria a los compromisos suscritos en las Actas de Adhesión. En un plano más multilateral, a principios de 2009 se acordó construir, con el respaldo financiero de la UE y de EEUU, un nuevo gasoducto, de 3.300 kilómetros, que unirá el mar Caspio con Europa a través de Georgia, Turquía, Bulgaria, Rumanía, Hungría y Austria. El objetivo del proyecto es abastecer de gas a Europa desde el Caspio y Oriente Próximo y limitar así la dependencia del gigante ruso. Vid. SOTO, P., «Europa del Este desafía al imperio gasista ruso. Trece países acuerdan impulsar un nuevo gasoducto para recibir combustible del Caspio y Oriente Próximo», *El Correo*, 28 de enero de 2009, p. 24.

¹⁰ Sobre esta perspectiva, vid. *World Population Prospects: The 2006 Revision*, UN Department of Economic and Social Affairs, en <http://www.un.org/esa/population/publications/wpp2006.htm> (consultado el 15/06/2009).

del planeta está provocando desplazamientos masivos de personas en el interior de los países y hacia fuera, lo que representa un riesgo geopolítico adicional.

Según las conclusiones de un estudio científico reciente, se calcula que actualmente hay en el mundo en torno a 25 millones de refugiados por cuestiones medioambientales, superando así esta cifra los 12 millones estimados de refugiados políticos. En las páginas de este trabajo, se identifican hasta 22 puntos conflictivos repartidos por todos los continentes. Por seleccionar algunos ejemplos destacados: en África, donde la desertización es acuciante, miles de personas intentan constantemente atravesar Yemen en un intento de llegar a Arabia Saudí, país que, como reacción ha levantado un muro para frenar estos desplazamientos. En Senegal, las lluvias han descendido en un 50% en los últimos 20 años, lo que dificulta el cultivo de productos, como el cacahuete, alentando, en consecuencia, la emigración hacia Europa. Contrastando con la pertinaz sequía que azota África, las inundaciones de los últimos años en Mozambique han provocado desplazamientos masivos de afectados a otros países vecinos. En el Pacífico Sur, el aumento del nivel del mar está alentando la emigración desde Tuvalu a Nueva Zelanda y, en el continente americano, la región andina también ha visto disminuir considerablemente las precipitaciones en los últimos años, lo que se relaciona con un aumento de la emigración a Europa¹¹.

Además de la competencia por los recursos naturales y la emigración masiva, las alteraciones climáticas se están convirtiendo en un factor relevante en las relaciones internacionales a medida que inciden en la geografía mundial (disputas por los inmensos recursos naturales del Ártico, como consecuencia de las rutas de navegación abiertas por el deshielo, retroceso de líneas costeras y modificación de zonas económicas exclusivas...).

Existe, por todo ello, una preocupación real, a nivel mundial, por hacer frente a estos desafíos geopolíticos derivados del calentamiento global¹². La UE, como actor que participa en la gobernanza climática mundial, ha incorporado el cambio climático como una prioridad de su acción diplomática en los organismos especializados y como uno de los ejes de su política exterior y de seguridad¹³. Este activismo en la escena internacional ha servido de estímulo a una acción común contra el cambio climático, que se ha transformado en los últimos 10 años en un referente mundial y en el apartado más consistente de la política medioambiental de la UE.

¹¹ Como predicción global, este estudio considera que los refugiados ambientales podrían llegar a los 200 millones en 2050. Vid. GEMENNE, F., *Climate Change and Forced Displacements: towards a Global Environmental Responsibility?*, Instituto de Desarrollo Sostenible y Relaciones Internacionales, París, 2006.

¹² Vid. ABBOT, CH., «Un futuro incierto: orden público, seguridad nacional y cambio climático», *Comentario FRIDE*, febrero de 2008.

¹³ Vid. *El cambio climático y la seguridad internacional*, documento del Alto Representante y de la Comisión Europea al Consejo Europeo, S113/08, 14 de marzo de 2008.

III. LA ESTRATEGIA DE LA UE EN LA LUCHA GLOBAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

Desde comienzos de los años 90, la UE ha desempeñado un papel muy activo en las conversaciones y negociaciones internacionales contra el cambio climático. Aparte de otros foros de menor alcance multilateral, la Unión concentra sus esfuerzos diplomáticos en el marco de los organismos especializados de Naciones Unidas.

Los compromisos asumidos en la escena internacional a lo largo de los últimos años constituyen la esencia de las políticas y los instrumentos adoptados por la propia UE en el ámbito interno. Este apartado analiza ambas actuaciones, internacional e interna, destacando hasta qué punto se entrelazan y resultan coherentes, ante la perspectiva de un nuevo acuerdo mundial sobre el clima.

1. Su participación en la diplomacia climática internacional: promoviendo el multilateralismo efectivo

En 1979, en Ginebra, tuvo lugar la Primera Conferencia Mundial sobre el clima, cuya declaración final alertaba sobre la necesidad de prevenir los cambios en el clima provocados por el Hombre, debido a los efectos adversos que podían tener para el bienestar de la Humanidad. Uno de los resultados más trascendentes de este encuentro internacional de científicos fue la creación del IPCC, mencionado anteriormente¹⁴.

La Segunda Conferencia Mundial se celebró en 1990, reuniendo esta vez a diplomáticos y representantes gubernamentales de numerosos países. Como consecuencia de esta cumbre, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió crear un Comité Intergubernamental de Negociación, cuyo objetivo sería gestionar la adopción multilateral de una convención marco, que serviría de base para la celebración de subsiguientes protocolos internacionales. Los trabajos de este Comité fructificaron en la redacción de la CMNUCC, negociada y adoptada por 150 países en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992.

Este instrumento jurídico internacional entró en vigor en 1994, después de que fuera ratificado por 50 países. Por parte de la UE, el Consejo la aprobó y la incorporó al ordenamiento jurídico comunitario mediante la Decisión 94/69/CE de 15 de diciembre de 1994¹⁵. En la actualidad, prácticamente todos los países del mundo han ratificado la CMNUCC, cuya máxima autoridad y órgano de gestión es la Conferencia de las Partes (COP, en sus siglas en inglés).

¹⁴ Para disponer de una amplia información sobre la historia de las negociaciones internacionales sobre cambio climático, desde 1979 a 2007, *vid.* HARRIS, P.G., «Europe and the politics and foreign policy of global climate change», en HARRIS, P.G. (ed.), *Europe and Global Climate Change*, Edward Elgar, Glos, Massachusetts, 2007, pp. 3-37.

¹⁵ DO L33 de 7 de febrero de 1994.

La primera reunión de la COP tuvo lugar en Berlín, en 1995. En el transcurso de las conversaciones, los países desarrollados reconocieron su mayor responsabilidad en el cambio mundial del clima y se comprometieron a reaccionar los primeros, mediante la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Como actuación complementaria, ayudarían a los países en vías de desarrollo en la adopción de medidas de adaptación, al tiempo que los excluían del compromiso de acometer reducciones análogas. Emerge así, en esta primera COP, el principio de la responsabilidad común, pero diferenciada, que, como hemos comentado anteriormente, debe guiar la lucha global contra el cambio climático.

Dos años más tarde, tras la tercera COP celebrada en Japón, en diciembre de 1997, se firmó el Protocolo de Kioto, por el que se dejaron establecidos objetivos precisos de reducción de emisiones para los países industrializados, sin requerirse, por el contrario, compromisos significativos para los Estados en vías de desarrollo. Con respecto a los recortes de emisiones, el Protocolo de Kioto fijó en un 5,2% la reducción de gases de efecto invernadero a conseguir durante el período 2008-2012 y con respecto a los niveles de 1990¹⁶. Los Estados miembros de la UE, conjunta y voluntariamente, decidieron ir más allá y se comprometieron a reducir sus emisiones en un 8%, siendo Alemania y Reino Unido los países que se obligaron a realizar los mayores recortes.

A pesar de los importantes compromisos establecidos, la reunión de Kioto puso de manifiesto el choque de intereses y las profundas discrepancias existentes en materia de gobernanza climática. Por parte de los Estados industrializados, la UE en su conjunto postulaba por reducciones más elevadas y por plazos más estrictos que los que finalmente se acordaron. Contrastando con la postura europea, EEUU pretendía recortes más bajos que los que se decidieron y Australia solicitaba permiso para incrementar sus emisiones, lo que finalmente consiguió. Antes incluso de celebrarse la COP, EEUU había expresado su firme oposición a la reducción de emisiones si los países en vías de desarrollo no acometían también medidas significativas al respecto.

Entre los países emergentes y en desarrollo también se observaron importantes desencuentros. En un extremo, los Estados miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) cuestionaban la veracidad científica del cambio climático, en la línea de algunos grupos industriales y políticos norteamericanos; consideraban, por tanto, que la acción contra el calentamiento global debía posponerse. Pretendían así, junto con EEUU y otros países desarrollados, hacer fracasar las propuestas sobre recorte de emisiones.

China, por su parte, con el respaldo de otras economías emergentes, se empeñó en conseguir que los Estados menos desarrollados no asumieran compromisos de reducción, ni siquiera voluntarios. Como contrapunto a las posturas de la OPEP y de China, los países costeros miembros de la Alianza de los Pequeños Estados Insulares (AOSIS, en sus siglas en inglés), especialmente afectados por la subida del

¹⁶ Vid. http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php (consultado el 10-7-2009).

nivel del mar, clamaban por que los Estados industrializados acometieran mayores reducciones de emisión, en la línea del planteamiento de la UE¹⁷.

Las discrepancias entre los propios países en vías de desarrollo pronto fueron aprovechadas por algunos Estados para abstenerse de toda obligación de recorte de emisiones. La retirada más significativa fue la de EEUU, en marzo de 2001, cuando el entonces Presidente George BUSH declinó ratificar el Protocolo de Kioto. La decisión norteamericana no fue bien acogida por los Estados miembros de la UE, que, como reacción, apostaron en bloque por apoyar el Protocolo de Kioto y promover su ratificación por el resto de países de la CMNUCC.

Con la retirada de EEUU, la UE se colocó a la cabeza del mundo desarrollado, liderando desde entonces el combate internacional contra el cambio climático. Fue precisamente el impulso europeo el que promovió que la COP celebrada en Marrakech, a finales de 2001, alcanzara un paquete de medidas complementarias que permitirían la implementación de Kioto y facilitarían, en consecuencia, su ratificación por un número suficiente de Estados para entrar en vigor. Entre otros consensos y acciones, se decidió incrementar los fondos del mecanismo financiero que alimenta la CMNUCC, denominado «Facilidad Medioambiental Global» (GEF, en sus siglas en inglés), así como establecer 3 nuevas dotaciones de ayuda para los países pobres: el Fondo de Países Menos Desarrollados, el Fondo Especial del Cambio Climático y el Fondo de Adaptación.

Tras la ratificación de la Federación Rusa, el Protocolo de Kioto entró finalmente en vigor el 16 de febrero de 2005. Para entonces, la UE ya lo había incorporado a su orden jurídico mediante la Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, sellando oficialmente su responsabilidad como actor en la lucha mundial contra el cambio climático¹⁸.

Con posterioridad a Kioto, la UE ha seguido participando activamente en las conversaciones y negociaciones internacionales que se han sucedido sobre el clima. Jugó así un papel relevante en abril de 2007, cuando suscitó el debate sobre cambio climático, energía y seguridad en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al que nos hemos referido anteriormente. En la misma línea de impulso, en junio de ese mismo año, en la Cumbre del G-8, celebrada en Alemania, los países europeos de este grupo (Alemania, Francia, Italia y Reino Unido) intentaron persuadir al resto de Estados para asumir la obligación de reducir en un 50% las emisiones para 2050. Las reticencias norteamericanas templaron el tono de la declaración final del encuentro, que se limitó a expresar el deseo de tomar en consideración los compromisos de reducción propuestos por la UE. Por presión de la Administración Bush, la declaración final incluyó también una invitación a los países emergentes para que se sumaran a la decisión del G-8¹⁹.

¹⁷ Sobre las negociaciones del Protocolo de Kioto, *vid.* HARRIS, P.G., «Sharing the burdens of global climate change: international equity and justice in European Policy», en HARRIS, P.G. (ed.), *op. cit.*, pp. 349-390.

¹⁸ DO L130 de 15 de mayo de 2002.

¹⁹ *Vid.* «G-8 Summit 2007 Heiligendamm», en <http://www.g-8.de/webs/G8/EN/Homepage/home.html> (consultado el 10-7-2009).

A pesar del carácter exiguo de los compromisos acordados, la Cumbre del G-8 y el liderazgo que intentaron ejercer algunos Estados miembros en nombre de la UE tuvieron el mérito de atraer a EEUU a la arena de las negociaciones internacionales sobre cambio climático, lo que, sin duda, allanó el camino para su participación en la Cumbre de Bali de diciembre de 2007.

Esta nueva conferencia mundial, celebrada bajo los auspicios de Naciones Unidas, sentó las bases de un acuerdo general para el inicio de negociaciones conducentes a un nuevo protocolo que sustituya a Kioto, a partir de 2012. Por lo demás, los resultados del encuentro, en términos de nuevos compromisos, no fueron especialmente relevantes, más bien fueron considerados decepcionantes por los países en desarrollo. La razón del desánimo fue la hoja de ruta que se aprobó en Bali, relativa a la reducción de emisiones y que no les excluye de acometer, aun en menor medida, recortes obligatorios (entre un 25 y 45% para los países industrializados y entre un 15 y 30% para los países en vías de desarrollo). La inclusión de los países en desarrollo fue consecuencia de la presión ejercida por EEUU, así como por Canadá y Japón, totalmente contrarios a asumir compromisos obligatorios si no los había también para las grandes economías emergentes, posición que prevaleció sobre las propuestas de la UE, más acordes al principio internacional de responsabilidad común, pero diferenciada²⁰.

En cualquier caso, la agenda para encauzar los consensos sobre un nuevo acuerdo mundial fue establecida en la Cumbre Internacional sobre Cambio Climático celebrada en Poznan (Polonia) en diciembre de 2008.

En Poznan se decidió mantener las mismas referencias de Bali para la reducción de emisiones y poner definitivamente en marcha el Fondo de Adaptación para ayudar a los países en desarrollo a recortar emisiones sin perder competitividad²¹.

Por su parte, la UE dio a conocer el acuerdo sobre el paquete energía-cambio climático alcanzado por el Consejo de 11 y 12 de diciembre de 2008, al tiempo que reiteraba sus compromisos de asumir, para 2020, una reducción del 30%, si otros países, como EEUU, China e India se sumaban al proyecto. Con estas propuestas quedaban encauzadas las negociaciones que tendrían que abocar a un nuevo acuerdo mundial sobre el clima en la Conferencia de Copenhague de diciembre de 2009.

²⁰ Vid. BUSTELO, P., «China e India: energía y cambio climático», *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 50, 2008, pp. 20-23.

²¹ En concreto, se acordó dotar al Fondo de Adaptación con una cuantía inicial de entre 80 y 300 millones de dólares para llevar a cabo proyectos de adaptación en los países necesitados. Este Fondo se alimenta del 2% de los ahorros que los Estados industrializados consiguen en proyectos de energías limpias en los países en desarrollo. Vid. «Parliament delegation welcomes conclusion of Poznan Climate Change Conference», en http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infoexpress_page/064-44001-343-12-50-91 (consultado el 5-2-2009).

2. Acción e instrumentos propios contra el cambio climático: más allá de los compromisos internacionales

La acción de la UE contra el calentamiento global se inicia a comienzos de los años 80, convirtiéndose, a partir de 2000, en una prioridad y en un eje fundamental de su política exterior medioambiental. La base de su estrategia actual lo constituye el Programa Europeo sobre Cambio Climático (PECC), en cuyo marco se han adoptado en los últimos años numerosas normas y medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero²².

Por el momento, la acción más importante llevada a cabo en este ámbito es, sin duda, el régimen europeo de comercio de derechos de emisión (RECDE). El RECDE constituye el primer y más importante sistema internacional de límites máximos de derechos de emisión de dióxido de carbono (CO₂), adoptado en cumplimiento del Protocolo de Kioto.

Desde su adopción y puesta en aplicación²³, el RECDE se ha transformado en el eje principal y en la seña de identidad de la estrategia europea contra el cambio climático. La unidad central y común de este régimen es el derecho de emisión, por el que se autoriza a su titular (empresa o instalación) a emitir una tonelada de CO₂. La Comisión Europea, que controla y gestiona el sistema, fija los límites nacionales máximos de emisiones para cada uno de los Estados miembros. Estos elaboran, a continuación, su respectivo plan nacional de asignación de derechos de emisión y su atribución a las instalaciones incluidas, todo lo cual tiene que ser aprobado finalmente por la Comisión.

Para que exista y se estimule el comercio, los techos o límites máximos tienen que ser inferiores a las necesidades de emisión. De este modo, las empresas que mantienen las emisiones por debajo de los derechos asignados pueden venderlos al precio que determine el libre juego de la oferta y la demanda en cada momento. Por el contrario, las instalaciones que tienen dificultades para mantenerse dentro de los límites asignados, pueden comprar derechos adicionales, o bien reducir sus emisiones, invirtiendo en tecnologías más eficientes o utilizando fuentes de energía que liberen menos carbono.

El RECDE tuvo una primer fase de aplicación, de carácter experimental, en el período 2005-2007. El objetivo prioritario de esta primera etapa fue desarrollar la infraestructura y el aprendizaje necesarios para implementar eficazmente el sistema en la segunda fase (2008-2012), coincidente con el período del cumplimiento obligatorio del Protocolo de Kioto. Sobre la base de las emisiones verificadas en la primera fase, la Comisión ha establecido una reducción más estricta del volumen de

²² El primer PECC fue aprobado en 2000 para el período 2000-2003 [COM (2000) 88 final de 8 de marzo de 2000, «Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático»]. En octubre de 2005, la Comisión Europea lanzó el segundo PECC [COM (2005) 35 de 9 de febrero, «Ganar la batalla mundial contra el cambio climático mundial»].

²³ El fundamento jurídico de este régimen es la Directiva 2003/87/CE de 13 de octubre de 2003, DO L275 de 25 de octubre de 2003. El mecanismo empezó a aplicarse efectivamente en 2005.

los derechos de emisión para esta segunda fase (un 6%, con respecto a los niveles de 2005), con el fin de cumplir las obligaciones internacionales²⁴.

Como novedades que presenta la fase actual de aplicación, destacar que se han incluido en el sistema las emisiones de óxido nitroso y que, desde el punto de vista geográfico, se ha ampliado su aplicación a los países del Espacio Económico Europeo, esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein²⁵.

En la actualidad, el RECDE se aplica a unas 11.000 instalaciones de alto consumo energético, dedicadas a la electricidad y a distintas actividades de producción²⁶. Sin embargo, el régimen también intenta aprovechar las oportunidades de reducción de emisiones en países terceros, a través de los instrumentos suplementarios previstos por el propio Protocolo de Kioto y que se conocen como el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) y la Implementación Conjunta (IC)²⁷.

Otras acciones más recientes contra el calentamiento global tienen su origen en las decisiones políticas adoptadas por el Consejo Europeo de marzo de 2007. Con carácter anticipador, esta cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno definió la postura de la UE a favor de una acción mundial contra el cambio climático para el período post-Kioto. El objetivo común establecido es ambicioso, pero, probablemente, el único posible para movilizar la acción multilateral y frenar el calentamiento global. La UE propone, así, reducir en un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero para 2020 con respecto a los niveles de 1990, con la posibilidad de llegar hasta un 30%, si otros países desarrollados asumen también este compromiso en la conclusión del nuevo acuerdo mundial que sería aplicable a partir de 2012.

Como medidas complementarias, este mismo Consejo Europeo acordó que un 20% de la energía que se consuma en la UE en 2020 proceda de energías renova-

²⁴ Vid. EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, «Greenhouse gas emission trends and projections in Europe 2008», *Report*, nº 5, 2008, p. 8.

²⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *El régimen de comercio de derechos de emisión de la UE*, Serie Medio Ambiente, 2008, p. 13.

²⁶ Refinerías de petróleo, hornos de coque, plantas de producción de hierro y acero, fábricas de cemento, vidrio, cal, ladrillos, cerámica, pasta y papel. Además de los sectores directamente afectados, la UE ha integrado el control de los gases de efecto invernadero en numerosos ámbitos de su actuación (transportes, agricultura, bosques y silvicultura, uso de suelos, ordenación del territorio al servicio del medio ambiente...). Para una visión global y más completa de esta estrategia horizontal puede consultarse la abundante información disponible en el servidor de la UE (http://europa.eu/climateaction/index_es.htm).

²⁷ El MDL se aplica a proyectos de inversión en países en desarrollo que permitan recortar emisiones, coadyuvando así a la transferencia de tecnologías ambientalmente racionales en los países receptores. Estas reducciones permiten optar a créditos, denominados «reducción certificada de las emisiones» (RCE). A partir de 2008, la IC se aplica en términos similares al MDL, pero a proyectos en países industrializados y países con economías en transición. Estos proyectos generan créditos denominados «unidades de reducción de emisiones» (URE). El REDCE reconoce estos créditos como equivalentes a los derechos de emisión, admitiendo su negociación dentro del sistema, a excepción de los créditos de las instalaciones nucleares, del uso de la tierra, del cambio del uso de la tierra y la silvicultura.

bles (eólica, hidráulica, solar y biomasa) y que los biocombustibles se utilicen en los transportes en un 10%, como mínimo²⁸.

Para alcanzar estos objetivos, en enero de 2008 la Comisión Europea presentó un paquete de propuestas normativas que fueron finalmente aprobadas por el Consejo y el Parlamento Europeo en diciembre de ese mismo año. El eje central de la estrategia europea para el período post-Kioto sigue girando en torno al RECDE, que se verá reforzado y ampliado a partir de 2013. Conforme a la nueva Directiva aprobada²⁹, las cuotas de emisión para los sectores actualmente incluidos en el sistema se reducirán, anual y progresivamente, un 1,74% hasta 2020, lo que arrojará un número de cuotas de emisión inferior en un 21% con respecto a los niveles de 2005. Otras novedades importantes serán la sustitución de los 27 límites nacionales de emisión por un único límite europeo y la introducción progresiva de la subasta pública como procedimiento básico y más eficiente de asignación de derechos de emisión.

Para los sectores que actualmente no están cubiertos por el régimen (transportes, salvo el aéreo, que lo estará a partir de 2012, vivienda, agricultura y residuos) se ha establecido una reducción colectiva de un 10% para 2020, con respecto a los niveles de 2005. La Decisión 406/2009/CE fija el esfuerzo que ha de desplegar cada Estado miembro para alcanzar este objetivo³⁰. Esta distribución por país de los niveles de emisión se inspira en el mismo principio internacional que rige la gobernanza climática mundial, esto es, la responsabilidad común, pero diferenciada. Esta exigencia de equidad medioambiental comporta en la práctica que los Estados miembros con mayor PIB per cápita están obligados a acometer las reducciones más elevadas durante el período 2013-2020, en contraste con los más pobres, que están incluso autorizados a incrementar sus emisiones³¹.

Por lo que respecta a los objetivos de alcanzar el 20% de energías renovables y el 10% de biocarburantes en 2020, las medidas y los esfuerzos necesarios a desplegar por cada Estado miembro se concretan en la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables³².

²⁸ Vid. Doc7224/1/07REVI, en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/93146.pdf (consultado el 10-2-2009).

²⁹ Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, DO L140 de 5 de junio de 2009.

³⁰ Decisión 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, DO L140 de 5 de junio de 2009.

³¹ Así, por ejemplo, Irlanda, Luxemburgo o Dinamarca tendrán que reducir un 20%, en el período 2013-2020, mientras que Rumanía o Bulgaria están autorizados a incrementar sus emisiones un 19 y 20%, respectivamente; para España, se ha fijado una reducción del 10%. Vid. Anexo II de la Decisión 406/2009/CE.

³² Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, DO L140 de 5 de junio de 2009. También representa una acción importante el almacenamiento geológico de dióxido de carbono, que se regula por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009, DO L140 de 5 de junio de 2009. Esta norma sirve de marco jurídico para las nuevas

La apuesta por las energías renovables no sólo responde a un interés medioambiental, sino que también constituye una estrategia de la UE para garantizar su seguridad e independencia energética. En consecuencia, el doble reto que encara la UE consiste en conseguir un suministro de energía renovable y competitivo, que le permita cumplir con los compromisos de Kioto y al mismo tiempo reducir sustancialmente su dependencia de países suministradores, como la vecina Rusia, cuyas guerras del gas con Ucrania, viene provocando intermitentemente graves quebrantos económicos y sociales a numerosos Estados miembros.

A pesar de haber recibido valoraciones muy diferentes³³, no se puede negar que el paquete energía-cambio climático de la UE constituye la apuesta más ambiciosa del mundo desarrollado contra el calentamiento global, superando incluso las obligaciones internacionales contraídas hasta la fecha. A la espera de que demuestre su eficacia, esta estrategia anticipadora subraya, por el momento, el papel de la UE como actor y líder de la gobernanza climática mundial

Además de las medidas adoptadas en su ámbito interno, la UE ha desplegado, a través de su propia política de cooperación al desarrollo, toda una serie de iniciativas, bilaterales o de carácter multilateral, para ayudar a los países pobres en el combate mundial contra el cambio climático.

El documento que sirve de marco a la UE en este ámbito es el denominado «Plan de Acción contra el cambio climático en el contexto de la cooperación al desarrollo 2004-2008»³⁴. La iniciativa europea tiene como objetivo principal ayudar a los países más vulnerables en el esfuerzo de adaptación al cambio climático, principalmente mediante la evaluación de su vulnerabilidad y la preparación de los Programas Nacionales de Adaptación (PNA). Desde el punto de vista económico, la UE contribuye a la elaboración e implementación de los PNA, tanto a través de su propia ayuda bilateral, como mediante sus aportaciones a los instrumentos financieros internacionales establecidos con tal fin (el Fondo de Adaptación, el Fondo Especial del Cambio Climático y el Fondo para los Países Menos Desarrollados)³⁵.

tecnologías de captura y almacenamiento de CO₂, de especial aplicación a las centrales eléctricas que funcionan mediante derivados del petróleo, carbón o gas, teniendo en cuenta que ellas son responsables del 40% de las emisiones CO₂ en la UE. El objetivo previsto es poner en marcha la construcción de entre 10-12 plantas piloto a gran escala en la UE para 2015 y hacer de la captura y almacenamiento de carbono una tecnología comercialmente viable para 2020. El mayor incentivo que proporciona este nuevo marco legal es que el CO₂ capturado y almacenado se considera no emitido a efectos del REDCE.

³³ Organizaciones ecologistas, como Greenpeace o WWF/Adena, consideran insuficientes las medidas, mientras que los grandes consumidores de energía y las industrias más emisoras de CO₂ son de la opinión de que el esfuerzo requerido les hará perder competitividad. Las asociaciones de energías renovables, por su parte, como la Plataforma Eólica, valoran positivamente las acciones decididas. *Vid.* SAENZ DE MIERA, G., «La propuesta energética de la UE contra el cambio climático», en http://www.soitu.es/soitu/2008/02/15/medioambiente/1203092376_852710.html (consultado el 15-2-2009).

³⁴ COM(2008) 88 final de 8 de marzo de 2008, DO C170 de 14 de junio de 2008.

³⁵ Como hemos analizado en el apartado 1, la creación de estos mecanismos fue decidida en la Conferencia de Marrakech en 2001. Cinco años después, en noviembre de 2006, una nueva conferencia de Naciones Unidas, celebrada en Nairobi, escenificó el acuerdo de la comunidad internacional de

Desde 2008, este apoyo a los PNA se ha visto reforzado por la puesta en marcha de la Alianza Mundial contra el Cambio Climático (AMCC), entre la UE y los países menos desarrollados y los pequeños Estados insulares. El objetivo de la AMCC es proporcionar a estos países recursos más sustanciales para luchar contra el cambio climático. Para el período 2008-2010, la dotación prevista asciende a 50 millones de euros. Entre las acciones contempladas destacan la reducción del riesgo de sufrir desastres, detener la deforestación, que genera en estos países un considerable volumen de emisiones contaminantes, y participar en el mercado mundial de carbono, mediante la aplicación de medidas similares al RECDE³⁶.

Aparte de esta iniciativa, la UE está desarrollando en los últimos años numerosos proyectos específicos, tanto bilaterales, como de alcance regional, con objeto de contribuir a la adaptación y a la creación de capacidades por parte de los países pobres y de economías emergentes. Puede destacarse, como ejemplo, el proyecto SNAPP 2012 (Supporting National Assessments of Post-2012 Proposals for Climate Protection and Sustainable Development), en el que participan Brasil, Sudáfrica, India, y China y que incluye varias propuestas destinadas a establecer un régimen de cambio climático internacional posterior a 2012. En un marco más multilateral, la UE es también uno de los organismos que apoya el proyecto C3D (Climate Change Capacity Development), gestionado por el Instituto de Naciones Unidas para la Formación y la Investigación (UNITAR)³⁷.

En coherencia con estas iniciativas, la UE está potenciando especialmente la utilización del MDL en la fase actual de implementación del REDCE (2008-2012). Un exponente de este impulso es el programa SYNERGY, en cuyo marco se están realizando 13 proyectos entre organizaciones de la UE, China, India, Latinoamérica, África y Caribe. En concreto, el proyecto de apoyo al MDL UE- China es el de mayor envergadura y dotación financiera europea hasta el momento (2,8 millones de euros para el período 2007-2010), destinados principalmente a la investigación, la creación de capacidades, la cooperación técnica y la formación³⁸.

Esta iniciativa de la UE en torno al MDL se complementa con los programas propios que los Estados miembros han implantado para adquirir créditos de reducción de emisiones en proyectos MDL. Si se cumplen las estimaciones de demanda de los sectores público y privado de los Estados miembros, la UE en su conjunto

conceder mayor atención a los esfuerzos de adaptación de los países en desarrollo, ya que hasta entonces las organizaciones vinculadas a la cooperación al desarrollo habían prestado más interés a las actividades en el sector de la mitigación. *Vid.* DOMÍNGUEZ SALINAS, E., «El cambio climático en la cooperación para el desarrollo», *FRIDE comentario*, febrero de 2007, p. 3.

³⁶ *Vid.* COM (2007) 540 final de 18 de septiembre de 2007, «Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la UE y los países en desarrollo más vulnerables al cambio climático».

³⁷ Sobre estas iniciativas y proyectos, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *La acción de la UE contra el cambio climático. Trabajar con los países en desarrollo para luchar contra el cambio climático*, Serie Medio Ambiente, 2008.

³⁸ *Ibidem*, p. 20.

podría convertirse en el principal comprador de créditos MDL en esta etapa de cumplimiento obligatorio de Kioto³⁹.

Por el momento, todos estos impulsos y acciones desplegados por la UE con los países más pobres o en vías de desarrollo, independientemente de los resultados esperados, confirman su papel de liderazgo, al encabezar también el diálogo Norte-Sur en la lucha mundial contra el calentamiento global.

3. Ante un nuevo acuerdo multilateral sobre el clima: propuestas de la UE para una economía mundial más sostenible

El primer período de cumplimiento obligatorio del Protocolo de Kioto finaliza en 2012. Sin embargo, este instrumento internacional constituye sólo un primer paso para hacer frente a la amenaza global del cambio climático.

En enero de 2007, la Comisión Europea presentó la comunicación «Limitar el calentamiento global mundial a 2°C. Medidas necesarias hasta 2020 y después»⁴⁰. En este documento, la institución comunitaria adelantaba las propuestas de la UE ante la perspectiva de que se concluya en Copenhague, en diciembre de 2009, un nuevo acuerdo internacional sobre el clima. El objetivo prioritario de la UE sería promover el compromiso del resto de países desarrollados de reducir en un 30% las emisiones de gases de efecto invernadero para 2020, esfuerzo que la UE considera esencial para limitar la subida de la temperatura del planeta a 2°C.

Independientemente de que se alcanzara o no un nuevo consenso mundial, la comunicación de la Comisión proponía que la UE se adelantara y diera ejemplo, obligándose a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero al menos en un 20% para 2020. Como hemos analizado anteriormente, el Consejo Europeo de marzo de 2007 dio el visto bueno al planteamiento y a las iniciativas de la Comisión, lo que permitió la adopción del paquete energía-cambio climático a finales de 2008. Este nuevo marco normativo, que amplía y refuerza el REDCE, al tiempo que introduce iniciativas complementarias en materia de política energética, representa la contribución de la UE a un nuevo acuerdo mundial aplicable a partir de 2012.

Durante las negociaciones internacionales desarrolladas a lo largo de 2009, la UE ha reiterado e, incluso, elevado el nivel de sus propuestas iniciales⁴¹. Las iniciativas europeas implican especialmente a los países desarrollados, pero también incluyen medidas para los países en desarrollo y, en particular, para las principales economías emergentes. En el caso de éstas últimas, algunos Estados tienen ya en marcha medidas que están produciendo reducciones sustantivas de emisiones. Brasil, por ejemplo, en la Cumbre Internacional sobre Cambio Climático de Poznan, en diciembre de 2008, se comprometió a reducir, para 2018, la deforestación de la sel-

³⁹ Vid. EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *op. cit.*, pp. 89-91.

⁴⁰ COM(2007) 2 final de 10 de enero de 2007.

⁴¹ COM(2009) 39 de 28 de enero de 2009, *Towards a comprehensive climate change agreement in Copenhagen*.

va amazónica en un 70% con respecto al promedio desforestado entre 1996 y 2005; la consecución de este objetivo supondría la emisión a la atmósfera de unos 4.800 millones de toneladas menos de CO₂. México aspira también a reducir sus emisiones en un 50% en 2050 y China e India han elaborado sus propios planes⁴².

Con respecto a los países más pobres y vulnerables a los efectos del cambio climático, aparte de sus iniciativas propias, la UE propone al resto de países desarrollados un mayor compromiso en el marco de un nuevo acuerdo mundial, tomando como referencia el Plan de Acción que se trazó en la Conferencia de Bali.

Entre las medidas a adoptar, la UE considera prioritaria mejorar y ampliar el MDL, de modo que se aplique a sectores nacionales completos, en lugar de a proyectos individuales; este mayor ámbito permitiría generar créditos de emisión cuando un sector nacional completo supere el nivel de emisión preestablecido. Otra opción sería introducir en estos países en desarrollo un sistema de comercio de emisiones entre empresas a escala sectorial, esto es, en aquellos sectores que hagan un uso más intensivo de energía, siempre que estos países tengan capacidad para gestionar el seguimiento de las emisiones y garantizar el cumplimiento de los compromisos.

La mejora del acceso a la financiación para infraestructuras energéticas necesarias para el desarrollo económico constituye otra de las propuestas de la UE para ayudar a los países más pobres. En 2006, la UE creó el Fondo Mundial para la Eficiencia Energética y las Energías Renovables (FMEEER), con el fin de promover la inversión privada en proyectos de eficiencia energética y energías renovables en estos países. En el contexto de las negociaciones internacionales, la UE ha propuesto a los países desarrollados combinar la ayuda al desarrollo con mecanismos de financiación similares al FMEEER. Además, tal como se acordó en Poznan, el funcionamiento efectivo del Fondo de Adaptación, junto con otras medidas innovadoras que generen financiación e inversiones, deberían formar parte también del nuevo acuerdo mundial.

Un aspecto positivo que ha presentado la dinámica de estas negociaciones internacionales a lo largo de 2009 ha sido la implicación activa de la nueva Administración norteamericana del Presidente Barack OBAMA, mucho más proclive que la anterior a impulsar y asumir firmes compromisos contra el cambio climático⁴³. Apro-

⁴² «Preparando la Cumbre de Copenhague de 2009. Cumbre de Poznan sobre Cambio Climático», *Europa-Euskadi*, n° 252, diciembre de 2008, p. 252.

⁴³ Vid. ISBELL, P., «A preliminary view of Obamas future energy policy», *Working Paper* n° 2, 2009, Real Instituto Elcano. Coherentemente con el nuevo liderazgo que EEUU quiere ejercer en este ámbito, el 26 de junio de 2009 el Congreso norteamericano aprobó la legislación más completa sobre cambio climático de los últimos 20 años: la «American Clean Energy and Security Act of 2009» (H.R. 2454). El objetivo de esta acción es crear empleos de energía limpia, conseguir la independencia energética, reducir la contaminación de gases de efecto invernadero y preparar la transición a una economía de energía limpia. El proyecto, que aguarda ahora la aprobación del Senado, requiere, entre otras medidas, una reducción del 3% de las emisiones de CO₂ para 2012, con respecto a los niveles de 2005, una reducción del 17% para 2020, del 42% para 2030 y del 83% para 2050. Para un análisis de este proyecto legislativo, vid. http://www.bna.com/emails/ehs/images/acco_webcast_banner.gif (consultado 14-9-2009).

vechando este papel de liderazgo que pretende ejercer ahora EEUU, la UE ha propuesto al gobierno norteamericano establecer una alianza bilateral estratégica, con objeto de crear un mercado trasatlántico de carbono. En la misma línea, ha sugerido también a otros países de la OCDE crear un gran mercado OCDE de carbono para 2015.

Finalmente, en un plano más operativo, la pretensión de la UE es que el acuerdo de Copenhague constituya la base para un marco internacional a largo plazo, que permita avanzar gradualmente y reforzar en los años venideros las contribuciones de los países desarrollados y de los que están en vías de desarrollo.

En este sentido, una revisión periódica de los progresos globales y la adecuación de los compromisos y las acciones deberían ser una parte integral del acuerdo, incluyendo una revisión general en 2016, a la luz de los resultados que arroje el Quinto Informe del IPCC.

IV. CONCLUSIÓN

El cambio climático, provocado por la emisión de gases de efecto invernadero, constituye una amenaza global que exige una respuesta mundial. El Protocolo de Kioto (1997), en vigor hasta 2012, representa el primer paso decisivo para combatir el calentamiento progresivo del planeta y sus consecuencias. Este marco internacional establece normas, mecanismos de mercado y fondos financieros, descargando principalmente en los países desarrollados la obligación de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero.

La UE ha liderado hasta el momento la acción mundial contra el cambio climático, señalando metas a conseguir a escala multilateral y dando ejemplo al asumir en su ámbito interno recortes voluntarios de emisiones, más allá de las obligaciones internacionales.

El eje central de la estrategia europea contra el cambio climático es el RECDE. Corregidas algunas imperfecciones de su primera fase experimental de aplicación, el sistema aspira a cumplir el compromiso asumido en el marco de Kioto, de reducir un 8% las emisiones de CO₂ en el período 2008-2012.

Otro de los empeños de la UE es fortalecer la cooperación con terceros países en desarrollo. En este aspecto del diálogo Norte-Sur, la UE encabeza también el impulso a nivel mundial, promoviendo la transferencia de tecnologías respetuosas del clima y procurando las dotaciones financieras que permitan reforzar las capacidades de adaptación de estos países.

La comunidad internacional afronta ahora el reto de consensuar un nuevo acuerdo mundial que sustituya el Protocolo de Kioto a partir de 2012. El nuevo marco se basará en los mecanismos creados por Kioto, si bien los objetivos de reducción de emisiones pretenden ser más ambiciosos cara a limitar el calentamiento global a 2°C.

Desde 2009, la UE no está sola impulsando compromisos globales, ya que la nueva Administración norteamericana del Presidente OBAMA apuesta también por la

lucha activa y multilateral contra el cambio climático. A ambos lados del Atlántico se comparte, además, el convencimiento de que la transición a una economía baja en carbono representa también un gran reto para las empresas, sobre todo en términos de innovación tecnológica, lo que, en la actual situación de recesión mundial, podría impulsar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo.

Este nuevo frente común, constituido por estos dos actores relevantes de la gobernanza climática internacional, puede convertirse en un factor movilizador que permita la firma del nuevo acuerdo mundial destinado a sentar las bases de un desarrollo económico más sostenible para las futuras generaciones.

RESUMEN: El cambio climático constituye una amenaza global que exige una respuesta global. Su impacto es perceptible en todas las partes del planeta, aunque afecta con más intensidad a los países pobres e insulares (subida del nivel del mar, fenómenos climáticos extremos, escasez de lluvias, falta de agua potable...). Desde finales de los años 90, la UE lidera la acción internacional contra el cambio climático, participando activamente en los instrumentos de gobernanza climática (Convenio Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático, Protocolo de Kioto...), promoviendo la acción multilateral y superando, incluso de forma anticipada, los compromisos internacionales. Este artículo analiza el papel de la UE en la diplomacia climática internacional y su activismo en pro de la asunción de acuerdos multilaterales. A continuación, el artículo se detiene en los instrumentos específicos de la política europea contra el cambio climático, valorando su coherencia con las obligaciones internacionales.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, cambio climático, efecto invernadero, Protocolo de Kioto, gobernanza climática, comercio emisiones.

ABSTRACT: Climate change is a global threat requiring a global response. Its effects are perceptible all over the planet, though it specially hits the poorest and insular countries (sea level rise, extreme climate phenomenon, shortage of rains, lack of drinkable water...). Since the late 90s, the EU has been playing a leading role in the global combat against climate change: it has actively participated in the instruments of climate governance (the United Nations Framework Convention against Climate Change, the Protocol of Kyoto...), as well as promoting the multilateral action and even overtaking in advance the international commitments. This article examines the EU's contribution to the global climate governance; it then focuses on the EU's own climate action policy and how it meets the international commitments.

KEY WORDS: European Union, climate change, greenhouse effect, Kyoto Protocol, climate governance, emissions trading.

LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL Y LA UNIÓN EUROPEA

LUIS MARÍA LINDE DE CASTRO

Asesor de Asuntos Internacionales. Banco de España

SUMARIO: La «formación» de la crisis, su estallido y los mecanismos de propagación. Los riesgos para el sistema financiero y la economía real: recesión, deflación, depresión. Los planes de salvamento en EEUU y en Europa. La «arquitectura financiera» y la cooperación internacional. Conclusión: los problemas políticos.

LA «FORMACIÓN» DE LA CRISIS, SU ESTALLIDO Y LOS MECANISMOS DE PROPAGACIÓN

La actual crisis económica y financiera, que puede considerarse una crisis **global o mundial** y afecta a **todos los mercados** –financieros, incluidos los de valores, inmobiliarios, de materias primas y alimentos, de energía, mercados laborales– **se desarrolla a partir de la crisis del sector inmobiliario y del mercado hipotecario en Estados Unidos cuyos primeros síntomas aparecieron en el verano de 2006**. Después de varios años de continuas alzas en los precios inmobiliarios –en realidad, la burbuja inmobiliaria más grande de la historia de los EEUU–, unas alzas de precios muy acentuadas entre 2003 y 2005, **los precios dejan de subir** y en algunos Estados, empiezan, aunque con parsimonia, a caer. Casi al mismo tiempo, el **empleo empieza a mostrar debilidad** y la **morosidad hipotecaria** empieza a aumentar.

El **crédito hipotecario total** (el crédito a familias para viviendas es el 80% de ese total) sumaba **8 billones** (latinos, lo que en EEUU llaman «trillones») de dólares **en 2000, el 25% del crédito total** concedido por el sistema bancario norteamericano a finales de ese año. En 2007, **llegó a 14,5 billones de dólares, al 47% del total**. Sólo en los últimos cuatro años del boom, 2003-2007, **el total del crédito hipotecario a familias aumentó en 4,2 billones de dólares, más de un 50%**. Fue, sin duda, un incremento muy fuerte, pero no el más fuerte **del último medio siglo**: el

crédito hipotecario creció aún más rápidamente, en términos relativos, en 1984-89 que en 2001-2007.

Según los datos cerrados a 30 de septiembre de 2008, los créditos hipotecarios con atrasos en sus pagos en EEUU alcanzaban a finales de septiembre el 7% de todos los créditos hipotecarios en vigor, mientras que los créditos ya considerados fallidos eran el 3%. Es decir, a finales de septiembre de 2008, el 10% de todos los créditos hipotecarios, en torno a 1,5 billones (latinos) de dólares, tenía problemas de impago o eran fallidos; esto equivalía al 3,9% del total de activos crediticios del sistema financiero norteamericano.

A diciembre de 2008, los créditos hipotecarios fallidos habían subido al 3,3% y los créditos con atrasos estaban en el 7,88%; es decir, el total de créditos hipotecarios con problemas se situaba en el 11,2%, en torno a 1,6 billones de dólares, en torno al 4,1% de todos los activos crediticios del sistema financiero norteamericano.

Si del crédito hipotecario pasamos al **total de crédito**, y con datos relativos sólo a los **bancos comerciales**, a **marzo de 2009**, los créditos con **atrasos eran el 7,13% del total**, mientras que los **fallidos totales eran el 1,57%**. Interesa señalar que el porcentaje de fallidos totales es el más alto de los últimos 30 años, pero no así el **porcentaje de morosos, que fue más alto en 1991 (7,5%)**.

Parece lógico preguntarse cómo es posible que ese 3% de créditos vivos del sistema financiero norteamericano afectado por fallidos y atrasos haya llegado a provocar este cataclismo mundial.

Aunque parece evidente que la crisis hipotecaria ha sido el motor de arranque de la crisis financiera global, ésta no tiene una sola causa, ni una sola vía de transmisión.

La política de dinero barato y de abundante liquidez que ha predominado en EEUU durante el último decenio, ha facilitado, sin duda, los fenómenos que han llevado a la crisis. La expansión monetaria de 2001-2007 ha sido más rápida que la registrada en 1993-2000 (5,9% de tasa anual acumulativa para la M2 en comparación con el 4,7%), y los tipos de interés se mantuvieron a niveles muy bajos y, para algunos plazos, a niveles negativos. Pero, aún así, ha sido, quizá, la «envolvente» del fenómeno, una condición necesaria, pero no suficiente.

Seguramente, lo esencial han sido las transformaciones que se han producido en el sistema financiero norteamericano y, con algún retraso, después en el europeo, entre 1996 y 2006. Podríamos destacar:

1. A partir de comienzos de los años 90 se empezaron a rebajar los requisitos de calidad de las hipotecas que compraban los dos gigantes hipotecarios norteamericanos, la Federal National Mortgage Assotiation (Fannie Mae) y su hermana menor, la Federal National Mortgage Corporation (Freddie Mac), nacidos como entidades públicas pero transformadas ya en entidades privadas, aunque sometidas a un estatuto público especial. Esto llevó, lógicamente, a que el mercado empezara a temer por la calidad de los títulos emitidos por las dos entidades. Esta rebaja en los requisitos de calidad de los activos que adquirían los gigantes hipotecarios (entre los dos controlaban cerca del 30% de todo el crédito hipotecario en EEUU, un stock equivalente a la mitad del PIB español) ha jugado un papel cru-

cial en el desencadenamiento de la crisis. En este punto, quizá sea interesante señalar que, en contra de lo que se ha repetido en muchos medios, **esto no fue, o no fue exclusivamente responsabilidad de la administración del presidente BUSH**. De hecho, entre 2001 y 2005 hubo dos intentos de la administración BUSH de contener esta tendencia, pero no tuvo éxito ante la oposición del partido demócrata (con la participación del entonces senador OBAMA) y de algunos congresistas y senadores republicanos, que defendían la conveniencia de que las dos entidades llevaran a cabo una política más «social», aceptando hipotecas de personas y familias que ofrecían escasas garantías de pago. **Entre 2001 y 2007 las dos entidades más que doblaron su cartera de hipotecas de alto riesgo, obedeciendo a esa nueva «orientación social»**. Como es bien sabido, el derrumbe y nacionalización de las dos entidades en septiembre de 2008 fue el arranque de la fase más grave de la crisis.

2. La generalización y uso intenso del **mecanismo de la titulización**. Esta técnica consiste en emitir títulos de deuda representativos de y respaldados por los flujos de amortización y pago de intereses de otros activos; nace en el mercado hipotecario de los Estados Unidos a finales de los años 60, y en los años 90 se empezó a aplicar masivamente a activos diferentes de los préstamos hipotecarios, tales como bonos corporativos, ingresos futuros de tarjetas de crédito, préstamos al consumo, préstamos para realizar OPA's muy apalancadas (es decir, financiadas con muy pocos recursos propios de los compradores y mucha deuda), etc. Estos títulos, bautizados con nombres diversos, respaldados, en muchas ocasiones, como la experiencia ha demostrado, con activos de muy mala calidad, se emitieron y vendieron en cantidades masivas, tanto a corto (papel comercial) como a largo plazo (obligaciones). Sólo entre 2004 y 2007 se colocaron 500.000 millones de dólares de CDO's («*collateralized debt obligations*», aparecidas con ese nombre en 1987), una parte significativa de ellos después de haber obtenido buenas, incluso las mejores calificaciones de las agencias de rating. Por otra parte, **una cosa son los títulos emitidos a largo plazo –plazos más cercanos a los de los activos subyacentes originarios– y otra, peor por entrañar más riesgo, el papel comercial a corto**, porque, en este caso, a la mala calidad del activo originario se une el riesgo de liquidez, dado que el papel comercial debe refinanciarse a corto mientras que el activo subyacente tiene un plazo de amortización más largo.

3. Estos títulos **no se emitían directamente por los bancos que habían creado los activos originarios** –el préstamo hipotecario a las familias, el crédito asociado a las tarjetas, el préstamo para hacer una OPA, por ejemplo–. **Se emitían por una serie de entidades o «vehículos», creados por los bancos**, a los que éstos traspasaban los activos originales: los «vehículos especiales» pagaban esos activos con el producto de la venta de los títulos que ellos emitían y colocaban en fondos de inversión o pensiones, hedge-funds, incluso, en otros bancos.

De esta forma, los bancos liberaban capital o recursos propios –el volumen de recursos propios comprometidos por la regulación es una de las restricciones clave del volumen de crédito que cada banco puede conceder– **y podían repetir el ciclo, lo que podía convertirles, en algunos casos, más que en financiadores, en buscadores de comisiones**. Si fuéramos a identificar un fenómeno financiero que

parece haber sido crucial en la formación y en el estallido de la tormenta sería este modelo de negocio bancario, que se ha llamado «generar y distribuir»: la «titulización» y «centrifugación» hacia lo que se ha llamado «el sistema financiero o bancario en la sombra» (los «vehículos especiales», de grandes volúmenes de activos de mala o pésima calidad, es decir, de alto riesgo de impago).

4. Se produjo una descomunal expansión de las operaciones sobre productos llamados «derivados» –contratos de futuros, opciones, seguros para cubrir el riesgo de impago de créditos–, algunos de ellos negociados en los mercados que en inglés se llaman «*over the counter*» (OTC's), es decir, fuera de los mercados organizados, sin contratos estándar, ni cámaras de compensación y liquidación. El mercado de productos financieros derivados, nacido y construido para cubrir riesgos, fue utilizado, cada vez más, para crear nuevos instrumentos complejos y aumentar el volumen de negocio, de comisiones y márgenes diversos de intermediación, con lo cual, como la experiencia ha demostrado también, no sólo no disminuían los riesgos para el sistema financiero y sus agentes, sino que se aumentaban considerablemente.

Un buen ejemplo está en el crecimiento de un instrumento denominado en inglés «*credit default swap*», que es **equivalente a un seguro que cubre el riesgo de impago de créditos**, negociados en transacciones privadas en volúmenes enormes, sin una adecuada medición del riesgo, y que habría llevado a la quiebra, entre otros, de la aseguradora AIG, de no haber sido por la intervención y práctica nacionalización del gobierno norteamericano.

Eso no quiere decir, naturalmente, que los mercados de productos derivados hayan dejado de ser útiles para cumplir su función original, cubrir riesgos; quiere decir solamente que los mercados de productos financieros derivados han tomado, en ocasiones, durante el último decenio un rumbo casi perverso, contrario a los objetivos y funciones para los que estos instrumentos fueron creados.

En **resumen**, durante unos diez años, quizá el período que va de 1996 a 2006, el sistema financiero norteamericano y, siguiendo su ejemplo, también, el europeo, ha venido actuando **como si la preocupación por el riesgo hubiera pasado a segundo plano**, si no en las declaraciones formales, sí en la realidad del negocio, y los **criterios de prudencia en cuanto a liquidez** (la relación entre deudas a corto y activos a largo) y **apalancamiento** (la relación entre capital o recursos propios y recursos ajenos o deuda) se fueron relajando o considerando, en muchos casos, de forma inadecuada.

Por supuesto, el apalancamiento y el riesgo de liquidez son parte consustancial del negocio financiero y bancario: el problema se presenta, en esto, como en casi todo, cuando las restricciones que estos riesgos imponen se olvidan o no se consideran con la adecuada exigencia o seriedad.

Además, hay que señalar **dos fracasos**.

El primero (y es la segunda vez en un decenio que esto ocurre, la primera fue el caso del *hedge fund Long Term Credit Management*, salvado *in extremis* por una intervención de las autoridades norteamericanas en el otoño de 1998) es el de los llamados «**modelos cuantitativos**», **modelos matemáticos para evaluar riesgos y to-**

mar decisiones en los mercados, por ejemplo, para evaluar las pérdidas máximas posibles en las carteras de activos en función de la probabilidad de ocurrencia de determinados eventos. Esta crisis ha demostrado que el refinamiento matemático más elaborado —el mejor y más sofisticado de los disponibles, incluso el que viene avalado por premios Nobel— adolece de **dos insuficiencias fundamentales**: no puede capturar lo que ocurre en las catástrofes y hace perder de vista los elementos fundamentales y más robustos del control del riesgo en cualquier balance.

El **segundo** fracaso ha sido el de **las agencias de rating**, aunque en este caso hablar de «fracaso» es, probablemente, disfrazar algo la realidad, un eufemismo. Las agencias de rating, cuyo papel en el sistema financiero internacional se ha reforzado enormemente en los últimos dos decenios —esta importancia creciente ha sido reconocida en los Acuerdos de Basilea II— no sólo no han detectado a tiempo la mala calidad de muchas de esas titulizaciones y la precaria situación de muchos de esos «vehículos especiales», sino que han colaborado al desastre otorgando unas calificaciones injustificables. Pero el problema es aún más grave si se piensa que en muchas de esas titulizaciones las agencias eran «juez y parte», porque eran ellas las que, además de hacer las calificaciones, diseñaban la ingeniería financiera de los «vehículos especiales» y calificaban, por así decir, su calidad global, lo que implicaba, es evidente, un **conflicto de intereses** que se decantaba casi siempre, como las propias agencias han reconocido, por la solución que permitía aumentar la cifra de negocios.

LOS RIESGOS PARA EL SISTEMA FINANCIERO Y LA ECONOMÍA REAL: RECESIÓN, DEFLACIÓN, DEPRESIÓN

A diferencia de otras crisis padecidas durante los últimos treinta años —la crisis latinoamericana del decenio de los años 80, la crisis asiática y rusa de finales de los 90, por ejemplo— la crisis actual no nace en los países emergentes o en desarrollo, nace en EEUU, se transmite a Europa y ha llegado a plantear lo que en la jerga se denomina «riesgo sistémico», es decir, ha llegado a amenazar y todavía amenaza el funcionamiento del sistema financiero y bancario internacional y la provisión de financiación en las economías desarrolladas. La crisis financiera tiene, así, a través de la disminución del crédito, un impacto directo sobre la economía real, es decir, sobre la demanda global, la actividad y el empleo. Y el riesgo grave es que la disminución de la actividad y la recesión termine en deflación, es decir, en un proceso de caída de precios que retrase la recuperación durante un período largo de tiempo.

La cuestión que se plantea es si EEUU y la UE, que han entrado en recesión en el último trimestre de 2008, conseguirán, o no, evitar una situación como la que ha atravesado Japón a partir de su gran crisis financiera de comienzo de los 90.

En 1991 estalló la gran burbuja inmobiliaria japonesa de 1985-90, colocando a gran parte del sistema financiero japonés en una situación de quiebra y llevando a un largo período de estancamiento económico: entre 1991 y 2005 el PIB japonés creció a una tasa anual acumulativa del 1%; pero de sólo el 0,5% entre 1998 y

2005, el período de deflación en el que los precios cayeron, en media, un 0,4% cada año. **A partir de 2001, el Banco de Japón colocó su tipo de descuento en el 0.1%, es decir, en la práctica, a nivel cero, y empezó a aplicar una política llamada «de relajación cuantitativa»**, que consistía en incrementar las reservas de los bancos (comprándoles toda clase de activos) para que éstos pudieran aumentar sus préstamos a tipos de interés bajos; pero, aún así, sólo en 2005 empezó a reactivarse la economía japonesa. ¿Cómo explicarlo?

La explicación tendría dos partes. Por un lado, **si se llega a tipos de interés a corto plazo cercanos a cero** y eso no ha conseguido reactivar la economía, la política monetaria con sólo el instrumento del tipo de interés no tiene más recorrido para reactivar la economía.

Pero **si, además, hay deflación**, están bajando los precios, desaparece el incentivo de los agentes económicos para invertir, es decir, desaparece el incentivo para comprar bonos o instrumentos que den alguna rentabilidad en lugar de, simplemente, atesorar esa liquidez (cuyo tipo de interés equivalente es en deflación la tasa de caída en el índice de precios). La deflación genera expectativas negativas para la inversión y parte del consumo (el consumo en bienes duraderos, automóviles, etc.) en una especie de círculo vicioso, porque los agentes económicos aplazan sus decisiones de gasto esperando precios más bajos, intensificando así el efecto deflacionista y prolongando la recesión. Y cuando, efectivamente, los precios empiezan a bajar, el efecto puede hacerse perverso porque los agentes pueden entonces decidir esperar aún más a que se materialicen nuevas bajadas.

Una situación en la que la política monetaria ha perdido su capacidad para estimular la economía vía rebajas en los tipos de interés y en la que, además, están cayendo los precios, define lo que desde Keynes se conoce como «trampa de liquidez».

En la deflación sube el valor real de los pasivos financieros y el tipo de interés real, algo que, evidentemente, no puede favorecer la inversión: la inflación beneficia a los deudores —que son, en general, las empresas— y perjudica a los acreedores porque disminuye el valor real de las deudas; pero la deflación beneficia a los acreedores, porque aumenta el valor de sus créditos. Y en esta situación es difícil recuperar la actividad.

Pero hay que señalar también que muchos economistas **no creen que en un sistema fiduciario existan, realmente, trampas de liquidez**, es decir, situaciones en las que la política monetaria sea impotente para reanimar la demanda y la actividad: piensan, más bien, que el fracaso japonés de 2001-2005, igual que el fracaso de la FED entre 1934 y 1938 se debió a su fracaso a la hora de establecer expectativas sólidas y duraderas de tipos de interés bajos en el medio plazo y a subidas de impuestos que desanimaron la demanda y la recuperación; en suma, a una política de expansión monetaria demasiado tímida unida a una política fiscal de efecto contractivo puesta en vigor demasiado pronto.

La experiencia japonesa desde 1990 hasta hoy puede enseñarle algunas cosas a Europa. Pero hay diferencias sustanciales. Japón es un país con características institucionales y políticas muy diferentes a las europeas, y es improbable

—en esto, al menos, hay un acuerdo muy amplio— que los países europeos puedan permanecer más de un decenio en el estancamiento, o casi, sin serias consecuencias políticas y sociales. Por eso, algunos creen que, independientemente de que se sigan las políticas de estímulo fiscal y salvamento del sistema financiero que va a llevar los déficits públicos y las cifras de deuda a niveles inconcebibles hace dos o tres años, el BCE debería iniciar una política mucho más agresiva en cuanto a la creación de expectativas de tipos muy bajos durante un período largo: **de hecho, ésta es la política que finalmente se está imponiendo en el área europea, con tipos de interés a niveles récord del 1% y con el BCE practicando una política de monetización de deuda privada.**

LOS PLANES DE SALVAMENTO EN EEUU Y EN EUROPA

La crisis nace en EEUU, pero llegó muy pronto a este lado del Atlántico porque 1) **muchas entidades europeas habían comprado grandes volúmenes de activos procedentes de titulizaciones norteamericanas**, hipotecarias u otras, muy rentables cuando todo iba bien, es decir, mientras duraba la burbuja inmobiliaria, pero que, en unos meses, perdieron gran parte de su valor; y 2) porque **muchas entidades europeas habían entrado en juegos especulativos de alto riesgo, por ejemplo, emitiendo grandes volúmenes de seguros de impago de créditos («credit default swaps»)** con criterios de medición de riesgo que, ni de lejos, habían contemplado situaciones como la que apareció a partir de 2007.

En EEUU, la actuación de las autoridades ha pasado por cuatro fases.

En la primera fase, a comienzos del presente año, **se trató de asegurar el suministro de liquidez**, incluso por procedimientos novedosos o heterodoxos a todo el sistema bancario y a entidades que nunca habían estado incluidas entre las susceptibles de acudir a las ventanillas de la Reserva Federal: en este momento la FED tiene nada menos que **siete ventanillas** —siete— de suministro de liquidez a casi todas las categorías de entidades financieras y su balance recoge ahora un muy importante volumen de activos de dudosa calidad, algo que habría sido impensable hace sólo dos años.

Desde agosto de 2008 **el balance de la FED** ha pasado de 869.000 millones de dólares a 2,1 billones (latinos, trillones en terminología USA). Si se cumple el anuncio hace unas semanas de que la FED va a suministrar hasta 1,1 billones adicionales mediante compras en el mercado de títulos privados y deuda pública, el balance de la FED podría llegar a 3,0 billones de dólares, es decir, cerca de 4 veces su cifra de balance de hace un año.

Tiene interés señalar que la FED no publica ni el detalle de los activos que ha adquirido, ni el detalle de sus deudores o prestatarios. La FED justifica esta decisión, sin precedentes en la historia financiera norteamericana, con el argumento de que publicar ese detalle sería perjudicial para la confianza y la superación de la crisis financiera (análogamente, la autoridad supervisora del Reino Unido se ha negado a publicar sus estimaciones de necesidades de recapitalización del Royal Bank of Sco-

tland y de Lloyds con el argumento de que el conocimiento público de esos datos sería contrario al logro de la estabilidad financiera). Como curiosidad, puede añadirse que la empresa de noticias y análisis económicos Bloomberg –propiedad del alcalde demócrata de Nueva York–, presentó en abril pasado ante un tribunal de Nueva York una demanda contra la FED para pedir que los jueces obliguen a la FED a la publicación de los detalles de su balance.

En la segunda fase, se empezó a ayudar e intervenir directamente en entidades financieras, facilitando su compra o absorción, aunque en un solo caso, Lehman Brothers, la decisión fue dejar quebrar a la entidad. Las intervenciones decididas tanto por la Reserva Federal, como por el Tesoro son las más heterodoxas y cuantiosas desde la Gran Depresión. La lista de **entidades que han pasado a control público en EEUU incluye AIG, la primera aseguradora del mundo, y los dos gigantes hipotecarios, Fannie Mae y Freddie Mac**; de los cinco grandes de la banca de inversión, **Lehman Brothers** ha desaparecido; **Bears Stern** ha sido comprado por Morgan JP-City; **Merrill Lynch** fue comprada por Bank of America; sólo quedan **Goldman Sachs** y **Morgan Stanley**, que van a intentar transformarse en bancos comerciales y cuyo futuro es incierto, es decir, no es nada seguro que puedan sobrevivir como entidades independientes porque esa transformación en bancos comerciales con una base de depósitos minorista no es ni fácil ni rápida; y dos grandes bancos, **Wachovia** y **Washington Mutual** han sido salvados *in extremis* mediante compra y absorción por, respectivamente, por Well Fargo y por JPMorgan-Chase. El destino y «formato» final de **Citi** no están aún del todo definidos; por su parte, **Bank of America** está sufriendo, aparte de sus propios problemas, las consecuencias de su participación en el salvamento de Merrill Lynch.

La tercera fase es la que se puede resumir en el plan del último secretario del Tesoro del presidente BUSH, PAULSON (conocido por su sigla, TARP, «Troubled Assets Relief Program») aprobado por el Congreso y el Senado en octubre de 2008, y que intentaba ser un tratamiento «fuerte» para evitar el colapso del sistema financiero, mediante **ayudas directas, nacionalizaciones, entrada en el capital de las entidades y otorgamiento de garantías**.

Salvo una pequeña aportación para la industria automóvil, el resto del programa se ha utilizado para ayudar a la banca a través de 5 modalidades distintas:

a) Compra de acciones preferentes (acciones sin derechos políticos). En total, con esta modalidad se han comprado acciones por valor total de 198.000 millones de dólares, siendo las aportaciones más importantes para Bank of America (25.000), Citi (25.000), Morgan Chase (25.000), Wells Fargo (25.000), Golman Sachs y Morgan Stanley cada uno 10.000. En total, se ha ayudado a más de 500 entidades financieras.

b) Compra de acciones preferentes mediante warrants. En total, casi 110.000 millones de dólares para sólo 3 entidades. AIG (casi 70.000 millones de dólares) y City + Bank of America, en total 40.000 millones. Hay que señalar que la ayuda para AIG ha permitido a esta entidad cumplir con sus compromisos, básicamente en contratos de CDS, con varias entidades financieras tanto, norteamericanas como europeas.

as, es decir, los verdaderos beneficiarios de la ayuda prestada por el gobierno americano a AIG han sido entidades financieras, entre ellas cabe destacar Goldman Sachs (12.900 millones de dólares), Société Générale (11.900 millones de dólares), Deutsche Bank (11.800 millones de dólares) y Barclays (11.500 millones de dólares).

c) Concesión de **garantías**: en este apartado solo Citi Bank ha recibido una ayuda por valor de 5.000 millones de dólares.

d) El programa denominado ***Term Asset Backed Securities Loan*** (TALF): esto son préstamos que se conceden por TARP a la FED para que la FED compre pools de hipoteca y otros activos triple A por valor de hasta 20.000 millones de dólares.

En total, **de los 700.000 millones de dólares de TARP, se han utilizado hasta ahora 340.000 millones, quedando por ello un remanente de 359.000 millones.**

La cuarta fase podemos resumirla en 1) el **paquete de estímulo de casi 800.000 millones** de dólares aprobado en febrero, que incluía rebajas fiscales y diferentes partidas de inversión y gasto corriente; y 2) la aprobación del programa denominado **«Public-Private Investment Program»**, aprobado en marzo, que, en resumen, consiste en la puesta a disposición de entidades financieras privadas de hasta 100.000 millones de dólares para que adquieran y gestionen después la venta en el mercado de activos más o menos «tóxicos», sobre todo, inmobiliarios y títulos respaldados por hipotecas de baja calidad, bajo la supervisión del Tesoro, la Fed y el Fondo de Garantía de Depósitos, un programa que fue recibido con bastante interés por los agentes del mercado pero que, posteriormente, parece estar teniendo muchas dificultades, debido a los requisitos que se exigen; de hecho, algunas grandes entidades, como Morgan JP-Chase ya han anunciado que no participarán en el programa.

El objetivo de todo este conjunto tan complejo y voluminoso de ayudas al sistema financiero es, por supuesto, **recuperar los flujos de crédito del sistema bancario hacia la economía**. Para ello es imprescindible, además de recuperar la confianza, hacer frente a las pérdidas sufridas, es decir, que las **entidades reconstruyan su capital o recursos propios** para poder expandir el crédito cumpliendo los requisitos de recursos propios que establece la regulación, Basilea I y ya también, Basilea II. El llamado «stress test», un cálculo de las necesidades de capital fresco por parte de las principales entidades, cuyos resultados se conocieron hace dos semanas, ha mostrado unas necesidades de capital fresco de unos **70.000 millones de dólares para el conjunto de las 19 entidades analizadas: ha sido un resultado menos dramático del que se esperaba** y, de hecho, ha ayudado al relativo optimismo de las últimas dos semanas. De todos los grandes bancos norteamericanos, sólo Bank of America tiene una necesidad importante de nuevo capital, 34.000 millones de dólares, seguido de Wells Fargo, con cerca de 14.000 millones. Entidades como Morgan JP-Chase, Goldman Sachs no tienen, aparentemente, necesidad de nuevo capital, mientras de Citi, Morgan Stanley o Sun Trust tienen que recapitalizarse por importes relativamente pequeños, inferiores a los 2.000 millones de dólares.

En Europa la primera víctima europea de la crisis fue el banco **Northern Rock**, una estrella del sistema financiero británico en los años 90, uno de las entidades favoritas de las autoridades supervisoras británicas y, al parecer, del entonces ministro de Hacienda y ahora premier, BROWN. En septiembre de 2007 fue víctima del primer

pánico de depositantes sufrido por un banco en el Reino Unido en casi siglo y medio, pero todavía en ese momento fue ayudado y protegido por la agencia de supervisión financiera establecida por BROWN, en 1997, cuando era ministro de Hacienda, la Financial Services Authority (FSA). Pero en febrero de 2008 el gobierno británico, la FSA y el mismo BROWN no tuvieron más remedio que reconocer la situación de quiebra del NR y nacionalizarlo.

Después, han llegado unos cuantos casos más, en el Reino Unido, el **Bradford & Bingley**, una gran entidad hipotecaria, el **Halifax Bank** y, en los últimos días, el desastre del **Royal Bank of Scotland**, que ha declarado pérdidas por unos 30.000 millones de euros en 2008; en Alemania fue primero el **Hypo Bank**, pero después también ha tenido que recibir ayuda el **Commerzbank** –el gobierno alemán tiene ahora una participación minoritaria de bloqueo en su capital– entre otras entidades. Según informaciones aparecidas en los últimos días, la banca alemana tiene en sus libros activos «tóxicos» norteamericanos por valor de unos 400.000 millones de euros, de los cuales sólo una fracción pequeña han sido dados de baja, aflorando las pérdidas. En el Benelux los bancos **Fortis y Dexia**; el sistema financiero completo de Islandia; la **Unión de Bancos Suizos**, en Suiza, uno de los derrumbes más dramáticos por su importancia y el prestigio de Suiza como centro financiero; el contagio de los «activos tóxicos» norteamericanos también ha afectado a bancos franceses, irlandeses, italianos y algunos bancos nórdicos europeos. En todo caso, esta historia está lejos de haberse cerrado.

En relación con los bancos, **las autoridades europeas se han planteado objetivos a corto y medio plazo:** 1) **evitar pánicos**, elevando las garantías públicas a los depósitos bancarios; 2) **sanear** a plazo medio la situación de los bancos; y, a plazo más largo, 3) **mejorar la regulación y reforzar la supervisión** financiera.

El saneamiento de los bancos se ha acometido a través de tres vías, inspiradas sobre todo en el plan británico, que fue el primero en ponerse en marcha: 1) **participaciones públicas en el capital de las entidades;** 2) **compra o cesión «temporal» de activos de baja calidad contra activos de mejor calidad y/o liquidez;** 3) **garantías a las emisiones de deuda o de participaciones o acciones preferentes.**

LA «ARQUITECTURA FINANCIERA» Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

En este terreno, lo primero es, quizá, señalar la **confusión** que parece reinar cuando se habla de la necesidad de reconstruir la «arquitectura financiera internacional», el nombre que se le da al conjunto de instituciones financieras internacionales y al conjunto de reglas y prácticas con las que las instituciones públicas y privadas actúan en los mercados internacionales.

Se ha dicho, por ejemplo, que hay que llegar a un **Bretton Woods 2**, haciendo referencia, claro está, al acuerdo firmado en 1944 por los países aliados que dio origen al FMI, al Banco Mundial y al sistema de tipos de cambio fijos ajustables en vi-

gor hasta comienzo de los años 70, cuando la inflación estadounidense y la primera crisis del petróleo forzaron la ruptura de la relación entre el oro y el dólar y el paso a un sistema de tipos de cambio flotantes.

El acuerdo de 1944 respondía, en lo esencial, al objetivo de evitar los problemas surgidos en relación con el patrón-oro, porque tanto su mantenimiento, como su abandono contribuyeron a las devaluaciones competitivas y el proteccionismo comercial que se propagaron durante los años 30.

Para ello, el **acuerdo de Bretton Woods formalizó un sistema cuyos elementos fundamentales eran**

1. **El dólar norteamericano sería el nuevo patrón de valor cambiario y la nueva moneda de reserva internacional**, el valor de las diferentes monedas se fijaría en relación al dólar y éste se fijaba en relación a un peso de oro, con la posibilidad para los bancos centrales que tuvieran dólares en sus reservas de cambiarlos por su equivalencia en oro (esto es lo que hizo Francia con DE GAULLE a comienzo de los años 60, para gran irritación de casi todos los socios del FMI, empezando por los norteamericanos).

2. **La fijación de las paridades y su alteración exigirían el visto bueno o la supervisión del FMI.**

3. **Se aceptaba plenamente la existencia de controles de cambio** –hay que recordar que los controles de cambio no existían antes de la I Guerra Mundial, se trataba de una novedad introducida en los años 20 y 30– de forma transitoria para las transacciones corrientes y de forma más permanente para las operaciones de la balanza de capitales.

La **evolución entre 1945 y comienzo de la década de los 80 del pasado siglo** puede resumirse así:

1. **El sistema de tipos de cambio fijos tuvo que ser abandonado** debido a la evolución de la economía americana y a los desequilibrios creados a comienzo de los años 70, **pasando a un sistema de tipos de cambio flotantes**

2. **Fueron desapareciendo los controles de cambio** debido a un conjunto complejo de factores (ventajas de la liberalización, efectos de los medios informáticos y de telecomunicaciones sobre la operativa de los mercados, globalización, crecimiento de centros financieros diferentes a Nueva York y Londres).

De este forma, **los dos elementos cruciales de la arquitectura financiera internacional acordada en 1944 habían desaparecido a comienzo de los años 90, es decir, desaparecieron hace ya casi 20 años**. Ahora vivimos en un sistema de tipos flotantes, con libertad de movimiento de capitales, existencia de varios centros financieros de segundo orden (después de Nueva York y Londres) y globalización de los mercados.

¿Alguien se plantea cambiar esto? La respuesta es que no parece posible, ni deseable, volver a una situación de tipos de cambio fijos y controles de cambio o controles de los movimientos de capital; tampoco parece posible, ni deseable, poner trabas a la globalización de los mercados, volviendo a la situación que existía hace treinta o cuarenta años. ¿Entonces, de qué estamos hablando?

En realidad, lo que se está planteando pertenece más a lo que podemos denominar el «ámbito microeconómico» del sistema financiero internacional que al «ámbito macroeconómico», que es a lo que se enfrentaron los participantes en la conferencia de Bretton Woods, en 1944. Es decir, la crisis ha puesto en evidencia fallos de regulación y supervisión muy graves y muy evidentes, y esto es a lo que deberán enfrentarse los gobiernos nacionales y las instituciones financieras internacionales en los próximos años.

En cuanto a **cooperación europea en materia de supervisión y regulación, la discusión está muy abierta.**

Hasta ahora, las intervenciones se han adoptado, en todos los casos, por las **autoridades nacionales respectivas**, aunque haya habido declaraciones más o menos solemnes desde instancias de la Comisión de la Unión Europea y de otras instituciones internacionales.

La idea de una autoridad supervisora universal es poco práctica, aunque sólo sea porque los EEUU no aceptarían jamás, probablemente, algo así. Pero, en un ámbito más reducido, ¿es realista proponer la creación de una autoridad europea común de supervisión y regulación del sistema financiero? En principio, qué duda cabe de que parece una propuesta lógica: si tenemos un mercado monetario, un espacio comercial y de competencia y una moneda única, ¿por qué no una autoridad financiera única?

Sin embargo, caben **dos observaciones:**

1. La existencia de **una autoridad única daría lugar a nuevos problemas** (el más evidente: la necesidad de alcanzar acuerdos o consensos entre muchos participantes podría rebajar la calidad y la eficacia de la regulación; la existencia de una autoridad supervisora única no garantiza, por sí sola, nada). Por ejemplo, no es nada seguro que España hubiera conseguido mantener su regulación de provisiones bancarias –incluida la ahora tan conocida y estudiada llamada «dinámica» o «estadística», una medida que trata de anticiparse a las crisis– de haber existido un regulador único europeo.

2. En todo caso, **ese camino sería o será muy gradual.** La Unión Monetaria fue un proceso lento, que tomó más de 10 años de preparación (del Informe Delors de 1989 al lanzamiento del euro en 1999, pasando por Maastricht en 1992). Lo que sí tiene bastante sentido es crear ámbitos de coordinación en la supervisión e intercambio de información, algo que permita ir consolidando las mejores prácticas y la costumbre de tomar decisiones apoyadas en esas prácticas.

En este terreno, por otra parte, **no parece que pueda tomarse como modelo o ejemplo a seguir el británico de supervisión unificada, el Financial Services Authority (FSA): el sistema bancario británico ha sido, en Europa, el que peor parado ha salido de la crisis**, en algunos casos, por fallos de supervisión no menos llamativos que los que se imputan a los supervisores norteamericanos. Ni el sistema unificado de supervisión puesto en práctica por los británicos, ni ningún otro arreglo institucional puede garantizar nada por sí solo.

Los países de la UE podrán trabajar conjuntamente y se podrán poner de acuerdo en una serie de cuestiones importantes. Por ejemplo:

1. Establecer **nuevas reglas para la actuación de las agencias de rating** (aunque este problema es más difícil de lo que se suele suponer debido a la propia naturaleza de estas agencias).

2. Revisar **las reglas de capital, requisitos de liquidez, límites de apalancamiento y medición de riesgo aplicables a los bancos, es decir, revisar Basilea II;**

3. **Revisar la normativa contable**, algo que parece necesario a la vista de lo sucedido en el sistema financiero durante los últimos meses: el principio de valoración de los activos financieros a precios de mercado, que es, en principio y, en general, defendible, puede tener, aplicado rígidamente, consecuencias muy desfavorables, desde luego, no buscadas por los reguladores, entre ellas, la más evidente, ser una contabilidad «pro-cíclica», es decir, un sistema de contabilidad que agrava las depresiones y las crisis y estimula la actividad en tiempos de expansión.

4. **Revisar la normativa aplicable a las operaciones que se realizan fuera de los mercados organizados (OTC), sin contratos standard y sin cámara de compensación y liquidación.**

Para la superación de la recesión y, quizá, de la deflación que se nos puede venir encima no hay nada más importante que la recuperación de los flujos de crédito por parte de la banca, lo que va a exigir, en todo caso, hacer frente a las pérdidas del sistema financiero, es decir, **reconstruir los recursos propios y el capital de las entidades: sin esa recapitalización los bancos no podrán recuperar sus flujos de crédito.**

Algunas estimaciones dicen que el sistema financiero norteamericano (bancos comerciales, antiguos bancos de inversión, *hedge funds* e intermediarios en los mercados de valores) ha podido perder, en total, unos 3 billones latinos de dólares —que es un 25% del PIB de los Estados Unidos—. No hay ninguna estimación semejante para los bancos de la UE, pero parece obvio que algunos o bastantes bancos, de todos los tamaños, tendrán que hacer frente a procesos de «consolidación» (fusión con o absorción de otros bancos) y recapitalización.

CONCLUSIÓN: LOS PROBLEMAS POLÍTICOS

A largo plazo, sin embargo, una cuestión crucial va a ser el impacto de esta crisis, y de las políticas adoptadas para hacerla frente, sobre **el papel del Estado en la economía.**

Algunos han visto en la crisis una oportunidad para volver a reivindicar o exigir soluciones colectivistas, planificación económica, propiedad estatal, etc., en suma, lo que podemos llamar «soluciones socialistas», porque en alguna especie de «socialdemocracia», de un color o de otro, me parece que estamos todos, incluso el presidente BUSH, como él mismo lo reconocía, con cierta pesadumbre, en uno de sus últimos discursos. Pero, en fin, dejando esto aparte, y aunque no tenemos suficiente perspectiva, sí se pueden señalar algunas cuestiones que la crisis ha suscitado:

1. La primera: si el principio, que parece ya indiscutible, es que **ninguna entidad financiera puede quebrar y que, para ello, el dinero público estará siempre**

disponible para acudir al rescate del modo que sea y por el importe que sea, más allá de los problemas de «riesgo moral» que, indudablemente, se plantean, ¿cuál es el sentido de la propiedad privada y de lo que llamamos «libre mercado» en el sistema financiero? ¿No estamos más cerca de la «concesión administrativa» que de la propiedad privada?

Obviamente, puede decirse que si las intervenciones con dinero público son limitadas en su intención, de escaso volumen y se plantean con horizontes temporales cortos no plantean ninguna incompatibilidad con la propiedad privada, ni con la «filosofía» del mercado libre. Pero aún en ese caso, la justificación para una mayor intervención pública y más regulación parece evidente.

2. La segunda: **todos los gobiernos se han lanzado al salvamento y rescate de sus entidades financieras en dificultades.** Como señaló la Asociación Española de Banca, existe un riesgo: que, en lugar de los bancos, ahora compiten los Tesoros y las autoridades supervisoras nacionales, tratando cada uno de poner en la mejor situación posible a sus bancos, no ya sólo para sobrevivir, sino para ganar cuota de mercado frente a sus competidores de otros países. Y esta amenaza no es nada teórica: todos hemos visto que algún gran banco europeo se ha lanzado a grandes campañas publicitarias para captar nuevos depósitos justo después de recibir ayudas públicas muy importantes. Se trata de la aparición de una especie de proteccionismo financiero, avalado, podría decirse, por las autoridades nacionales respectivas, con implicaciones muy perturbadoras, frente al cual no sabemos si las autoridades de la UE tienen prevista o diseñada alguna política específica.

En suma, las intervenciones públicas para salvar a entidades financieras determinadas y el funcionamiento del sistema financiero **han difuminado bastante la diferencia entre bancos sanos, o relativamente sanos, y bancos enfermos.** Todos han sido colocados, más o menos, en el mismo saco, algo que, por supuesto, beneficia a los enfermos y perjudica a los sanos o a los relativamente más sanos.

3. **Los pactos europeos, el Pacto de Estabilidad y los acuerdos relativos a las funciones del BCE están en cuestión, si no, aún, en cuanto a los principios y la legalidad de la Unión, sí en términos políticos y prácticos.** Es obvio que existe una presión política y social muy fuerte para aceptar excepciones, de duración indeterminada, a los límites para el déficit y para que el BCE entre en operaciones de financiación de gobierno y entidades privadas que no están contempladas en los tratados. Por ejemplo, se prevé que el Reino Unido va a tener, en 2009, un déficit público en el entorno del 10% del PIB, el más alto en medio siglo y, por supuesto, mucho más allá de cualquier nivel aceptable en el Pacto de Estabilidad de 1997 y que hasta hora se ha respetado... aproximadamente.

4. **El papel de la Comisión Europea está siendo relativamente menor,** porque no dispone de competencias suficientes, ni de fondos suficientes teniendo en cuenta el enorme volumen de las intervenciones decididas por las autoridades nacionales. Ésta es, evidentemente, una diferencia crucial con los Estados Unidos. Además, es conocido que han surgido diferencias entre el gobierno alemán, de un lado, y los gobiernos británico y francés, de otro, en cuanto al volumen y modalidades de las intervenciones y ayudas con dinero público. Esto, y la «puesta entre paréntesis» de los

Pactos de Estabilidad ha debilitado a la UE como entidad política. Si el Banco Central Europeo no acierta en su política monetaria, este debilitamiento puede ser aún mayor.

RESUMEN: La crisis, que se inicia en 2007 a partir de la crisis del mercado hipotecario «*subprime*» norteamericano, se fue agravando hasta los meses finales de 2008, amenazando con un colapso en el sistema bancario y financiero internacional. La intervención masiva de los gobiernos y los bancos centrales de Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Europea (ayudas por parte de los Tesoros, suministro masivo de liquidez a coste muy bajo, llegando al 0%, garantías a los depositantes, nacionalizaciones bajo diversos formatos) consiguió evitar ese colapso, pero no ha podido impedir la caída en la actividad, el aumento en el desempleo, deflación, un gran aumento en los déficits públicos y riesgos de estancamiento económico. Las intervenciones de los gobiernos y los bancos centrales han planteado, además, problemas políticos relacionados con la regulación financiera y la naturaleza de una industria financiera que cuenta, en todo caso, con garantía ilimitada y permanente mediante fondos públicos.

PALABRAS CLAVE: crisis, hipotecario, liquidez, intervención, regulación, déficit.

SUMMARY: The crisis began in 2007 with the problems arising in the US for the subprime mortgage market and continue turning for the worst until the last quarter of 2008, when the international banking and financial system found itself near a kind of collapse. Such a collapse was avoided by massive intervention on the part of governments and central banks in the US, the United Kingdom and the European Union (financial help under different instruments, including nationalization, by Treasuries, massive liquidity injections at very low or no cost from the central banks, guarantees to depositors), but with a strong downturn in activity, unemployment increases, large upsurge in fiscal deficits, deflation and a serious risk of economic stagnation. Massive government and central bank interventions have brought about an international debate about financial regulations and political discussions on the nature of the financial industry, which, apparently, works under the assumption that there will always be public money to protect it.

KEY WORDS: crisis, mortgage, liquidity, intervention, regulation, deficit.

EL GOBIERNO DE LA ECONOMÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ

*Responsable del Gabinete Técnico Confederal de Comisiones Obreras. Profesor asociado de la
Universidad Rey Juan Carlos (Departamento de economía aplicada II)*

SUMARIO: 1. Una crisis económica desconocida desde la Gran Recesión de 1929. 2. Normas de gobierno económico en la Unión Europea. 3. Decisiones de política económica de la Unión Europea en la actual crisis: *Política monetaria. Política presupuestaria. Coordinación de las políticas económicas nacionales. Evolución déficits y deuda en circulación*. 4. Algunas conclusiones. ANEXO.

1. UNA CRISIS ECONÓMICA DESCONOCIDA DESDE LA GRAN RECESIÓN DE 1929

En el último año y medio se ha producido un brusco giro en el comportamiento de la economía mundial, al pasar de altas tasas de crecimiento y elevados precios de las materias primas, al hundimiento de los ritmos de actividad. Casi de golpe se ha pasado de una gran exhuberancia financiera, entendida como una gran facilidad de acceso a crédito, a un colapso del sistema financiero mundial.

El impacto de la crisis en toda su extensión nos ha permitido conocer las causas. El objetivo de dinamizar el mercado de vivienda y a la par aumentar el cobro de comisiones, mediante la concesión de préstamos hipotecarios en Estados Unidos en un contexto de bajos tipos de interés y ausencia de control público, fue ampliando el universo de estas operaciones hasta llegar a las personas con baja solvencia económica (hipotecas *subprime*). En síntesis, los préstamos hipotecarios concedidos se convirtieron en parte de la garantía de unos activos con una estructura cada vez más compleja¹, que fueron vendidos por los bancos de inversión norteamericanos a compradores de todo el mundo (modelo originar para distribuir). La falta de

¹ CDO, MBS y CDS (en español: obligaciones sobre deuda colateralizada, obligaciones garantizadas con hipotecas y seguros de créditos fallidos).

una adecuada normativa que permitía a los bancos eliminar los préstamos de su balance al transformarlos en garantía de los activos y la connivencia de las agencias de calificación al otorgarles la mejor nota a estos productos financieros (triple A) que como se ha comprobado tenían una calidad muy dudosa, engrasó una rueda que permitió a los bancos ampliar el número de préstamos hipotecarios y su cuantía al abrigo del continuo incremento en el precio de la vivienda. Los nuevos préstamos pasaron a ser soporte de más activos que compraban en todo el mundo los inversores, con los consiguientes beneficios para todos los vendedores de préstamos y activos. La subida de los tipos de interés decidida por la Reserva Federal de Estados Unidos a la vista de la mejora en el ritmo de actividad de la economía y la imposibilidad de continuar el proceso de elevación en el precio de los inmuebles, pinchó una burbuja que encadenó los fallidos en los préstamos hipotecarios con el impago de los activos financieros emitidos bajo su garantía, hasta crear una crisis que colapsó inicialmente el sistema financiero y contaminó rápidamente la actividad productiva a nivel mundial.

Las causas mencionadas han provocado el drástico cambio en el ritmo de actividad de la economía mundial hasta caer en una recesión de una gravedad desconocida desde la Gran Recesión de 1929. Las previsiones para el presente año (2009) son demoledoras y, de cumplirse, el Producto Nacional de Estados Unidos se reducirá en un -2,9% y la caída del japonés será todavía peor (-5,3%). Las perspectivas de la economía de la Unión Europea no son mejores, y después de mantener una tasa de crecimiento razonable en el período 2004-2007, se desaceleró bastante durante el pasado ejercicio 2008 (del 2,9% al 0,9% real en la UE27), con una pésima previsión en el presente año 2009, concretada en un descenso del Producto Interior Bruto agregado de los veintisiete miembros del -4,4% real (el descenso ha sido del -4,8% anual en el primer trimestre de 2009). Son cifras dramáticas, nunca alcanzadas desde el final de la II Guerra Mundial que como es lógico, son compartidos por los dieciséis países de la eurozona que verán reducida su producción en un porcentaje bastante similar (-4,6%). Ver Tabla 1.

El descenso en la producción en 2009 será generalizado en la Unión Europea, con excepción de Chipre, pero tendrá distinta intensidad según el territorio como se puede apreciar en la tabla siguiente. Las últimas previsiones de la Comisión Europea que pueden ser revisadas a la baja en el transcurso del año, señalan un mayor impacto en Lituania (-11% real), Estonia (-10,3%), Irlanda (-9,0%), aunque la caída será considerable también en Hungría (-6,3%), Alemania (-5,4%), Finlandia (-4,7%), Italia, Rumania y Austria (-4,0%), Reino Unido (-3,8%) y Portugal (-3,7%). El descenso llegará en menor medida a Bélgica y Holanda (-3,5%), Eslovenia (-3,4%), Dinamarca (-3,3%), España (-3,2%²), Luxemburgo y Francia (-3,0%), República Checa (-2,7%) y Eslovaquia (-2,6%). Las economías de Grecia (-0,9%), Malta (-0,9%), Letonia (-1,1%), Polonia (-1,4%) y Bulgaria (-1,4%) son las que pueden salir mejor paradas dentro del desastre generalizado. Ver Tabla 2.

² La previsión de la Vicepresidenta del Gobierno es un descenso del -3,6% nominal en 2009 y del -0,3% en 2010.

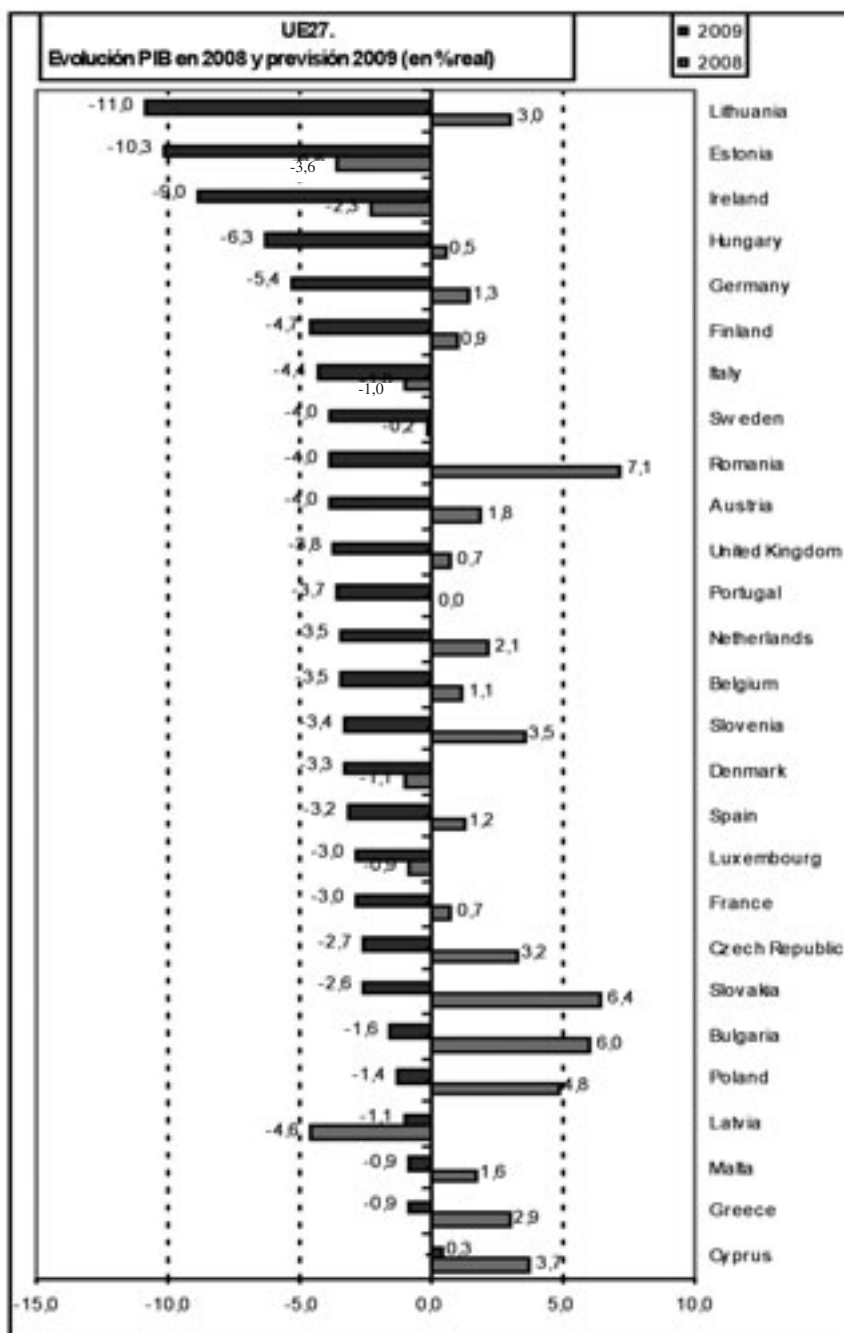


TABLA 1

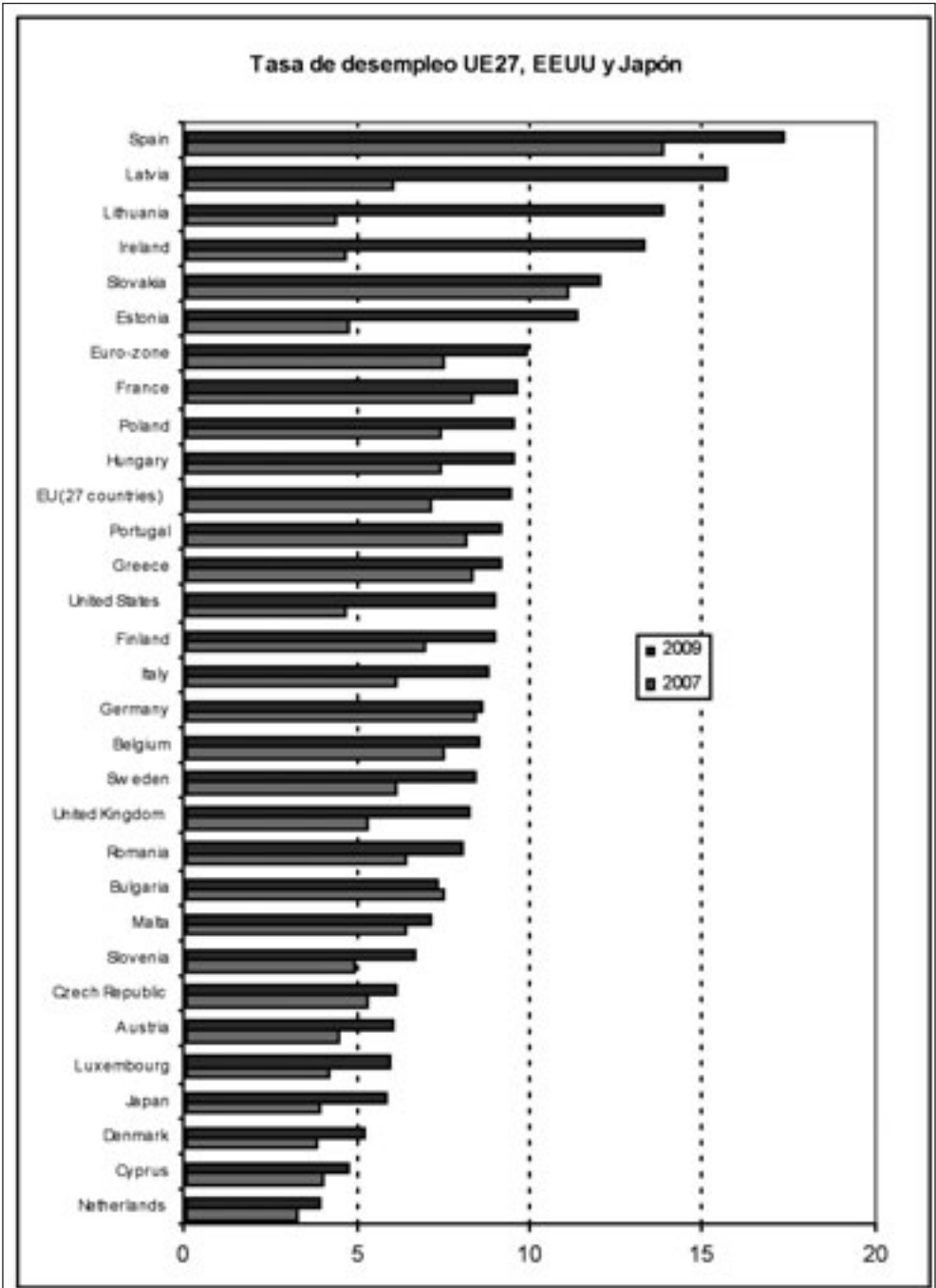


TABLA 2

La evolución negativa de la producción europea ha repercutido muy severamente sobre la ocupación, con un fuerte repunte de las personas en paro que ha elevado la tasa de desempleo en la Unión Europea desde el 7,1% en 2007 al 9,4% en 2009, y puede alcanzar el 10,4% en 2010³. El impacto ha sido mucho mayor en algunos países como demuestra la previsión de tasa de desempleo de España (del 8,3% en 2007 al 17,3% en 2009), Letonia (del 6% en 2007 a 15,7% en 2009), Lituania (del 4,3% en 2007 al 13,8% en 2009) e Irlanda (del 4,6% en 2007 al 13,3% en 2009).

Los descensos en la producción mundial y del crecimiento del desempleo son un signo de las dificultades, pero la magnitud de las cifras relacionadas con la crisis que sólo en pérdidas en activos financieros se eleva a cuatro billones de euros⁴, permite hacerse una idea de la gravedad del fenómeno que azota a la economía mundial, y en esta difícil situación es lógico reflexionar sobre cuáles son los instrumentos de los que dispone la Unión Europea para hacerle frente.

2. NORMAS DE GOBIERNO ECONÓMICO EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha evolucionado mucho desde su nacimiento en 1957, no sólo en el número de países miembros (de seis a veintisiete después de la última ampliación al este) sino también en las políticas comunes o compartidas, hasta alcanzar un modelo político y económico bastante peculiar y complejo.

En el plano económico, la Unión Aduanera concretada en la libre circulación de mercancías y aranceles comunes con terceros países, fue el primer paso que anticipaba un mercado único en todo el territorio comunitario con libertad en la circulación de los factores de producción (capital y trabajo). La posterior creación de la Unión Económica y Monetaria (UEM)⁵, convertida en el marco de la cooperación en política económica donde participan todos los países de la Unión Europea, al establecerse en su contexto las directrices de la política económica y social, que pretenden conseguir un apoyo mutuo de las políticas nacionales.

El euro es la moneda oficial de dieciséis países de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Italia, Malta, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal) quienes forman parte de la eurozona después de cumplir con los cinco requisitos exigidos y asumir la decisión histórica de renunciar a su soberanía sobre un instrumento tan simbólico a nivel popular y político y de gran poder económico como es la moneda nacional. Compartir la moneda común europea permite a los países disfrutar de las ventajas generadas por la mayor facilidad en las transacciones entre países, la estabilidad en el tipo de cambio con un precio más reducido en el precio del dinero, y en contrapartida han dele-

³ Fuente: Comisión Europea.

⁴ Fuente: Fondo Monetario Internacional (abril 2009).

⁵ Más detalle del proceso de génesis en «La articulación de una política económica común en la Unión Europea». GARCÍA, M. A. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6, 1^{er} semestre 2004. Edita UNED, COLEX y FSAP.

gado en el Banco Central Europeo la soberanía sobre la política monetaria, es decir, sobre la definición del tipo de interés de intervención, el tipo de cambio de la moneda y el control de la oferta monetaria, en términos simples del dinero en circulación.

Otros cinco países que no están en la eurozona (Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania y Eslovaquia) cuentan con un sistema llamado MC II, segunda generación del «mecanismo de tipos de cambio», que limita la fluctuación de sus monedas nacionales con el euro dentro de escasos márgenes que les ayudan a mantener unos tipos de cambio estables con sus principales socios comerciales. El MC II ayuda a los países que quieren adoptar el euro en su etapa de preparación, al ser la estabilidad del tipo de cambio previo durante dos años una de las cinco condiciones exigidas para formar parte de la moneda única (las otras se refieren a los tipos de interés, el déficit presupuestario, la tasa de inflación y la deuda pública).

La política monetaria común creada a partir del nacimiento del euro está acompañada de una política fiscal de naturaleza y aplicación totalmente distinta, al recaer la mayor parte de las decisiones en el ámbito nacional, con excepción del presupuesto de la Unión Europea que cuenta con un tamaño muy reducido (1% del PNB UE27), en especial, si se le compara con el de los países miembros (una media del 50,1% del PIB nacional)⁶. La gran autonomía de los estados miembros en este terreno está, no obstante, sometida a unas normas de disciplina recogidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) aprobado inicialmente en el Consejo de Amsterdam (1997). En el PEC los países de la Unión Europea se comprometen a alcanzar la situación presupuestaria a medio plazo «*cercana al equilibrio o superávit*» al considerar que una situación de estas características les dotará de un margen de seguridad para afrontar coyunturas adversas. A la vez, se marcaba un límite anual máximo del 3% del PIB en el saldo negativo de las cuentas públicas que no operaba cuando la caída en el ritmo de actividad sea superior al -2% del PIB o, si situado entre el 0,75% y el 2% del PIB, el Consejo Europeo lo considera oportuno por mayoría de dos tercios de sus componentes.

El saldo máximo fijado en las cuentas públicas para no incurrir en sanción comunitaria está fijado en un porcentaje del PIB de cada país, sin tener en cuenta ni la dimensión ni la estructura del presupuesto en gastos o ingresos. Por tanto no se tiene en cuenta si la causa son los gastos corrientes o de inversión o si el nivel de ingresos es consecuencia de una mayor presencia de los impuestos directos o indirectos. Tampoco tiene en cuenta el grado de presencia pública dentro de la economía (1% o 100% del PIB). De igual forma, en un inicio, el límite máximo de saldo fiscal negativo era aplicable con independencia del saldo de deuda pública. Cuando un país incumple con los criterios del PEC debería realizar un depósito no remunerado (0,2% del PIB fijo +0,1% del PIB por cada punto de déficit superior al 3% establecido como máximo), que se convertirá en multa si en el plazo de dos años no ha corregido la situación. Para no ser sancionado, por tanto, el déficit debe ser co-

⁶ Previsión de la Comisión Europea en 2009.

yuntural y excepcional sin alcanzar de forma estructural los límites marcados. Se utiliza el termino condicional en la explicación porque en la práctica no se ha cumplido la sanción nunca aunque se hayan rebasado los límites en alguna ocasión.

La base conceptual sobre la que se apoyaba la definición del Pacto es una situación habitual de equilibrio presupuestario o cercana al mismo, considerando suficiente el margen de tres puntos del PIB para dejar actuar libremente a los estabilizadores automáticos en los momentos menos peores del ciclo económico.

La aparición de situaciones de crisis y con ella, la aparición de datos económicos negativos desde 2000 donde se incluyen los déficits superiores al 3% en algunos países miembros (Italia, Portugal, Francia y Alemania) ha provocado la introducción de cambios en los criterios iniciales, con la paradoja de que Alemania, el más firme defensor de establecer un límite de endeudamiento estricto y un procedimiento punitivo severo para reforzar la nueva moneda, haya sido uno de los primeros en superar el déficit excesivo y pedir una interpretación más flexible de un Pacto cuya definición actual fue impulsada por este país para tranquilizar a su población ante la sustitución del marco.

Las modificaciones introducidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) diluyen las anteriores estrictas condiciones, y en síntesis se concentra en recoger el compromiso de los Estados miembros a cumplir el objetivo presupuestario a medio plazo de alcanzar una situación de proximidad al equilibrio o superávit en un contexto más amplio donde se tenga en cuenta la deuda pública en circulación, se definan los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos para cada país y la trayectoria de ajuste en el marco del procedimiento de déficit excesivo, teniendo en cuenta las consideraciones relativas a la viabilidad de la hacienda pública.

El cumplimiento de los objetivos se persigue con obligaciones desde tres partes: Estados miembros, Comisión Europea y Consejo Europeo. Comenzando por los Estados miembros:

- Son invitados a hacer públicas, por iniciativa propia, las recomendaciones que les dirige el Consejo Europeo.
- Se comprometen a adoptar las medidas presupuestarias correctoras que sean necesarias para alcanzar los objetivos de sus programas de estabilidad o de convergencia.
- Deben aplicar los ajustes presupuestarios correctores que estimen necesarios sin demora cuando se les notifique la existencia de un riesgo de déficit excesivo (superior al tres por ciento del PIB).
- Deben corregir los déficit excesivos lo más rápidamente posible tras su aparición.
- Se comprometen a no aducir el carácter excepcional de un déficit salvo si sufren una grave recesión (baja anual del PIB real de como mínimo el 0,75 %).

Por su parte, la Comisión Europea:

- Ejerce el derecho de iniciativa que le confiere el Tratado con objeto de facilitar el funcionamiento riguroso, rápido y eficaz del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

- Debe presentar sin demora los informes, dictámenes y recomendaciones necesarios para permitir al Consejo adoptar sus acciones rápidamente;
- Se compromete a elaborar un informe cuando exista un riesgo de déficit excesivo o cuando el déficit público previsto o efectivo rebase el valor de referencia del 3% del PIB.
- Se compromete, si estima que un déficit que supera el 3% no es excesivo y esta opinión no es conforme al dictamen del Comité Económico y Financiero, a presentar por escrito al Consejo las razones que justifican su posición.
- Se compromete, a petición del Consejo, a formular en principio una recomendación, sobre cuya base el Consejo decidirá declarar o no la existencia de un déficit excesivo.

Por último, el Consejo:

- Se compromete a aplicar de forma rigurosa y rápida todos los elementos del Pacto de estabilidad y crecimiento que son de su incumbencia. Por otra parte,
- Debe considerar los plazos previstos para la aplicación del procedimiento de déficit excesivo como plazos máximos.
- Debe decidir sistemáticamente la imposición de sanciones si un Estado miembro participante no adopta las medidas necesarias para poner fin a una situación de déficit excesivo y a aplicar rigurosamente toda la gama de sanciones previstas.
- Exponer sistemáticamente por escrito las razones que justifiquen una decisión de no intervenir.

3. DECISIONES DE POLÍTICA ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA ACTUAL CRISIS

La política económica es la suma de múltiples iniciativas con repercusión en toda la sociedad que abarcan un amplio número de ámbitos normativos y financieros. La política de competencia forma parte de la política económica aunque se instrumenta bajo el principio de potenciar la mayor libertad en las actividades productivas en los distintos sectores de actividad evitando la generación de posiciones de privilegio por parte de unos pocos. Su influencia en las relaciones económicas es muy grande pero su aplicación requiere de escasos recursos financieros. Las políticas de protección social forman parte también de la política económica pero a diferencia de la materia anterior necesitan de un importante volumen de recursos financieros con independencia de quien preste el servicio, lo que origina la obligación de establecer en paralelo formulas para obtener ingresos. Ambas políticas podrían articularse de forma supranacional y, sin embargo necesitan de una marco estructural distinto. Las primeras sólo de un marco normativo mientras las segundas están obligadas a disponer de un marco legislativo para definir como son y a quién se dirigen pero también necesitan establecer como son los impuestos y quién los paga. Ante un contenido tan amplio de materias objeto de análisis, este trabajo limita la gobernanza económica a las políticas monetaria y fiscal.

La crisis ha sido repentina y ha golpeado duro en un breve período de tiempo en todo el mundo debido al impacto de las pérdidas generadas por la compra generalizada de unos activos de los que en una parte significativa, todavía se desconoce su valor real, y por la caída del ritmo de actividad económica generada por el colapso del sistema financiero, pero también y no con influencia menor, por el excesivo endeudamiento acumulado y la no disponibilidad de los efectos sobre el consumo y la inversión de crecimientos artificiales en el valor de activos mobiliarios e inmobiliarios. El estallido de la burbuja inmobiliaria, es decir, la imposibilidad de mantener un crecimiento continuo en el precio de la vivienda ha cortado la disponibilidad de mucho dinero fácil que durante un tiempo ha servido para cebar el consumo y la inversión en algunos países, por ejemplo España.

Las entidades financieras europeas habían comprado también los activos emitidos por los bancos norteamericanos y, por tanto, no se han librado del colapso financiero provocado por los desequilibrios en sus balances aparecidos al comprobar que una parte de sus inversiones valen mucho menos, por no decir nada. Pero también aunque con diferencias apreciables entre países, los agentes económicos han incrementado significativamente su deuda habitualmente acompañado de importantes déficits en sus balanzas de pago, y el precio de algunos activos ha disminuido rompiendo un efecto riqueza que en parte, era tan solo una ilusión monetaria. La crisis llegó a Europa y la respuesta de la Unión Europea ha venido determinada por las posibilidades políticas e institucionales de un proyecto de integración regional compuesto básicamente por países que cuentan con un nivel de renta y una estructura productiva bastante distinta, y comparten una relación limitada de políticas supranacionales comunes (agrícola y pesquera, regional y monetaria).

Política monetaria

El Banco Central Europeo viene desarrollando sus tareas desde su creación en junio de 1998, aunque son más evidentes desde la puesta en circulación de las monedas y billetes a principio de 2002. Las decisiones del Banco Central afectan directamente a la fijación de los tipos de interés de intervención y la cantidad de dinero en circulación, e indirectamente al tipo de cambio del euro en relación con las distintas monedas.

Las decisiones del Banco Central Europeo sobre política monetaria han estado presididas por el control de la inflación, en cumplimiento del artículo 105 del Tratado Europeo (ver anexo). El seguimiento de la estabilidad de precios (crecimiento alrededor del 2%) explica la evolución al alza del tipo de interés de intervención en 2000 (máximo del 4,75%), la progresiva rebaja aplicada hasta 2004 (mínimo del 2,0%), el repunte posterior hasta septiembre de 2008 (4,25% en septiembre) para después caer en picado hasta alcanzar el actual 1% (mayo de 2009).

La política monetaria aplicada por el Banco Central Europeo desde septiembre de 2008 ha sido expansiva como resultado de la rebaja en el precio del dinero como por la cantidad de dinero en circulación consecuencia de su política de préstamos a las entidades financieras. La crítica sobre su actuación, frecuente desde su creación

desde algunos sectores de opinión, e incluso, apoyada por algunos Presidentes de Gobierno cuando aparecía algún problema de crecimiento en su país, se ha recrudecido en el último año al cuestionar su intensidad.

Cabe destacar, la discutible decisión de incrementar el tipo de interés del 4,0% al 4,25% en julio del año pasado cuando si bien se estaba produciendo un repunte en los precios debido, sobre todo, al fuerte incremento en los precios energéticos ya se comenzaba a percibir la crisis financiera a nivel mundial, y en el momento actual se señala su falta de ambición en comparación con los tipos de interés en Estados Unidos y Reino Unido que rozan el cero por ciento.

En el capítulo de regulación monetaria, los responsables del Banco Central Europeo se habían limitado a inyectar dinero de manera temporal al limitar su actuación a la concesión a las entidades financieras de préstamos garantía⁷ con un vencimiento de seis meses. Las voces críticas, no obstante, han comparado la cantidad autorizada por el Banco Central Europeo con la aprobada por el Banco de Inglaterra y, por supuesto, con la de la Reserva Federal de Estados Unidos (supera el billón de euros). Puede que por este motivo o al comprobar la profundidad de la crisis, el Banco Central europeo ha inyectado en el mes de junio de 2009 casi 900.000 millones de euros, de los cuales, 442.240,00 millones de euros tienen un vencimiento de 371 días con un tipo de interés del 1% y han sido instrumentados en préstamos a las entidades de crédito de la zona euro. Además, ha autorizado la compra de títulos con respaldo hipotecario a las entidades financieras por valor de 60.000 millones de euros que implica aumentar el dinero en circulación de forma permanente⁸, o por lo menos hasta que el Banco Central decida vender los activos adquiridos y encontrar quién se los compre.

En general, la cantidad de dinero puesta en circulación por el Banco Central Europeo mediante préstamos a las entidades de crédito ha sido bastante elevada, es decir, ha habido dinero suficiente pero algo más caro que en comparación con Estados Unidos. Por otra parte, la rebaja del precio del dinero hasta un coste nulo no garantiza mejores resultados si se cumple la trampa de la liquidez enunciada por Keynes que en síntesis se apoya en suponer que la baja remuneración del capital en la práctica reduce la tendencia a realizar inversiones porque es poco costoso mantener los recursos en efectivo, de forma que las inyecciones de liquidez de los bancos centrales, es decir, los incrementos del dinero en circulación tienen poca incidencia sobre la demanda agregada de la economía al existir un fuerte incentivo hacia el atesoramiento en vez de dedicarse a inversión productiva.

⁷ Las entidades financieras tienen que aportar activos como garantía que se denominan colaterales.

⁸ Esta medida se puede incluir dentro del concepto denominado *quantitative easing* que aumenta la cantidad de dinero en circulación y eleva los precios de los valores de los activos comprados (o reduce su rendimiento).

Tipo de intervención nominal a corto plazo de los bancos centrales (datos a fin de período)

	España	UEM (eurozona)	Reino Unido	Estados Unidos	Japón
1993	9,00		5,50	3,00	1,75
1994	7,35		6,25	5,50	1,75
1995	9,00		6,50	5,50	0,50
1996	6,25		6,00	5,25	0,50
1997	4,75		7,25	5,50	0,50
1998	3,00		6,25	4,75	0,50
1999		3,00	5,50	5,50	0,50
2000		4,75	6,00	6,50	0,50
2001		3,25	4,00	1,75	0,25
2002		3,25	4,00	1,75	0,10
2003		2,00	3,75	1,00	0,10
2004		2,00	4,50	2,25	0,10
2005		2,10	4,70	3,50	0,10
2006		3,50	5,00	5,25	0,40
2007		4,00	5,50	4,25	0,72
2008		2,50	3,00	1,00	0,30
2009 (mayo)		1,00	0,50	0,25	0,10

Fuente: Síntesis de indicadores económicos Ministerio de Economía y Hacienda



Conviene reseñar también la limitación específica a la que se enfrenta la autoridad monetaria europea de cómo repartir los recursos entre las entidades financieras y los países, que tienen diferentes fundamentos económicos y distintas situaciones de necesidad. La Reserva Federal de Estados Unidos ha autorizado la compra de activos donde se incluye la deuda pública emitida por el Gobierno –en este último supuesto ha permitido la monetización del déficit–, una medida prohibida en el Tratado de Maastricht pero que de no ser así, seguro encontraría serias dificultades al ser cuestionada por aquellos países con menor déficit y deuda pública en circulación al considerar innecesario asumir el riesgo asociado a esa fórmula de expansión monetaria. Las diferencias de modelo político aparecen claramente en este supuesto, al igual que pueden aparecer a la hora de elegir la distribución de los recursos autorizados para la compra de activos hipotecarios que sólo se han emitido en España, Alemania y Francia.

Tipo de cambio euro (media del período)

	Dólar USA	Yen japonés	Franco suizo	Libra esterlina	Corona sueca	Corona danesa
1999	1,07	121,3	1,600	0,659	8,810	7,440
2000	0,92	99,5	1,558	0,609	8,450	7,450
2001	0,90	108,7	1,510	0,622	9,250	7,450
2002	0,95	118,1	1,467	0,629	9,159	7,430
2003	1,13	131,0	1,521	0,692	9,120	7,429
2004	1,24	134,4	1,544	0,679	9,120	7,440
2005	1,25	136,9	1,548	0,684	9,280	7,452
2006	1,26	146,1	1,573	0,682	9,253	7,459
2007	1,37	161,3	1,643	0,683	9,250	7,451
2008	1,47	152,5	1,587	0,796	9,615	7,456
2009 (abril)	1,32	130,3	1,515	0,898	10,880	8,798
Evolución 2000-2009	42,7%	30,9%	-2,8%	47,4%	28,8%	18,1%

Fuente: Banco de España. Estadísticas

El tipo de cambio del euro con el dólar norteamericano ha pasado de una etapa de depreciación de la moneda europea, es decir, de pérdida de valor en relación con el dólar (de 1,07 dólares por euro en 1999 a 0,90 en 2001) a otra de apreciación que después de alcanzar su punto máximo en 2008 (1,47 dólares por euro) se sitúa en 1,32 euros por dólar en la actualidad (abril de 2009). La apreciación del euro ha abaratado el precio de las importaciones –con especial relevancia en el control de la inflación en la etapa reciente donde se incrementaron muy significativamente el

precio de los productos energéticos nominados en dólares– y en contrapartida, ha encarecido comparativamente las exportaciones de los países de la eurozona.

Política presupuestaria

La política monetaria común determinada por el Banco Central Europeo ha estado acompañada con única política fiscal común, el presupuesto comunitario que ha mantenido la dimensión y la estructura prevista desde su diseño para el período 2007-2013 indiferente ante la crisis.



La posibilidad de incidir en las nuevas condiciones se limitan al impacto de los reducidos recursos en las áreas ya previstas, en especial en la política regional (45% del gasto del presupuesto) y la política agrícola común (31,6% del gasto del presupuesto) donde puede jugar algún papel de estabilidad y anticíclico. El resto de las políticas disponen de recursos bastante más reducidos aunque a pesar de ello, las políticas de ayuda al desarrollo de la Unión Europea sean de las más cuantiosas del planeta (7.900,00 millones de euros). Como curiosidad y representación de los límites del presupuesto, la partida de gastos de administración es significativamente superior a la de libertad, seguridad y justicia (9.595,00 frente a 1.661,00 millones de euros).

Coordinación de las políticas económicas nacionales

La constatación de la grave crisis iniciada en los bancos de Estados Unidos con importantes repercusiones negativas en una parte importante de las entidades de crédito europeas con riesgo serio de colapso en el sistema financiero europeo, fue el detonante para que los Primeros Ministros de la Unión Europea bajo presidencia francesa aprobarán el 13 de octubre de 2008, un plan de actuación propio apoyado en cuatro ejes:

- Garantía de los depósitos de los clientes en un mínimo de 100.000 euros.
- Intervención pública en el mercado interbancario al garantizar, asegurar o suscribir los propios Estados los préstamos con vencimientos de hasta cinco años en operaciones suscritas hasta el final del año 2009.
- Reforzar los recursos propios de las entidades financieras entrando los Estados en el capital según precios de mercado, para «permanecer vigilantes teniendo en cuenta el interés de los contribuyentes y asegurar que los actuales accionistas y gestores soportarán las debidas consecuencias de la intervención».
- Compromiso de impedir cualquier quiebra de instituciones financieras que pueda poner en peligro el sistema.

El gasto inicial propuesto por los Gobiernos más importantes de la Unión Europea ascendía casi dos billones de euros: Reino Unido (620.000 millones de euros), Alemania (500.000 millones de euros), Francia (360.000 millones de euros), Irlanda (400.000 millones de euros), España (150.000 millones de euros), Austria (85.000 millones de euros), Portugal (20.000 millones de euros), Holanda (20.000 millones de euros)... El coste final de la operación no se puede calcular al depender de muchos factores, entre otros, el grado de exposición de los activos, es decir, cuánto será la pérdida sobre su valor nominal, al que añadir el coste de anticipar una cantidad muy grande de dinero con los correspondientes intereses y la posible incidencia sobre la inflación en caso de aumentar la oferta monetaria⁹. Consecuencias a las que añadir la pregunta de quién suscribirá esas gigantescas emisiones de deuda pública en un mercado que quedará inundado de bonos públicos.

La contestación de la Unión Europea en términos supranacionales ante la recesión de la actividad económica se limita a una serie de sugerencias o recomendaciones agrupadas en tres líneas de trabajo:

- Un aumento en el gasto público de los estados miembros por valor de 200.000 millones de euros, el equivalente al 1,5% del PIB de la UE27, para activar la demanda en el marco de cumplir con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

⁹ En las condiciones actuales de sequía de créditos es muy improbable un rebrote inflacionista debido a no funcionar el multiplicador bancario, pero es conveniente ser cuidadoso en el medio plazo cuando se produzca una recuperación de la intermediación de las entidades financieras.

- La puesta en práctica a corto plazo de medidas que puedan reforzar la competitividad a largo plazo mediante «inversiones inteligentes en cualificaciones adecuadas para las necesidades del mañana; invertir en eficiencia energética para crear puestos de trabajo y ahorrar energía, invertir en tecnologías limpias para impulsar sectores como los de la construcción y el automóvil en los mercados con bajo nivel de carbono del futuro; e invertir en infraestructuras e interconexiones para fomentar la eficiencia y la innovación».

Al mismo tiempo, el documento aprobado¹⁰ recoge un plan con diez acciones para la recuperación que los Estados miembros deberían concretar en las medidas económicas y sociales oportunas para hacer frente a los retos del presente: lograr nuevas fuentes de financiación para las PYME, reducir las cargas administrativas y poner en marcha las inversiones destinadas a modernizar las infraestructuras, con el propósito de fomentar una Europa competitiva lista para la economía con bajo nivel de emisiones de carbono.

- El Plan también recoge como objetivos la solidaridad y la justicia social al considerar que en épocas de penuria, las actuaciones han de volcarse en ayudar a los más necesitados mediante la protección del empleo tomando medidas en materia de contribuciones sociales; mejorando las perspectivas laborales a largo plazo de las personas que están perdiendo sus puestos de trabajo mediante el Fondo Europeo de Ajuste a la Globalización y un Fondo Social Europeo más ágil, reduciendo los costes de la energía para los más vulnerables mediante medidas selectivas de eficiencia energética; y cubriendo las necesidades de aquellas personas que aún no disponen de internet como instrumento de comunicación.

Como se puede comprobar, la iniciativa de la Comisión Europea se mueve en el terreno de las recomendaciones, en su mayor parte de carácter muy general, como demuestra que solo concreta el volumen adicional de gasto público que en la práctica se ha cumplido de manera poco homogénea en los distintos países tanto en el volumen como en la forma de hacerlo.

¹⁰ Un plan europeo de recuperación económica. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo (26-11-2008).

Unión Europea				
Ayudas públicas a la banca. En % PIB (marzo 2009)			Estímulos fiscales en 2009 y 2010	
	aprobadas	efectivas	en % del PIB	
Irlanda	230,3	227,3	España	2,3
Bélgica	74,6	35,3	Austria	1,8
Reino Unido	50,3	30,8	Finlandia	1,7
Holanda	42,0	24,4	Malta	1,6
Luxemburgo	19,3	18,5	Alemania	1,4
Suecia	50,2	8,9	Reino Unido	1,4
Letonia	23,1	8,9	Suecia	1,4
Austria	60,1	8,7	Luxemburgo	1,2
Alemania	26,4	6,3	Francia	1,0
España	12,1	4,6	Polonia	1,0
Francia	20,2	4,2	Rep Checa	1,0
Portugal	14,9	3,0	Holanda	0,9
Grecia	11,4	2,2	Portugal	0,9
Dinamarca	243,8	0,5	Eslovenia	0,6
Hungría	7,0	0,1	Irlanda	0,5
Eslovenia	32,8	0,0	Bélgica	0,4
Finlandia	27,7	0,0	Dinamarca	0,4
Italia	1,2	0,0	Estonia	0,2
Bulgaria	0,0	0,0	Chipre	0,1
Chipre	0,0	0,0	Eslovaquia	0,1
Rep Checa	0,0	0,0	Bulgaria	0,0
Estonia	0,0	0,0	Grecia	0,0
Lituania	0,0	0,0	Hungría	0,0
Malta	0,0	0,0	Italia	0,0
Polonia	0,0	0,0	Letonia	0,0
Rumania	0,0	0,0	Lituania	0,0
Eslovaquia	0,0	0,0	Rumania	0,0

Fuente: Public Finances in EMU 2009. Economic and Financial Affairs European Commission

Medidas de estímulo fiscal en 2009 y 2010 por Estado miembro (en% del PIB)

2009											2010
	TOTAL	PREVISIONES OTOÑO	PRESUPUES- TO 2009	GASTOS	INGRESOS	MEDIDAS DESTINADAS HOGARES	AUMENTO GASTO MEDIDAS MERCADO DE TRABAJO	MEDIDAS DESTINADAS A EMPRESAS	AUMENTO DE LA INVERSIÓN PÚBLICA	EN INFRAES- TRUCTURA PÚBLICA	TOTAL
AT	1,8	0,2	1,6	0,4	1,4	1,4	0,2	0,3	0,2	0,1	1,8
BE	0,4	0,0	0,0	0,2	0,2	0,1	0,1	0,0	0,2	0,1	0,4
BG**	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
CY	0,1	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
CZ	1,0	0,0	0,9	0,5	0,5	0,0	0,5	0,1	0,4	0,4	0,5
DE	1,4	0,3	1,4	0,6	0,8	0,9	0,1	0,0	0,4	0,0	1,9
DK**	0,4	0,0	0,0	0,3	0,1	0,0	0,0	0,1	0,3	0,2	0,8
EE	0,2	0,0	0,1	0,2	0,0	0,0	0,2	0,0	0,0	0,0	0,3
EL	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
ES	2,3	1,2	1,2	1,0	1,3	0,3	0,0	1,1	0,9	0,0	0,6
FI	1,7	0,9	0,9	0,6	1,1	0,9	0,2	0,2	0,3	0,0	1,7
FR	1,0	0,0	0,0	0,7	0,3	0,2	0,1	0,4	0,3	0,1	0,1
HU**	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
IE	0,5	0,5	0,5	0,3	0,2	0,5	0,0	0,0	0,0	0,0	0,5
IT**	0,0	0,0	0,0	0,2	-0,2	0,2	0,0	-0,2	0,0	0,0	0,0
LT**	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
LV**	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
LU	1,2	1,2	1,2	0,1	1,2	1,2	0,0	0,0	0,0	0,0	1,4
MT	1,6	0,0	1,6	1,3	0,3	0,3	0,0	0,1	1,3	0,7	1,6
NL	0,9	0,3	0,3	0,4	0,5	0,3	0,1	0,1	0,4	0,2	1,0
PL	1,0	0,8	1,0	0,3	0,7	0,6	0,0	0,1	0,3	0,3	1,5
PT	0,9	0,1	0,1	0,9	0,0	0,1	0,2	0,3	0,4	0,3	0,1
RO	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
SE	1,4	1,0	1,0	0,6	0,8	0,6	0,5	0,0	0,3	0,2	1,6
SI	0,6	0,0	0,0	0,5	0,1	0,0	0,1	0,3	0,2	0,0	0,5
SK	0,1	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0
UK***	1,4	0,1	1,4	0,4	1,0	1,2	0,0	0,0	0,2	0,0	0,0
EU-27	1,1	0,3	0,7	0,5	0,6	0,5	0,1	0,2	0,3	0,1	0,7
EA-16	1,1	0,3	0,6	0,5	0,5	0,4	0,1	0,2	0,3	0,1	0,8

* Las cifras para 2010 representan un cambio con respecto a 2008, es decir, incluir medidas de carácter permanente teniendo efectos en el 2009, más el efecto neto de las medidas que entren en vigor en 2010.

** Las medidas en Bulgaria están condicionados a la mejora de los desequilibrios macroeconómicos. En general, se supone una política fiscal neutral. Dinamarca ha decidido recientemente posponer la reintroducción de una contribución obligatoria "en especial de pensiones" por un año. Como el régimen se encuentra fuera del sector de las administraciones públicas, pero la contribución es deducible de impuestos, este aplazamiento mejora el equilibrio de las administraciones públicas. Hungría, Italia, Lituania y Letonia han aprobado paquetes de medidas fiscales en respuesta a la crisis, pero su impacto neto es neutral o de reducción del déficit.

*** Las medidas anunciadas por el Reino Unido están afectando a los ejercicios 2008/09 y 2009/10. Estas medidas han sido reasignarse, en la medida de lo posible, de acuerdo con su impacto en los años naturales 2009 y 2010. Las últimas medidas del Reino Unido, anunciadas en abril de 2009, no se incluyen en el cálculo.

FUENTE: servicios de la Comisión.

Evolución déficits y deuda en circulación

Las respuestas de los gobiernos de los estados miembros ha sido dispar y se podría resumir en que cada uno ha hecho lo que ha considerado oportuno de acuerdo a sus necesidades, sus posibilidades y su ideología, pero en todos los casos la crisis ha repercutido muy severamente en las cuentas públicas como suma de las pérdidas de ingresos y los mayores gastos, sobre todo en este apartado, de las prestaciones por desempleo.

El déficit de los veintisiete países de la Unión Europea previsto en 2009 asciende al -6,0% del PIB, y el de la zona euro es algo inferior pero también muy elevado (-5,3% del PIB). Los resultados por países, no obstante, tienen un rango de variación muy acentuado con bastantes más componentes en número por debajo de la media (veinte) que sobre la media (siete), aunque éstos últimos la superan casi todos muy ampliamente.

El saldo de las cuentas públicas en 2009 alcanzará su peor resultado en Irlanda donde se alcanzará un porcentaje muy similar al de Estados Unidos (-12% del PIB). El déficit en el Reino Unido también será muy abultado (-11,5% del PIB) junto al de Letonia (11,1% del PIB) y España (-8,6% del PIB). Polonia (-6,6% del PIB), Francia (-6,6% del PIB) y Portugal (-6,5% del PIB) también prevén un saldo negativo en sus cuentas públicas superior a la media de la UE27.

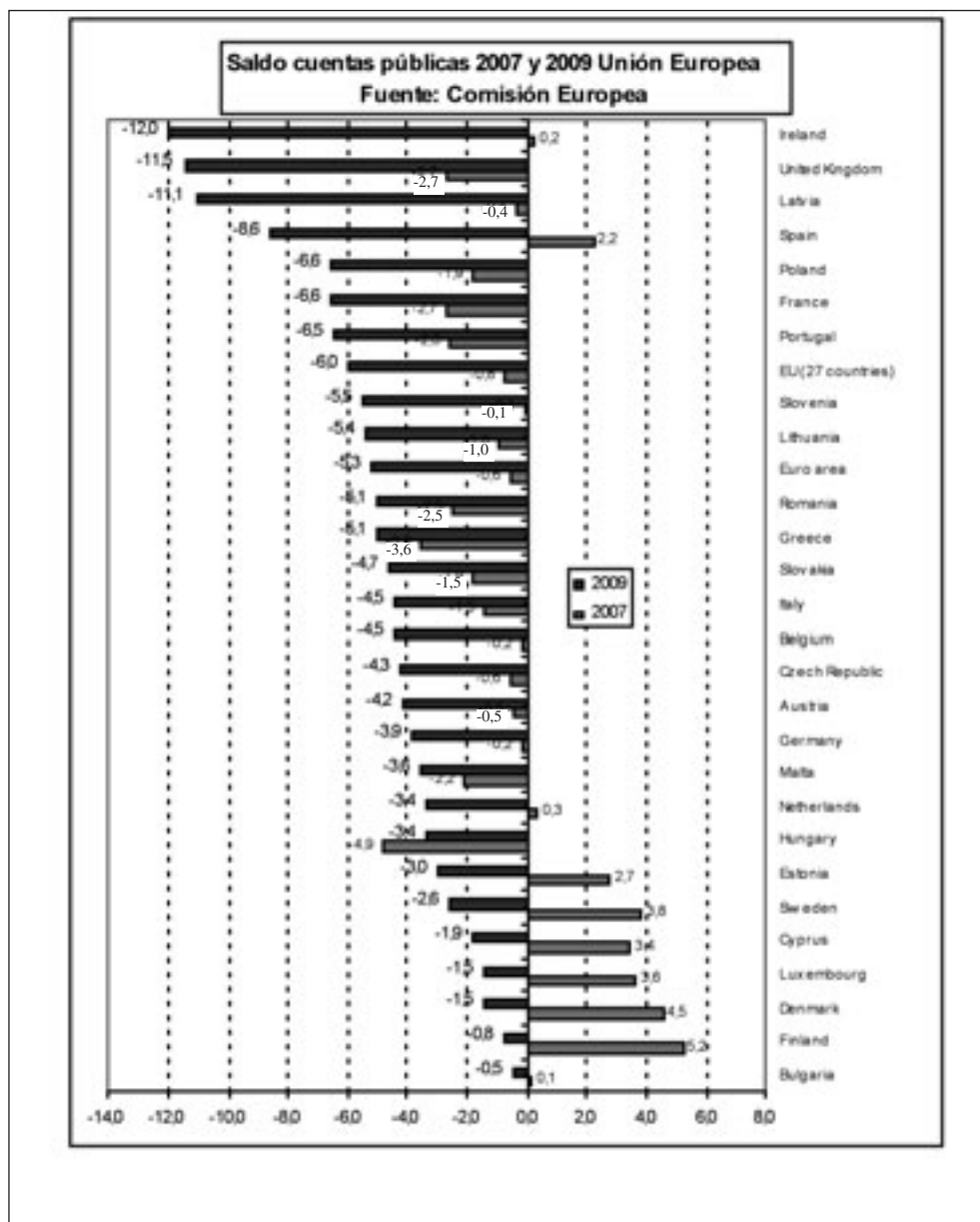
Como curiosidad, la evolución más extrema en el corto período de tiempo mencionado ha sido en España, donde se puede pasar de un superávit del 2,2% en 2007 a un déficit del 8,6% del PIB en 2009.

En el polo opuesto, destacan por su reducido volumen en una situación tan complicada como la actual los déficits de Bulgaria (-0,5% del PIB), Finlandia (-0,8% del PIB), Dinamarca y Luxemburgo (-1,5% del PIB) y Chipre (-1,9% del PIB).

El empeoramiento generalizado aunque con amplias diferencias, como se ha comentado, en el saldo de las cuentas públicas se traslada automáticamente en la deuda pública en circulación que de cumplirse las previsiones de la Comisión Europea tendrá un fuerte aumento desde el 58,7% al 72,6% del PIB de 2007 a 2009. En la zona euro también se incrementará desde el 66% al 77,7% del PIB.

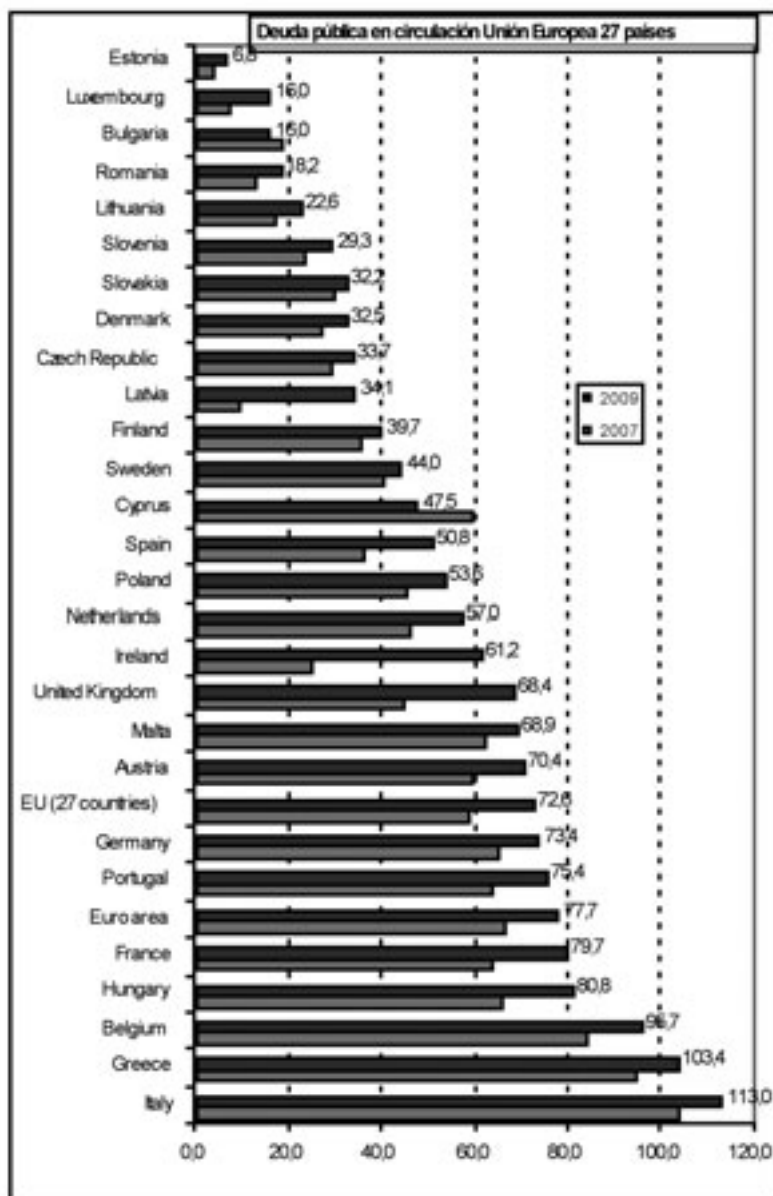
En este terreno también hay diferencias muy sustanciales por países tanto en la dimensión como en el ritmo de crecimiento aunque al igual que el saldo anual de las cuentas públicas hay menos países por encima de la media que por debajo¹¹. Italia, Grecia y Bélgica acumulan un ratio sobre su PIB muy grande que además arrastran desde hace tiempo (113%, 103,4% y 95,7% del PIB respectivamente). El segundo grupo por dimensión está compuesto por Hungría (80,8% del PIB), Francia (79,7% del PIB), Portugal (75,4% del PIB) y Alemania (73,4% del PIB). Austria (70,4% del PIB), Malta 68,4% del PIB), Reino Unido (68,4% del PIB), e Irlanda (61,4% del PIB) cierran el grupo de países con una deuda pública superior a la establecida como límite máximo para pertenecer a la Unión Económica y Monetaria.

¹¹ El cálculo de la media se realiza en términos ponderados con el PIB de los países dentro de la UE27.



La posición más desahogada en cuanto a endeudamiento público en circulación es la de Estonia (6,8% del PIB), seguida de Luxemburgo (16,0% del PIB), Bulgaria (16% del PIB), Rumania (18,2% del PIB), Lituania (22,6% del PIB) y Eslovenia (29,3% del PIB).

La evolución de la deuda entre 2007 y 2009 señala a Irlanda como el país donde se ha producido el mayor incremento de la deuda en circulación (36,2 puntos del PIB), seguido de Letonia (25,1 puntos del PIB), Francia (15,9 puntos del PIB), Hungría (15 puntos del PIB) y España (14,9 puntos del PIB).



4. ALGUNAS CONCLUSIONES

La grave crisis económica mundial, la mayor desde la II Guerra Mundial, ha sido un buen banco de pruebas de la capacidad de la Unión Europea para adoptar decisiones que permitan afrontar con éxito sus grandes exigencias: colapso financiero, profunda recesión económica e intenso aumento en el paro. En esta difícil situación, la experiencia está mostrando las posibilidades en algunos terrenos pero también los límites del modelo vigente de integración regional, tanto en el campo económico como en el político.

Las distintas teorías económicas coinciden en señalar a las políticas monetarias y fiscales como los dos principales instrumentos que disponen los Gobiernos para desarrollar la política económica; aunque cada una de ellas les atribuya un protagonismo diferente. Después de un largo tiempo donde las teorías neoconservadoras (neocons) con su rechazo genérico a la presencia del sector público, habían mantenido una posición hegemónica en la opinión pública, la crisis ha obligado a la intervención masiva de los poderes públicos para salvar el sector financiero. A la vez, se ha recuperado la vigencia de la teoría keynesiana que en situaciones como la actual limita la capacidad de influencia de las políticas monetarias y concede más posibilidades a las políticas fiscales, en especial, en su segmento de gasto público¹². Un mayor protagonismo, no obstante, que conviene matizar al saber que Keynes elaboró su teoría en un momento histórico totalmente distinto al actual donde la participación del sector público era bastante menor en muchas partes del mundo. Más allá de esta interesante reflexión sobre los márgenes de intervención pública, está fuera de dudas que ante una crisis financiera con recesión económica, la política monetaria debe contar con la ayuda de la política fiscal.

La respuesta de la Unión Europea ante el posible colapso del sistema financiero provocado por la aparición de fallidos en los activos tóxicos importados de los bancos norteamericanos, fue rápida y positiva, en buena parte al articularse alrededor de una decisión conjunta de los países miembros. Después de algunas decisiones nacionales adoptadas ante la aparición de problemas de solvencia en entidades de crédito de su país, el Consejo Europeo compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno, elaboró una estrategia bastante convincente y útil para reforzar la confianza de la ciudadanía y alejar el temor a la quiebra del sistema financiero. La rápida intervención pública en los bancos europeos realizada fundamentalmente mediante avales de los activos pero también con aportaciones de capital que en algunos casos les convirtió en su socio mayoritario, se apoyó en evitar el *riesgo sistémico*, es decir, la pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema financiero, sin incurrir en el *riesgo moral* de premiar a los propietarios que se habían enriquecido en los tiempos de bonanza a costa de una gestión muy peligrosa de la entidad elaborada para defender sus remuneraciones particulares.

¹² El multiplicador del gasto sobre la producción de equilibrio es superior al de los impuestos.

El conocimiento de los problemas del sistema financiero permitió también ser conscientes de las profundas diferencias en el control y la supervisión bancaria vigentes en los distintos países de la Unión Europea, con la consiguiente ausencia de políticas comunes en un apartado tan determinante para el funcionamiento eficiente de la economía.

La rápida y contundente respuesta en el terreno financiero ha estado acompañada de una política monetaria común con incidencia no solo en los dieciséis países que comparten el euro sino en casi toda la Unión Europea, con excepción del Reino Unido que junto a sus conocidas reservas a las decisiones comunitarias, soporta un riesgo superior derivado de la mayor dimensión de su sistema financiero (4,5 veces su PIB) y la amplia penetración de activos tóxicos procedentes de bancos de Estados Unidos (aval del gobierno británico de activos bancarios por valor del 40,3% de su PIB).

La política monetaria ha sido objeto de crítica desde algunos sectores de opinión por su falta de reflejos en el inicio de la crisis al demorar el proceso de rebaja del precio del dinero o por la insuficiente ambición en el uso de los instrumentos de regulación monetaria. Las decisiones de la autoridad monetaria europea, sobre las que también hay argumentos a favor y que no se podrá valorar en su justa medida hasta que no pase la crisis y se conozcan los efectos de las otras políticas alternativas, en última instancia se ha comportado como un instrumento supranacional ajustada a las condiciones de la euro zona. Una condición ésta que no conviene olvidar porque el Banco Central Europeo no diseña su política para un país en concreto sino guiado por las condiciones predominantes en toda la zona de influencia. De manera que utilizando como ejemplo a España, el recalentamiento de su demanda interna en el período 2002-2007 hubiera necesitado una política monetaria más restrictiva con tipos de interés más altos, y sin embargo, ahora le vendría bien un tipo de cambio inferior para mejorar la capacidad de competir de sus bienes y servicios, pero la posición del conjunto del área euro desaconsejaba esa política restrictiva por el bajo ritmo de actividad en el anterior período y no la hace urgente en la actualidad, primero porque las autoridades monetarias norteamericanas alientan un proceso de depreciación del dólar, pero también porque la zona euro mantiene un saldo positivo en la balanza por cuenta corriente que no la hace prioritaria.

Las posibilidades de actuación del Banco Central Europeo en las políticas de regulación monetaria (cantidad de dinero en circulación) están limitadas por la prohibición expresa en el Tratado de la Unión de monetizar el déficit público (compra directa de deuda pública al Gobierno)¹³ pero también porque las operaciones de mercado abierto (emisión de dinero mediante compra de activos privados) se enfrentan con el inconveniente de su posterior distribución por países, cuando no todos tienen las mismas necesidades. La decisión de la Reserva Federal de Estados Unidos de comprar deuda pública está apoyada por un único gobierno, mientras que el Banco Central Europeo debe hacerlo con dieciséis que de uno en uno pre-

¹³ Podría realizar compras de deuda pública en el mercado secundario.

sentan diferentes necesidades e, incluso, intereses. El modelo de integración regional elegido donde hay una distribución de funciones entre países y órganos supranacionales impone sus límites.

Las decisiones urgentes adoptadas en el Consejo Europeo junto a las de política monetaria del Banco Central Europeo han logrado recuperar por lo menos parcialmente las operaciones en el mercado interbancario pero no han conseguido normalizar el funcionamiento del sistema financiero –la intermediación entre los ahorradores y quienes quieren anticipar su consumo o realizar una inversión– debido a la existencias de otras causas que necesitan soluciones distintas. El problema puede estribar en no haber reconocido las entidades financieras todas las pérdidas recogidas en sus balances, de manera que superada la primera etapa de la inyección de liquidez necesiten una mayor capitalización para hacer frente a los problemas de solvencia generados por los fallidos pendientes de consolidar.

La política monetaria debe contar con la compañía de las políticas fiscales, y en ese terreno las posibilidades de aplicar políticas comunes en la Unión Europea son muy reducidas, más allá del pequeño presupuesto comunitario y las recomendaciones generales sobre gastos e ingresos públicos que en última instancia son competencia nacional. En estas condiciones, solo se puede aspirar a mejorar la coordinación y hacer cumplir las condiciones del Pacto de Estabilidad y Empleo.

La reflexión se puede ampliar a otros aspectos. La ausencia de políticas fiscales comunes en la Unión Europea se une a la diversidad de políticas sociales y laborales que impiden evaluar los resultados desde una perspectiva común. En este ámbito, algunos analistas han mostrado su extrañeza ante el hecho que Estados Unidos, el epicentro de la crisis financiera, sea castigado con una menor caída en su producción que muchos de la Unión Europea y la respuesta puede estar en que allí junto a las políticas expansivas de demanda se aplican severas políticas de ajuste de oferta, es decir, sobre salarios que en un contexto de reducido poder contractual de los trabajadores, obviamente inciden en la distribución de la renta pero también sobre la producción y de empleo. Son modelos distintos pero no se debería despreciar la mayor capacidad de producir sinergias asociada a los mercados más compactos y, en todo caso, puede que un mayor equilibrio entre las políticas de demanda (gasto público) y oferta (precio de los bienes y servicios mediante asignación de renta entre factores productivos) permita alcanzar a corto plazo resultados más ambiciosos.

En la misma línea de reflexión, la experiencia del pasado reciente puede demostrar que sostener políticas monetarias muy relajadas durante demasiado tiempo –una postura demasiado habitual en ámbitos políticos– generan problemas a medio plazo medidos en inflación o en aumentos desmesurados en el precio de los activos mobiliarios o inmobiliarios, que posteriormente es preciso ajustar.

La Unión Europea siempre ha tenido diferencias territoriales pero la última ampliación al este las ha profundizado, y son más evidentes en riqueza y estructura del tejido productivo. Estas características dificultan articular políticas comunes favorables para todos los territorios a corto plazo y aunque este hecho no marca una barrera insalvable como demuestran que también existen en Estados Unidos, sí lo es

no disponer de organismos supranacionales con la suficiente capacidad para imponer las políticas.

Los avances quedan limitados por la falta de acuerdo para crear órganos europeos delegando el control y la puesta en práctica en los estados miembros, como demuestra la reciente decisión de crear un Sistema Europeo de Supervisores Financieros destinado a mejorar la calidad y coherencia de la supervisión para evitar volver a caer en los problemas detectados en esta crisis, pero mantener el control real en los supervisores nacionales, a propuesta del Reino Unido -precisamente el país con mayores pérdidas en la última crisis financiera derivada de su método de gestión-. Es una muestra más de las limitaciones de la ausencia de un mayor grado de unión política, a la que hay que añadir en su ausencia, la no falta de un liderazgo político con la fuerza suficiente para coordinar la aplicación de políticas comunes, de forma que van ganado terreno las de los defensores de un proceso de renacionalización del proyecto de integración europeo.

La economía mundial ha cambiado mucho en las últimas décadas y las normas de comportamiento alcanzadas en Bretton Woods se han visto superadas por una realidad donde la economía es más grande, más compleja y, sobre todo, han aparecido nuevos países con una capacidad muy importante de competir en un mundo más interrelacionado o globalizado si se prefiere utilizar la expresión al uso. Los países emergentes con China como cabeza más visible, cuentan con millones de habitantes dispuestos a prosperar incluso a costa de trabajar en peores condiciones ya sea por decisión propia o impuesta pero además, realizan inversiones tecnológicas elevadas que les han permitido acceder a estratos de producción hasta ahora propiedad de los países más desarrollados.

La capacidad de penetración en el mercado internacional de los productos de los países emergentes les ha convertido en financiadores de una parte del mundo desarrollado, como demuestra las reservas de China (alrededor de dos billones de dólares) y hay argumentos sólidos para pensar que la crisis financiera provocada por Estados Unidos es una consecuencia de estos cambios a lo que para hacerle rente ha recurrido a sucesivas burbujas monetarias (punto.com, vivienda, activos financieros) para parecer que seguían creciendo a un ritmo elevado cuando en la práctica acumulan pérdidas significativas de cuotas de mercado interno y externo incluso en bienes y servicios con medio y alto valor añadido.

En este nuevo mundo donde se está modificando el orden económico, algunos países de la Unión Europea mantienen una posición competitiva –suficiente para conseguir un saldo agregado de la balanza de pagos ligeramente positivo– pero aparece la pregunta de si será posible afrontar con garantías los retos en este nuevo mundo con una estructura institucional y política tan deslavazada y débil como la actual, a la que añadir una falta de liderazgo tan acusada.

ANEXO

Tratado Europeo (texto consolidado)

Artículo 105. 1. El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Comunidad con el fin de contribuir a la realización de los objetivos comunitarios establecidos en el artículo 2. El SEBC actuará con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios expuestos en el artículo 4.

2. Las funciones básicas que se llevarán a cabo a través del SEBC serán:
- definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad;
 - realizar operaciones de divisas coherentes con las disposiciones del artículo 111;
 - poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros;
 - promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

Artículo 104. 1. Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos.

2. La Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros con el fin de detectar errores manifiestos. En particular, examinará la observancia de la disciplina presupuestaria atendiendo a los dos criterios siguientes:

a) si la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto sobrepasa un valor de referencia, a menos:

- que la proporción haya descendido sustancial y continuadamente y llegado a un nivel que se aproxime al valor de referencia,
- que el valor de referencia se sobrepase sólo excepcional y temporalmente, y la proporción se mantenga cercana al valor de referencia;

b) si la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto rebasa un valor de referencia, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia.

Los valores de referencia se especifican en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (anexo 20: el 3% del PIB).

3. Si un Estado miembro no cumple los requisitos de uno de estos criterios o de ambos, la Comisión elaborará un informe, en el que también se tendrá en cuenta si el déficit público supera los gastos públicos de inversión, así como todos los demás factores pertinentes, incluida la situación económica y presupuestaria a medio plazo del Estado miembro.

6. El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, considerando las posibles observaciones que formule el Estado miembro de que se trate, y tras una valoración global, decidirá si existe un déficit excesivo.

7. Cuando, de conformidad con el apartado 6. El Consejo decida declarar la existencia de un déficit excesivo, dirigirá al Estado miembro de que se trate recomendaciones con vistas a poner fin a esta situación en un plazo determinado.

9. Si un Estado miembro persistiere en no llevar a efecto las recomendaciones del Consejo, éste podrá decidir que se formule una advertencia a dicho Estado miembro para que adopte, en un plazo determinado, las medidas dirigidas a la reducción del déficit que el Consejo considere necesaria para poner remedio a la situación.

En tal caso, el Consejo podrá exigir al Estado miembro de que se trate la presentación de informes con arreglo a un calendario específico para examinar los esfuerzos de ajuste de dicho Estado miembro.

11. Si un Estado miembro incumpliere una decisión adoptada de conformidad con el apartado 9, el Consejo podrá decidir que se aplique o, en su caso, que se intensifique una o varias de las siguientes medidas:

- exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores,
- recomendar al BEI que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión,
- exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Comunidad un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo,
- imponer multas de una magnitud apropiada.

Contenido de la Comunicación de la Comisión Europea (3 septiembre de 2004) con el fin de reforzar la gobernanza económica y clarificar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (continuación de la declaración del Consejo Europeo según la cual los Estados miembros esperarán con interés las propuestas de la Comisión destinadas a reforzar y clarificar la aplicación del Pacto de estabilidad y crecimiento que tiene en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-27/04 que opone a la Comisión Europea y al Consejo en lo relativo a la anulación de los actos del Consejo con respecto a Alemania y Francia).

Con vistas a un crecimiento económico duradero, se impone una gestión sana de la hacienda pública. Las disposiciones del Tratado que fijan los valores de referencia para el déficit y la deuda pública (3% y 60% del PIB, respectivamente) siguen siendo los ejes centrales del marco presupuestario necesario. Los déficits excesivos deben evitarse y corregirse rápidamente. En una Unión a 27, un marco común puede contribuir a la eficacia de las disposiciones existentes al tener en cuenta las diferencias y la situación económica de los Estados miembros.

Mayor atención a la viabilidad para una vigilancia reforzada de la deuda

Con el fin de revisar el Pacto de estabilidad y crecimiento, la Comisión hace tres sugerencias: clarificar y aplicar el criterio de la deuda, definir los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos para cada país y definir la trayectoria de ajuste en el marco del procedimiento de déficit excesivo, teniendo en cuenta las consideraciones relativas a la viabilidad de la hacienda pública.

Por lo que se refiere al criterio de la deuda, el Pacto de estabilidad y crecimiento revisado puede precisar las bases de evaluación del «ritmo satisfactorio» de disminución de la deuda previsto por el Tratado (artículo 104 II b). Al definir este «ritmo satisfactorio» conviene tener en cuenta la necesidad de reducir los cocientes de endeudamiento a niveles prudentes antes de que el envejecimiento demográfico tenga un impacto en la evolución económica y social de los Estados miembros. Es necesario tener en cuenta también los niveles de endeudamiento iniciales de los Estados y el nivel de su crecimiento potencial. La evaluación anual puede hacerse con relación a este porcentaje de reducción de referencia, teniendo

en cuenta las condiciones de crecimiento específicas de cada país. Por ejemplo, si el crecimiento de un Estado miembro es inferior a su crecimiento potencial, un ritmo más lento de reducción de la deuda se ajusta al pacto y, por el contrario, si un Estado miembro tiene un crecimiento superior al previsto, un ritmo más lento de reducción de la deuda no se ajusta.

Tener en cuenta las circunstancias nacionales para definir los objetivos a medio plazo

Los objetivos a medio plazo tienen por objeto ofrecer un margen de maniobra que garantice que el déficit de las Administraciones públicas no supera el 3% del PIB durante una recesión económica sin tener que recurrir a aplicar una política presupuestaria procíclica y además permiten reducir la deuda y prepararse para el impacto presupuestario del envejecimiento demográfico.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento en su forma actual no da una definición operativa del objetivo presupuestario a medio plazo. Actualmente se supone que los Estados presentan anualmente una posición presupuestaria equilibrada a lo largo del ciclo económico. Fijar objetivos idénticos para todos los países en una Unión con 25 Estados miembros no es conveniente desde un punto de vista económico.

La Comisión Europea estipula que es posible fijar el objetivo a medio plazo en función de los niveles de endeudamiento actuales y teniendo en cuenta su evolución. Además deben tenerse en cuenta factores como el potencial de crecimiento económico, la inflación, los compromisos implícitos existentes vinculados al envejecimiento demográfico, el impacto de las reformas estructurales o la necesidad de inversiones netas suplementarias.

Procedimiento de déficit excesivo y trayectoria de ajuste

El caso de un crecimiento económico lento pero positivo no se tiene en cuenta en el marco reglamentario presente. La Comisión prevé una trayectoria de ajuste adaptada una vez que un Estado supere el límite máximo del 3% de déficit y/o una redefinición de la cláusula relativa a circunstancias excepcionales. Actualmente, un período de crecimiento nulo con déficit superior al límite del 3% no permite alegar esta cláusula, que evitaría que el Estado afectado sea declarado en situación de déficit excesivo. El Reglamento (CE) n° 1467/97 precisa las excepciones. La Comisión considera también que es útil clarificar los conceptos de «carácter súbito de la recesión» y «reducción acumulativa de la producción con relación a la evolución constatada anteriormente», pero destaca que toda modificación de la definición de esta cláusula debe examinarse en el marco de la modificación de la trayectoria de ajuste del déficit.

Según el Reglamento, todo Estado miembro que sobrepasa el límite del 3% deberá corregirlo «salvo en el caso de que concurran circunstancias especiales... en el año siguiente a la identificación de dicho déficit» (artículo 3, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1467/97). La Comisión considera que la existencia de plazos idénticos para todos los países para corregir el déficit excesivo presenta límites fundamentales ya que no permite tener en cuenta las diferencias económicas entre países, como las evoluciones cíclicas y los niveles de endeudamiento.

El Pacto debe determinar también una trayectoria de ajuste conveniente que tenga mejor en cuenta las condiciones económicas del Estado miembro que supera el límite del 3%. Por lo tanto, el procedimiento de déficit excesivo debe ponerse en marcha siempre que un

país supere este valor, y debe exigirse siempre una corrección rápida. Pero el ritmo del ajuste puede variar de un país a otro y la trayectoria de ajuste se define teniendo en cuenta las condiciones económicas y los niveles de endeudamiento del Estado en cuestión. La Comisión Europea juzga también útil tener en cuenta las razones que originan los déficit excesivos y las políticas aplicadas.

En la práctica se pueden imaginar varios enfoques en el marco del Tratado. Una primera posibilidad consiste en seguir considerando el año siguiente al de constatación de la existencia de un déficit excesivo como la norma básica para la adopción de medidas correctoras y ofrecer al Estado miembro afectado la posibilidad de seguir una trayectoria de ajuste más larga definiendo la «cláusula relativa a las circunstancias especiales» del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. La fijación de plazos específicos para cada país como norma básica es otra solución. En todos los enfoques se impone un plazo máximo para corregir los déficit excesivos.

Reaccionar rápidamente para corregir las evoluciones presupuestarias indeseables

La vigilancia presupuestaria debería garantizar una presión adaptada por los pares con el fin de lograr los objetivos a medio plazo. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento debe reafirmar la voluntad de los Estados miembros de seguir políticas presupuestarias simétricas a lo largo del ciclo para prepararse ante el envejecimiento demográfico, lograr un margen de maniobra suficiente para hacer frente a la lentificación de la actividad y ejecutar una política económica apropiada durante el ciclo.

Un funcionamiento eficaz del mecanismo de evaluación en el aspecto preventivo de la vigilancia presupuestaria es necesario a efectos de las políticas presupuestarias convenientes. La capacidad de la Comisión para emitir directamente «alertas rápidas» debería contribuir a indicar suficientemente pronto que conviene actuar para corregir las evoluciones presupuestarias indeseables. Por lo que se refiere al futuro de la Unión, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa introduce nuevas disposiciones, como las «alertas rápidas» directamente emitidas por la Comisión y las decisiones del Consejo que ponen en marcha el procedimiento de déficit excesivo a propuesta de la Comisión (en vez de recomendaciones), clarificando así los papeles complementarios del Consejo y la Comisión. Del mismo modo, las Grandes Orientaciones de Política Económica (GOPE) pueden utilizarse más eficazmente para tratar las cuestiones de buenas prácticas en período de coyuntura favorable. Al contrario, si las políticas presupuestarias no parecen conformes a las GOPE, podrán formularse recomendaciones relativas a su aplicación.

Coordinación de las políticas presupuestarias

Conviene reforzar el vínculo entre las GOPE, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y el proceso presupuestario en los Estados miembros para mejorar la eficacia de la coordinación de las políticas económicas. En primer lugar, los programas de estabilidad y convergencia deben desempeñar un papel más importante y definir la estrategia a medio plazo al principio del mandato de los nuevos Gobiernos. Las actualizaciones de estos programas podrían anticiparse a principios de año, lo que permitiría que los Gobiernos tuvieran en cuenta las GOPE y los dictámenes sobre los programas en la preparación de los presupuestos nacionales. En segundo lugar, un verdadero semestre comunitario de política económica per-

mitiría integrar más fácilmente las orientaciones comunes en la elaboración de las políticas nacionales.

Mejora de la aplicación

La Comisión Europea constata que la aplicación del marco comunitario y de las orientaciones y recomendaciones conexas pueden mejorar a la vez a escala nacional y comunitaria, y que conviene clarificar los respectivos papeles de las distintas instituciones. La aplicación del marco presupuestario y su fiabilidad dependen también de la calidad, actualidad y fiabilidad de las estadísticas presupuestarias así como de las evaluaciones presupuestarias de los Gobiernos. Por esta razón, la Comisión Europea elabora normas europeas mínimas para la estructura institucional de las autoridades estadísticas. Por último, la Comisión desea que los restantes Estados miembros ejerzan una presión más efectiva sobre el Estado que no respete sus obligaciones jurídicas derivadas del Tratado y que la opinión pública sea informada. Destaca la importancia del papel de las instituciones nacionales en el proceso presupuestario y prevé medidas para aumentar la transparencia y la obligación de los Estados miembros de dar cuenta de su política presupuestaria.

RESUMEN: El trabajo recoge las decisiones adoptadas ante la grave recesión económica en el espacio de la Unión Europea, tanto por los países miembros como por las instituciones supranacionales, de acuerdo a la distribución de funciones vigente. El análisis muestra las grandes posibilidades de actuación común en el capítulo de la política monetaria, en contraposición del menor margen disponible para implementar decisiones compartidas en política fiscal, donde tan sólo se cuenta con un pequeño presupuesto comunitario y una capacidad de coordinación más teórica que práctica. En síntesis, la actual crisis ha servido para comprobar los límites del actual modelo para asumir conjuntamente determinados retos económicos y sociales y la necesidad de introducir mejoras.

PALABRAS CLAVE: Recesión, política monetaria única, euro, política fiscal, déficit, cohesión económica.

SUMMARY: This paper reflects decisions adopted in the face of the serious economic recession in the European Union, both by the member countries as by the supranational institutions, according to the present distribution of functions. The analysis shows the great potential for common action in the chapter of the monetary policy, in contrast with the lesser margin available for implementing joint decisions about fiscal policy, where there is only a small community budget and the coordination capacity is more theoretical than practice. In short, the current crisis has served to check the limits of the present model to assume jointly certain economic and social challenges and the need for improvement.

KEY WORDS: Recession, single monetary policy, euro, fiscal policy, deficit, economic cohesion.

LA UNIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA ENERGÍA

(Aportaciones del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales)¹

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE

Director de la Asesoría Jurídica Comisión Nacional de Energía

SUMARIO: Reguladores más fuertes. Reguladores más independientes. El regulador español.

Las Directivas sobre electricidad y gas de 2003, hasta ahora vigentes, ya obligan a los Estados miembros a crear autoridades reguladoras para el sector energético. En muchos Estados miembros estas autoridades son organismos sólidamente asentados y que gozan de importantes atribuciones y recursos, que les permiten asegurar una adecuada regulación del mercado. En otros Estados miembros, por el contrario, las autoridades reguladoras han sido creadas más recientemente y sus atribuciones o son menores o están diseminadas entre varios órganos u organismos. Los amplios análisis por países efectuados por la Comisión Europea han puesto de manifiesto esta **falta de uniformidad y, en muchos casos, la debilidad de la autoridad reguladora nacional**.

Según la UE, la experiencia de aquellos Estados miembros donde los mercados llevan abiertos varios años, y de otros sectores de servicios abiertos a la competencia, indica claramente que unos **reguladores fuertes resultan necesarios para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado**, especialmente en lo que se refiere al uso de las infraestructuras de red.

¹ Resumen de la ponencia desarrollada por el autor en el marco del Curso de Verano de la UNED sobre «La Unión Europea en la encrucijada de la globalización», celebrado en Ávila los días 6 a 10 de julio de 2009.

REGULADORES MÁS FUERTES

Por todas estas razones, uno de los objetivos primordiales del tercer paquete energético de la UE, cuyas normas integrantes (dos directivas y tres reglamentos²) se han publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de agosto de 2009, es el **fortalecimiento de los poderes de las autoridades reguladoras nacionales**.

En primer lugar, se les confiere un mandato claro para **cooperar a nivel europeo**, en estrecha colaboración con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y la Comisión, a fin de conseguir, dentro de la Unión Europea, un mercado interior de la electricidad y del gas competitivo, seguro y sostenible para el medio ambiente, así como una apertura del mercado efectiva para todos los consumidores y suministradores (art. 36 a) y b) de la Directiva 2009/72/CE³ –en adelante, la Directiva–).

En segundo lugar, se refuerzan sus poderes de regulación del mercado, en particular en orden a la consecución, entre otros, de los siguientes **objetivos generales** de los reguladores nacionales, que éstos habrán de perseguir en estrecha consulta con otros organismos nacionales pertinentes, incluidas las autoridades encargadas de la competencia (art. 36 de la Directiva):

- Desarrollar **mercados regionales competitivos** con vistas a la consecución del objetivo de un mercado interior de la energía;
- **Eliminar restricciones al comercio** de electricidad y gas entre los Estados miembros, incluyendo el desarrollo de capacidades adecuadas de transporte transfronterizo;
- Contribuir a lograr el **desarrollo de redes no discriminatorias, seguras, eficientes y fiables, orientadas hacia los consumidores**, y fomentar la adecuación de la red y la **eficiencia energética**, así como la producción de electricidad a partir de **fuentes de energía renovables** y la **generación distribuida** en las redes;

² Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE; Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía; Reglamento (CE) n° 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003; y Reglamento (CE) n° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005.

³ Las referencias normativas se extraen en lo sucesivo preferentemente de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. El contenido de su capítulo IX (arts. 35 y ss.) coincide esencialmente con el del capítulo VIII (arts. 39 y ss.) de la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

- **Facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación**, removiendo los obstáculos que puedan dificultar dicho acceso, en particular, a nuevos entrantes y a generadores de energías renovables;
- Asegurar que se dan a los gestores y usuarios de las redes los **incentivos adecuados para incrementar la eficiencia** de las prestaciones de la red y fomentar la integración del mercado;
- Asegurar el **beneficio de los clientes** mediante un funcionamiento eficiente de los mercados nacionales, **promover una competencia efectiva** y contribuir a garantizar la **protección del consumidor**;
- Contribuir a alcanzar un **alto nivel de servicio universal y público** en el suministro energético, contribuyendo a la protección de consumidores vulnerables y a la compatibilidad de los procesos necesarios de intercambio de datos para el cambio de suministrador.

A fin de que los reguladores nacionales puedan contribuir eficazmente a la consecución de dichos objetivos, se prevé que se les reconozca, entre otras, las siguientes **funciones** («obligaciones», en dicción de las Directivas, art. 37.1)⁴:

- Fijar o aprobar, de acuerdo con criterios transparentes, las **tarifas reguladas** de transporte y distribución o las metodologías para el cálculo de las mismas;
- Asegurar el **cumplimiento de sus obligaciones por los gestores (y, en su caso, propietarios) de las redes** y demás empresas energéticas;
- **Cooperar en cuestiones transfronterizas** con los reguladores de los demás Estados miembros y con la Agencia de cooperación de reguladores;
- Cumplir y ejecutar las **decisiones pertinentes y jurídicamente vinculantes de la Agencia y de la Comisión**;
- **Informar anualmente** de sus actividades y del cumplimiento de sus obligaciones a las autoridades competentes de cada Estado, la Agencia y la Comisión;
- Velar por que no haya **subvenciones cruzadas** entre las actividades de transporte, distribución y suministro;
- Controlar los **planes de inversiones** de los gestores de red de transporte;
- Controlar el cumplimiento de las normas de **seguridad y fiabilidad de la red** y revisar los resultados de su aplicación, así como aprobar o contribuir a la aprobación de **normas y requisitos de calidad del servicio y del suministro**;
- Controlar el nivel de **transparencia**, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia;
- Controlar el grado y la efectividad de **apertura del mercado y de competencia**, tanto en el mercado mayorista como minorista, poniendo en conocimien-

⁴ Cuando así se disponga en un Estado miembro, las obligaciones de control que se relacionan seguidamente podrán desempeñarlas otros organismos distintos de la autoridad reguladora. En tal caso, la información resultante de dicho control se pondrá a disposición de la autoridad reguladora a la mayor brevedad (art. 37.2).

to de los organismos competentes los casos de falseamiento o restricción de la competencia que surjan;

- Supervisar la aparición de **prácticas contractuales restrictivas**, incluidas las cláusulas de exclusividad, informando a las autoridades nacionales de competencia acerca de tales prácticas;
- Controlar el **tiempo utilizado por los gestores de redes para efectuar conexiones y reparaciones**;
- Contribuir a garantizar, junto con otras autoridades pertinentes, la efectividad y aplicación de las medidas de **protección de los consumidores**;
- Publicar **recomendaciones, al menos con carácter anual, sobre la adecuación de los precios de los suministros**, y remitirlas a las autoridades de competencia cuando proceda;
- Asegurar el **acceso de los clientes a los datos de consumo**;
- Controlar la aplicación de las **normas sobre las funciones y competencias de los gestores de redes, los suministradores y los clientes y otros participantes en el mercado**;
- Controlar las **inversiones en capacidad de generación** en relación con la seguridad de suministro;
- Supervisar la **cooperación técnica entre gestores de red de transporte comunitarios y de terceros países**;
- Contribuir a la **compatibilidad de los procesos de intercambio de datos**.

Para el ejercicio eficaz de tales funciones, los reguladores nacionales deberán gozar con carácter general, al menos, de las siguientes **potestades** («competencias», en dicción de las Directivas, art. 37.4):

- Dirigir **decisiones vinculantes** a las empresas del sector energético;
- Realizar **investigaciones** sobre el funcionamiento de los mercados energéticos, así como adoptar e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para **promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado**, en su caso cooperando con las autoridades nacionales de defensa de la competencia, con las autoridades reguladoras del mercado financiero o con la Comisión en la realización de investigaciones relativas al Derecho de la competencia;
- **Recabar de las empresas energéticas cualquier información pertinente** para el ejercicio de sus atribuciones, incluida la justificación de la denegación del acceso de terceros a las redes, y cualquier información sobre las medidas necesarias para reforzar la red;
- Imponer **sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias** a las empresas energéticas que incumplan sus obligaciones o decisiones vinculantes del regulador o de la Agencia de cooperación de reguladores, o proponer a un tribunal competente que imponga estas sanciones (en el caso de aquellos Estados miembros que no reconocen a la Administración Pública potestad sancionadora). Lo anterior incluirá la facultad de imponer o de proponer la imposición de sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios anual del

gestor de la red de transporte a dicho gestor en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones derivadas de las directivas;

- Ejercer poderes de investigación y disponer de las competencias de mando pertinentes en el marco de la **resolución de conflictos**.

REGULADORES MÁS INDEPENDIENTES

La UE considera que un buen funcionamiento de los mercados energéticos no sólo precisa de reguladores más fuertes, sino también de reguladores más independientes. Para la UE la independencia de los reguladores es, además, un **principio clave de la buena gobernanza y una condición fundamental para lograr la confianza del mercado**. Las directivas de 2003 hasta ahora vigentes exigían ya que las autoridades reguladoras fueran totalmente independientes de los intereses del sector. Sin embargo, no especificaban de qué manera podía asegurarse y acreditarse dicha independencia, ni tampoco garantizaban (al menos de manera explícita) la independencia respecto de los poderes políticos.

Como destacaban las conclusiones del Consejo Europeo de la primavera de 2007 y el Parlamento Europeo, el fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de la energía es, por ello, una prioridad.

Por consiguiente, la reforma acometida en el marco del tercer paquete prevé, en primer lugar, y a fin de prevenir la dispersión orgánica de las funciones reguladoras, que «cada Estado miembro designará **una única autoridad reguladora nacional** a escala nacional» (art. 35.1 de la Directiva). No obstante, esta previsión se entenderá «sin perjuicio de la designación de **otras autoridades reguladoras a escala regional** en los Estados miembros». Eso sí, siempre que haya un único representante, a los fines de representación y contactos, en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la nueva Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (art. 35.2). Esta previsión reviste una especial importancia para aquellos Estados miembros cuya organización territorial reviste un carácter complejo, es decir, que presentan una estructura territorial fuertemente descentralizada (estados federales, regionales, autonómicos o, en general, todos aquellos en cuyo seno existen entidades territoriales subestatales –estados federados, regiones, comunidades autónomas, etc.– que gozan de una genuina autonomía política y capacidad legislativa), teniendo en cuenta que en tales Estados las competencias en materia de energía pueden no siempre corresponder en exclusiva al Estado central. Igualmente, y tomando en consideración las necesidades singulares de aquellos Estados miembros que comprenden, por ejemplo, territorios insulares lejanos, se permite que éstos designen autoridades reguladoras específicas «para pequeñas redes en un territorio geográficamente separado que haya tenido en 2008 un consumo inferior al 3% del consumo del Estado miembro al que pertenezca». Nuevamente, esta previsión se entenderá sin perjuicio de la designación de un único representante, a los fines de representación y contactos, en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de Reguladores (art. 35.3).

En segundo lugar, la reforma establece expresamente que los Estados miembros **«garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que ésta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia»** (art. 35.4). A tal efecto, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomiendan las directivas comunitarias, las autoridades reguladoras nacionales:

- Sean **jurídicamente distintas y funcionalmente independientes** de cualquier otra entidad pública o privada;
- Y de que su **personal y los encargados de su gestión actúen con independencia de cualquier interés comercial, y no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada** en el ejercicio de sus funciones reguladoras. Este requisito, sin embargo, se entenderá «sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras» reservadas por las directivas a las autoridades reguladoras.

A fin de proteger la independencia de las autoridades reguladoras nacionales, los Estados miembros se asegurarán especialmente:

- Por un lado, de que la **autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político, y tenga dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones.**
- Por otro, de que los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un **mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez.**

Repárese, por tanto, en que las nuevas directivas ni imponen una estructura de dirección colegiada para los reguladores nacionales, ni prohíben que la competencia para designar a los miembros de su órgano colegiado superior de gobierno (o, en su defecto, a sus altos directivos) se residencie en los Gobiernos. Tampoco proscriben las directivas la posibilidad de una renovación de los mandatos de sus máximos responsables (bien que por una sola vez). No obstante, para este supuesto se prevé que los Estados miembros garantizarán la aplicación de «un régimen de rotación adecuado para el consejo o los altos cargos directivos». A su vez, y como requisito inherente a cualquier autoridad independiente, se prevé expresamente que durante su mandato los miembros del consejo o, a falta de consejo, los altos directivos de las autoridades reguladoras «sólo podrán ser destituidos cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno» (art. 35.5).

Finalmente, se establece que las decisiones de los reguladores estarán plenamente **motivadas** para permitir el **control jurisdiccional**, y estarán **a disposición del público**, al mismo tiempo que se preserva la **confidencialidad** de la información sensible a efectos comerciales (art. 37.15). Asimismo, las nuevas directivas incorporan una previsión expresa (de capital importancia para aquellos Estados miembros en los que, como en el caso de España, las decisiones del regulador con-

tinúan siendo susceptibles de revisión en vía de recurso administrativo por el Gobierno o la Administración ordinaria) de acuerdo con la cual los Estados miembros habrán de garantizar que existan «procedimientos nacionales adecuados mediante los cuales una parte afectada por una decisión de una autoridad reguladora pueda ejercer el **derecho de recurrir ante un organismo independiente de las partes implicadas y de cualquier Gobierno**». Con otras palabras, los Estados miembros no podrán condicionar la posibilidad de impugnar directamente las decisiones de los reguladores ante un organismo independiente o en vía jurisdiccional al agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso previo ante instancias gubernamentales o administrativas.

Como cabe observar, en fin, la nueva regulación comunitaria de los reguladores nacionales de la energía presenta un grado de detalle considerable, penetrando por tanto de manera notablemente incisiva en el ámbito propio de la **autonomía institucional y organizativa de los Estados miembros**, que el Derecho comunitario de ordinario declara reconocer y respetar.

EL REGULADOR ESPAÑOL

La Comisión Nacional de Energía (CNE), el organismo regulador español, cumple ya hoy formalmente (y con carácter general en grado bastante elevado) las principales exigencias que la nueva normativa comunitaria impone a los reguladores nacionales. Responde al principio de regulador único (no existen en España entes reguladores territoriales), tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, dispone de medios personales, materiales y presupuestarios adecuados y suficientes, goza de autonomía para establecer su organización y funcionamiento internos y para seleccionar y contratar a su personal, el mandato de los miembros del Consejo de Administración respeta las previsiones contenidas en las nuevas directivas, y las causas de cese de aquéllos son tasadas. Por otro lado, el elenco de funciones atribuidas a la CNE por la disposición adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos (Ley 34/1998, de 7 de octubre), se corresponde, al menos en lo esencial, con el que se prevé en las directivas comunitarias del tercer paquete.

Sin embargo, la adaptación de la disposición citada a las nuevas directivas deberá **precisar o mejorar algunos extremos de la actual regulación de la CNE**.

Por lo que se refiere a modificaciones que resultarán necesarias en relación con los **aspectos institucionales u organizativos**, cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- Se deberá suprimir la previsión legal de acuerdo con la cual el **Ministro de Industria, Turismo y Comercio, el Secretario de Estado de Energía, o alto cargo del Ministerio en quien éstos deleguen, podrán asistir a las reuniones del Consejo de la CNE**, con voz pero sin voto, cuando lo juzguen preciso a la vista de los asuntos incluidos en el correspondiente orden del día. Esta previsión no parece que se compadezca con la exigencia de que los reguladores puedan adoptar decisiones autónomas con total independencia «de cualquier órgano político».

- Convendrá recalcar en la Ley de forma más enfática que la CNE goza de **plena independencia en el ejercicio de sus funciones reguladoras**, no estando sujeta en este ámbito a instrucción o directriz alguna del Gobierno o de cualquier Administración Pública.
- Se deberá **suprimir igualmente la recurribilidad de las decisiones de la CNE en vía de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio**, de modo que resulten directamente recurribles en vía jurisdiccional

En cuanto a las **funciones y potestades** de la CNE («obligaciones» y «competencias», en dicción de las directivas), se habrán de completar algunas funciones que no hallan una clara correspondencia en la vigente lista del apartado Tercero.1 de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, al tiempo que se deberán reforzar, en particular, las siguientes potestades del regulador:

- Capacidad para dirigir a las empresas **decisiones vinculantes** en relación con las funciones que le atribuyen las nuevas directivas y para ejecutar las decisiones que le dirija la Agencia de cooperación de reguladores o la Comisión Europea.
- **Potestad sancionadora directa** (actualmente la CNE sólo es competente para incoar e instruir los procedimientos y, en su caso, proponer al Ministerio la imposición de sanciones).
- Facultades de **promoción de la competencia**, bien que en colaboración con las autoridades de defensa de la competencia.
- **Potestad tarifaria** (en la actualidad la CNE se limita a proponer al titular de la potestad tarifaria, que es el Ministerio, la revisión tarifaria que estima procedente y a informar los proyectos de revisión tarifaria elaborados por el Ministerio).

A modo de conclusión, cabe señalar, así pues, que la publicación del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía no tiene necesariamente que implicar una revisión especialmente profunda de la regulación española vigente referida a la naturaleza, organización y funciones del regulador, aunque tampoco cabe entender que las nuevas directivas no requieren trasposición alguna en este punto por considerarse que la regulación hoy vigente en España satisface ya enteramente todas las exigencias contenidas en ellas.

RESUMEN: El pasado 14 de agosto de 2009 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea las normas integrantes del llamado tercer paquete legislativo de la Unión Europea relativo al mercado interior de la energía, integrado por dos directivas y tres reglamentos. Este paquete legislativo pretende remover los obstáculos que, a juicio de las instituciones comunitarias, existen aún hoy para la venta de electricidad y de gas en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna ni desventaja de ningún tipo en la Comunidad Europea. En particular, considera el legislador comunitario que no existe todavía un acceso a la red no discriminatorio ni tampoco un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro. Entre otras muchas, este paquete legislativo incluye importantes previsiones dirigidas al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores de la energía en los Estados miembros. En el presente artículo se destacan brevemente las novedades más relevantes que el tercer paquete introduce en esta materia.

PALABRAS CLAVE: tercer paquete legislativo de la Unión Europea relativo al mercado interior de la energía; fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales.

ABSTRACT: On last August 14, 2009 the so-called third package of the European Union was published in the EU Official Journal. It comprises two Directives and three Regulations regarding the internal energy market. This legislative package aims to remove existing obstacles that, in opinion of Community institutions, hamper the electricity and gas trading in equal and non discriminatory conditions. In particular, the European legislator considers that network access is still under discriminatory conditions and the level of the effective regulatory supervision vary from a Member state to another. Among others, this legislative package includes important provisions aiming to foster the strengthening of the powers and the independence of the energy regulatory authorities of the Member states. In this issue, the main provisions contained in the new energy package are highlighted.

KEY WORDS: third legislative package of the European Union relating to the internal energy market; strengthening of powers and of the independence of national regulatory authorities.

EL DEBER DE CONSERVACIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y SUS LÍMITES

INMACULADA LÓPEZ BARAJAS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la UNED

SUMARIO: I. Introducción II. El derecho a acceder libremente a la Red. III. El reconocimiento del deber de conservación de datos de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea y su fundamento. IV. Límites previstos en la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo: 1. *La exclusividad de los fines del deber de conservación*. 2. *Ámbito objetivo*. 3. *Ámbito subjetivo*. 4. *Plazo del deber de conservación*. V. Límites derivados del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: 1. *Delimitación de los derechos fundamentales afectados*. 2. *El derecho al secreto de las comunicaciones*: A) *El carácter formal del derecho*. B) *Los nuevos datos de tráfico y el principio de la menor intensidad de la injerencia*. 3. *El derecho a la protección de datos de carácter personal*. 4. *Consecuencias prácticas de la delimitación*: A) *La obtención de las claves IMSI e IMEI*. B) *La obtención de los protocolos de Internet (IPS)*. VI. Valoración del deber de conservación en su transposición al Ordenamiento español por la ley 25/2007, de 18 de octubre.

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este trabajo es la globalización, pues en este proceso de creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial¹, han tenido una influencia decisiva las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de comunicación, transmisión e intercambio de todo tipo

¹ wikipedia.org.

de información a gran velocidad ha originado profundos cambios y transformaciones sociales que han dado paso a la denominada «sociedad de la información»².

Se dice que se ha producido una auténtica «revolución tecnológica digital», de forma semejante a lo que sucedió con la Revolución Industrial en el siglo XIX.

Lo cierto es que la aplicación de las nuevas tecnologías ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no sólo la voz, sino también otros datos en soportes y formatos diversos.

Hasta hace pocas décadas el teléfono fijo era la única vía de telecomunicación al alcance real de la ciudadanía. Hoy se puede afirmar que las comunicaciones telefónicas clásicas han quedado superadas o, mejor dicho absorbidas, por las telemáticas o electrónicas.

Tradicionalmente, señala la doctrina³, el término telemático ha supuesto la fusión de las técnicas de telefonía y tratamiento de datos (informática) y designa todo lo que tiene que ver con la comunicación entre ordenadores⁴. De hecho, ésta fue la expresión utilizada por el Legislador en diversas ocasiones para referirse a las comunicaciones, como por ejemplo en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 197 del Código Penal.

Más recientemente se observa una tendencia a sustituir el término tradicional de telecomunicaciones por el de comunicaciones electrónicas, cambio que, según una parte de la doctrina⁵, se ha fundado en los cambios técnicos que se han producido, en concreto, en la digitalización de la información y convergencia de las comunicaciones que ha permitido un tratamiento homogéneo. Con este término se pone el acento en la forma de llevarse a cabo la comunicación y no tanto en la distancia superada.

II. EL DERECHO A ACCEDER LIBREMENTE A LA RED

Hecha esta precisión, una de las características básicas de la comunicación en Internet consiste en la existencia de mínimas barreras de entrada para la comunicación, tanto para emisores como para los receptores. Se tardan pocos minutos en dar de alta una cuenta de correo electrónico domiciliada en un dominio situado al otro lado del mundo.

De hecho, el acceso a Internet constituye no solo un servicio sino un derecho que los poderes públicos deben garantizar y proteger. El derecho a acceder libremente a la red es hoy un derecho cuya titularidad corresponde a todas las personas.

² CORRIPIO GIL-DELGADO y MARROIG POL, L., *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, 2001, Madrid, p. 55.

³ LOSADA, G., *Curso de Informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁴ LÁZARO LAPORTA Y MIRALLES ANGUIÑA, *Fundamentos de telemática*, Valencia, 2002, p. 3.

⁵ HERNÁNDEZ GUERRERO, FJ, «La intervención de las comunicaciones electrónicas», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III, 2001, p. 347.

La Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas contempla hoy el acceso a Internet como parte del servicio universal de telecomunicaciones.

Pero la otra cara de la moneda, esto es, el reverso de todos estos aspectos positivos y, en concreto, de la facilidad de acceso que presentan las nuevas formas de comunicación electrónica es que ha sido utilizada por la delincuencia organizada para ampliar su infraestructura y potenciar la consecución de sus fines ilícitos.

Entre las notas que hoy caracterizan este tipo de delincuencia destaca su nivel de profesionalización y su carácter supranacional. Como ha señalado la doctrina⁶ se trata de una delincuencia que se manifiesta de forma cada vez más violenta y más sofisticada en los medios y técnicas que utiliza para la comisión de hechos delictivos.

Este carácter supranacional se ha extendido a la delincuencia grave. Basta con observar la actividad jurisdiccional ordinaria que llevan a cabo los Jueces y Magistrados, donde se aprecia siempre un elemento transnacional en todos los delitos que tienen una cierta entidad.

Asimismo, el carácter anónimo y descentralizado de la red ha sido aprovechado por los criminales para comunicarse y cometer más delitos. Las nuevas tecnologías facilitan la perpetración del delito y dificulta su persecución.

La facilidad para generar nuevos dominios o accesos a la red, tanto localizados como remotos, han dejado anticuados los esquemas clásicos de actuación.

Así, para contrarrestar los sofisticados medios de que se sirven los grupos criminales organizados, así como el carácter internacional de su actividad, resulta necesario recurrir a nuevas técnicas de investigación⁷.

Las autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos han de contar con los medios de lucha adecuados para hacer frente a la delincuencia organizada que se sirve de las nuevas tecnologías.

Los tradicionalmente denominados datos de tráfico, entre los que se encuentran hoy los rastros o pistas técnicas de las comunicaciones electrónicas, han ido adquiriendo una importancia creciente, por su gran utilidad en la fase de investigación del proceso penal. A través de ellos podrá obtenerse información decisiva como la identidad de otros miembros de la organización criminal con los que mantiene conversaciones el imputado.

Esta utilidad unida al hecho de que se trata de datos que se difuminan enseguida, han sido los factores decisivos en el deber de conservación de estos datos que el legislador comunitario ha impuesto a las empresas de telecomunicaciones y servidoras de Internet.

⁶ MAGRO SERVET, V., «Intervención policial de mensajes sms y eficacia de las juntas provinciales de policía judicial», *Diario La Ley*, N. 6764. Jueves, 26 de julio de 2007.

⁷ ZARAGOZA AGUADO, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas», en *Delitos contra la salud pública y el contrabando*, CGPJ, 2000.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DEBER DE CONSERVACIÓN DE DATOS DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU FUNDAMENTO

En un primer momento, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, reconoció la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar medidas legislativas que permitieran la conservación de datos durante un plazo limitado y justificado, siempre que fueren proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática.

Asimismo, la Directiva 2000/31/CE, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, previó la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, la información que les permitiera identificar a los destinatarios de su servicio con los que hubiesen celebrado acuerdos de almacenamiento.

En este marco, el Legislador español estableció en el art. 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico 34/2002⁸ el deber de retención de datos en el ámbito de Internet que afectaba a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información, por estar directamente vinculados a ellos los rastros electrónicos que dejan los usuarios a través de la red⁹. Esta especialidad fue recogida posteriormente por la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 noviembre.

Las investigaciones llevadas a cabo en diversos estados miembros, especialmente en el ámbito de la delincuencia organizada, han puesto de manifiesto la gran utilidad del tratamiento de los datos relativos al uso de las comunicaciones electrónicas que se erigen, por tanto, en una herramienta muy valiosa en la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos, en particular en asuntos de gravedad como la delincuencia organizada y el terrorismo.

Por ello, se ha optado por armonizar las legislaciones nacionales a través de la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE en el sentido de distinguir entre la obligación de retención que específicamente establece la nueva Directiva, de la mera posibilidad de retención de aquellos datos que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

⁸ El art. 12, derogado por la Ley 25/2007, disponía que «los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo».

⁹ BALLESTEROS MOFFA, L.A., «Hacia un difícil equilibrio entre privacidad y seguridad...», *op. cit.*, p. 44.

Como no podía ser de otra manera, en el reconocimiento legal de esta obligación ha tenido una influencia decisiva la magnitud de los atentados acontecidos en la última década (Nueva York, Madrid y Londres) que ha fortalecido la voluntad del Consejo de Europa de luchar contra todas las formas de terrorismo, expresando este firme propósito de la Unión en un amplio catálogo de medidas, entre las que se encontraba la retención de datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas.

Este «Nuevo terrorismo internacional» se caracteriza por el carácter global de la amenaza que supone.

Ahora bien, aunque el motor de la regulación comunitaria sobre la disponibilidad de los datos almacenados relativos a las comunicaciones electrónicas se inspiraba en la necesidad de perseguir el terrorismo y la delincuencia organizada, finalmente la Directiva 2006/24/CE ha optado por la fórmula abierta de delito grave según la legislación interna de los Estados miembros.

Así, el fundamento de este deber se encuentra en la necesidad de garantizar el mantenimiento de unos datos con vistas a su eventual utilización en el marco de un proceso penal.

Con esta medida, se trata de reforzar los instrumentos a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los Estados para el ejercicio de las funciones de seguridad pública que tienen atribuidas, permitiendo que puedan acceder a ciertos datos que, hasta entonces, no solían estar disponibles.

Asimismo, supone un pequeño paso adelante en el largo camino de la aproximación de las legislaciones procesales de los Estados miembros, que es la base para que pueda funcionar bien la cooperación policial y judicial en materia penal, que a su vez es fundamental para configurar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, uno de los objetivos centrales de las reformas que lleva aparejado el Tratado de Lisboa.

IV. LÍMITES PREVISTOS EN LA DIRECTIVA 2006/24/CE, DE 15 DE MARZO

Pero, el establecimiento de esas obligaciones, justificado en aras de proteger la seguridad pública, debe efectuarse buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Para ello, la Directiva 2006/24/CE establece una serie de garantías. La primera se centra en los fines del deber impuesto a las empresas de telecomunicaciones. La segunda se refiere al tipo de datos que pueden ser objeto de conservación y posterior cesión. La tercera se concreta en la autoridad competente para acceder a los datos que han sido previamente conservados. De todas ellas pasamos a ocuparnos a continuación, para posteriormente analizar la nueva normativa a la luz del respeto a los derechos fundamentales y a los principios básicos del Derecho Penal y del proceso debido.

1. La exclusividad de los fines del deber de conservación

Tal y como dispone la Directiva 2006/24/CE los datos sólo pueden ser objeto de conservación para los fines exclusivos que la misma establece, y que consisten en la *detección, investigación y enjuiciamiento* de delitos graves definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro. En nuestro Derecho, se consideran de esta naturaleza aquéllos para los que se establezcan penas privativas de libertad superiores a cinco años.

Conviene recordar que, como se indicó mas arriba, aunque el motor de la regulación comunitaria sobre la disponibilidad de los datos almacenados relativos a las comunicaciones electrónicas se inspiraba en la necesidad de perseguir el terrorismo y la delincuencia organizada, el legislador comunitario finalmente ha optado por la fórmula más amplia de delito grave.

De esta manera, se pueden obtener los datos relativos a las comunicaciones que puedan estar relacionados con una investigación penal de un delito grave, y que se hayan efectuado por medio de la telefonía fija o móvil, así como a través de Internet.

Queda prohibida la conservación con otras finalidades como la cesión con fines comerciales, como por ejemplo para la oferta de bienes o servicios determinados en función de las preferencias que los sujetos hayan manifestado en su tráfico comunicativo¹⁰.

A nadie se le escapa que la observación y tratamiento irregular de estos datos permitiría conocer e interpretar el comportamiento del usuario, configurándose a partir de ellos perfiles sobre sus gustos, preferencias o hábitos personales, e incluso sobre creencias religiosas, ideas políticas o aspectos privados de la salud.

En definitiva, las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información permiten conocer la forma de ser y de comportarse de las personas.

Por ello, desde las primeras Leyes sobre telecomunicaciones el legislador ha tratado de establecer una regulación específica protectora conforme a la cual los datos o huellas electrónicas deben eliminarse o convertirse en anónimos una vez que dejen de ser necesarios para la transmisión de la comunicación, salvo a efectos de facturación o pago.

Pero, en el caso que nos ocupa, como ha señalado la doctrina¹¹, al deber general de eliminación de esta clase de datos tras el cumplimiento de su función, se ha superpuesto al deber de retención de los mismos con fines de seguridad.

¹⁰ MORENO CATENA, V., «Ley de conservación de datos y garantías procesales», en AAVV *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 163 y ss.

¹¹ BALLESTEROS MOFFA, L.A., «Hacia un difícil equilibrio entre privacidad y seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas», *REDA*, Thomson-Civitas, marzo, 2008.

2. Ámbito objetivo

El segundo límite se extiende al tipo de datos que pueden ser objeto de conservación. Así, el deber de retención se extiende tanto a la telefonía fija y móvil, como al ámbito de Internet, correo electrónico o telefonía por Internet.

Se trata de conservar los datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta.

La Directiva 2006/24/CE exige que se conserven exclusivamente los datos generados o tratados en el proceso del suministro de servicios de comunicación. De esta manera, cuando dichos datos no hayan sido generados o tratados por dichos proveedores, no es obligatorio conservarlos. Esto es, el deber se refiere únicamente a los datos ya tratados por los proveedores a los efectos de hacer posible la comunicación o los servicios vinculados a ella.

Sólo se conservarán los datos necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, así como la identidad de los usuarios o abonados de ambos (nombre y dirección), los que permiten determinar el momento (la hora y fecha) y duración, el tipo de servicio y el equipo de comunicación utilizado por los usuarios que, cuando se trate de un equipo móvil, también abarcará los datos necesarios para su localización.

Ha precisado la doctrina¹², que la expresión «servicio de Internet utilizado», en el caso de correo electrónico por Internet y telefonía por Internet, debe ser entendida como comprensiva únicamente de los instrumentos utilizados para la comunicación (mensaje de correo electrónico, videoconferencia por Internet etc), pues de otro modo se estaría produciendo una injerencia sobre el contenido de la comunicación.

Por tanto, el objeto del deber de conservación se circunscribe, básicamente, a los datos que se hayan generado o tratado en el marco de una comunicación de telefonía fija o móvil, o realizada a través de una comunicación electrónica de acceso público o mediante una red pública de comunicaciones.

A continuación, la Directiva 2006/24/CE enumera en su artículo 5, de manera precisa y detallada, el listado de datos que quedan sujetos a la obligación de conservación en los tres ámbitos mencionados, telefonía fija, móvil o Internet. Destacamos a continuación los aspectos más significativos y novedosos.

En cuanto a los datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios: 1) con respecto a la telefonía de red fija se incluyen los necesarios para identificar el número de origen y destino de la comunicación 2) con respecto a la telefonía móvil comprende, además de los números de teléfono de origen y destino, la identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada y de la parte que recibe la llamada y la identidad internacional del equipo

¹² RODRÍGUEZ LAINZ, JL, «El principio de proporcionalidad en la nueva Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones», *Diario La Ley*, N° 6859, Sección Doctrina, 11 enero 2008, Año XXIX.

móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada y de la parte que recibe la llamada; 3) con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet se incluyen el número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números, y la línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

Como novedad, quedan incluidas también en el ámbito de aplicación del deber de conservación las denominadas llamadas telefónicas infructuosas o perdidas. Éstas constituyen un intento de comunicación que a pesar de no tener éxito porque el receptor no atiende la llamada, sin embargo reflejan un indicio de relación entre personas investigadas.

La Directiva 2006/24/CE habla de la «llamada telefónica infructuosa» y la define como una comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación toda vez que ha habido una intervención por parte del gestor de la red. De esta manera, queda clara la distinción entre las llamadas perdidas y las no conectadas, con respecto a las cuales no es obligatoria, sin embargo, la conservación de datos.

En la transposición de la Directiva analizada al Ordenamiento español, también se incluye como novedad, la obligación de conservar los datos necesarios para identificar el momento de activación de los teléfonos que funcionen bajo la modalidad de prepago.

Así, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y de redes públicas de comunicación, que implementa la Directiva, impone un deber de identificación cuando se adquieran las tarjetas prepago de telefonía móvil, imponiendo la obligación de llevanza de un libro registro de los adquirentes de este tipo de tarjetas.

Aunque la obligación de inscripción se exige desde la entrada en vigor de la Ley (noviembre de 2007), se establece un régimen transitorio para las tarjetas adquiridas con anterioridad. Así, los operadores de telefonía móvil que comercialicen estos servicios dispondrán de un plazo de dos años, para cumplir con las obligaciones de inscripción. Transcurrido dicho período de tiempo sin haber sido posible el registro, tienen el deber de anularlas o desactivarlas, sin perjuicio de la compensación que, en su caso, corresponda al titular de las mismas por el saldo pendiente de consumo.

La doctrina ha puesto de manifiesto que esta exigencia debería haberse hecho extensiva a todos los servicios anónimos de pago por adelantado.

Un caso claro es el de los cibercentros, donde el usuario accede a Internet sin ningún tipo de control. De hecho, en el debate parlamentario de la Ley se presentó una enmienda con objeto de proponer la llevanza de un libro registro de los usuarios que acceden a Internet a través de sus ordenadores, de manera semejante a los vendedores de las tarjetas de telefonía prepago.

De todo lo expuesto resulta que el ámbito del deber de conservación impuesto por la Ley 25/2007 de 18 de octubre, abarca un conjunto heterogéneo de datos que se almacena para su eventual utilización posterior y que, pese a su diferente naturaleza, se someten a un régimen jurídico común.

3. **Ámbito subjetivo**

Según la Directiva 2006/24/CE los datos conservados solamente se pueden facilitar a las autoridades nacionales competentes de conformidad con la Legislación nacional, respetando plenamente los derechos fundamentales de las personas afectadas.

La Ley 25/2007 que transpone la Directiva exige para que sea válida la cesión de los datos que concurra siempre autorización judicial previa. A continuación, dispone que la información debe facilitarse por los sujetos obligados a los agentes facultados.

Los sujetos obligados son los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, o que exploten una red pública de comunicaciones electrónicas en España.

Por su parte, el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, define al operador como la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.

Por último, en cuanto a los agentes facultados, la Ley los define como los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de Policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la LOPJ.

También tendrán esta consideración los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como Policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, también se consideran agentes facultados para recibir los datos conservados, el personal del Centro Nacional de Inteligencia cuando actúen en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia.

De esta manera, es la autoridad judicial la que autoriza siempre y ordena la cesión de los datos habilitando a los agentes facultados para que recaben de los operadores obligados la información que han sido previamente conservados.

4. **Plazo del deber de conservación**

En cuanto a los plazos de esta obligación de conservación, la Directiva 2006/24/CE establece un período de tiempo que no sea inferior a 6 meses y un máximo de 2 años.

Dentro de este marco, el legislador español ha fijado un plazo general de conservación de doce meses desde que la comunicación se hubiera establecido, que reglamentariamente se podrá reducir a seis meses o ampliar a dos años, atendiendo al

coste de almacenamiento y conservación de los datos, así como al interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta a los operadores.

V. LÍMITES DERIVADOS DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal y como se mencionó más arriba, el establecimiento de este deber de conservación de datos, justificado en aras de proteger la seguridad pública, debe efectuarse buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

La doctrina¹³ llama la atención sobre la necesidad de ponderar despacio las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales, aun en el caso de que estén previstas en la Ley, para que no se desvirtúe el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados tal y como se reconocen por la norma Constitucional.

Por ello, resulta oportuno analizar si la nueva normativa, como medio de confrontación para lograr la represión eficaz de estas nuevas formas de delincuencia, se produce dentro del respeto a los principios básicos del Derecho Penal y del proceso debido.

La obligación de conservación y el deber de cesión de los datos retenidos debe producirse dentro de los límites autorizados por el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. De conformidad con la interpretación del TEDH, toda injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la vida privada debe respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad

1. Delimitación de los Derechos fundamentales afectados

La propia Directiva 2006/24/CE, en su considerando 22, se refiere expresamente al respeto de la vida privada y de las comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personal, que se consagran en los art. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Nos encontramos, pues, ante tres derechos fundamentales íntimamente relacionados: el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos frente al uso de la informática, también denominado derecho a la autodeterminación informativa.

Aunque se trata de derechos conexos resulta necesario proceder a su delimitación toda vez que se están sujetos a un régimen jurídico diferente.

¹³ MORENO CATENA, V., «Ley de conservación de datos y garantías procesales», en AAVV *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 163 y ss.

2. El derecho al secreto de las comunicaciones

El secreto de las comunicaciones se reconoce como garantía en todas las Constituciones, así como en las normas internacionales, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵.

En nuestro texto constitucional se reconoce en el art. 18.3, y por tanto con rango de derecho fundamental, según el cual *«se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»*.

Por su parte el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de forma más amplia establece, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

En lo que a las comunicaciones electrónicas se refiere el art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

Por su parte, el art. 5.2 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, dispone que los operadores no podrán acceder a la línea de un usuario final sin su consentimiento expreso e inequívoco.

A. El carácter formal del derecho

El derecho al secreto de las comunicaciones garantiza a los interlocutores o comunicantes una protección que se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo con independencia de que el contenido del mensaje transmitido pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1984). De esta forma, el objeto de este derecho es la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado (STC 123/2002). Toda comunicación es para la norma fundamental secreta aunque sólo algunas sean íntimas. No se dispensa del secreto en función del contenido de la comunicación.

El constituyente español no ha querido proteger exclusivamente el secreto de las comunicaciones «íntimas», sino cualquier clase de comunicación, con indepen-

¹⁴ Art. 12 «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y ataques».

¹⁵ Art. 17 «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y ataques».

dencia de su contenido. Esto otorga una dimensión formal al derecho que se contrapone con la dimensión material del derecho a la intimidad¹⁶.

Tanto el TEDH como nuestro TC han afirmado este carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones. De esta manera, a pesar de nuestra sistemática constitucional, que parece conectar el derecho al secreto de las comunicaciones con el derecho a la intimidad, queda clara la autonomía y sustantividad del derecho al secreto de las comunicaciones con independencia de que el contenido de lo comunicado incida en la esfera de lo íntimo.

El fundamento de este carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación (STC 123/2002).

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), se proyecta sobre su régimen jurídico. Así, mientras *ex* art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva jurisdiccional absoluta respecto del derecho a la intimidad personal, donde se ha admitido, de forma excepcional, que en determinados casos y, con la suficiente y precisa habilitación legal, es posible que la Policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas¹⁷.

Además, en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo una garantía de la libertad individual, sino que se erige, asimismo, en la garantía para el ejercicio de múltiples derechos y libertades como la propiedad, el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada, etc.

B. Los nuevos datos de tráfico y el principio de la menor intensidad en la injerencia

El carácter eminentemente formal del derecho al secreto de las comunicaciones impide modulaciones o grados de actuación, de tal forma que la incidencia no consentida por un tercero en el ámbito de lo que deba entenderse como objeto del derecho al secreto de las comunicaciones, supone una infracción del mismo de alcance constitucional (STC 123/2002).

¹⁶ MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Poder Judicial, 1987, p. 155.

¹⁷ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004; «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y TS», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid; *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2000.

Para delimitar el objeto del derecho, resulta obligado tomar como punto de partida la citadísima sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone contra Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, según la cual el concepto del secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido sino que alcanza a todos los aspectos de la misma, como por ejemplo, la propia existencia de la comunicación, la identidad subjetiva de los interlocutores, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico, etc.— de la misma.

Así, y dado que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma (STC 56/2003).

En definitiva, no cabe disociar, sin merma relevante de garantías, realidades tan sustancialmente integradas como son el mensaje y su proceso de transmisión.

Resulta claro que los datos de tráfico permiten conocer algunos extremos relativos a la comunicación como el momento y la duración. También permiten conocer aspectos de gran relevancia como la identidad de las personas que establecen el contacto, y precisamente por eso, puede sostenerse que forman parte, auténticamente, del contenido de la comunicación¹⁸.

Pero, hoy en día la telefonía móvil y la telefonía a través de Internet generan toda una serie de datos de tráfico que van mucho más allá de aquéllos respecto de los que el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse, hace ahora más de 24 años.

Estos nuevos datos aportan valiosa información sobre el origen de la comunicación, lo que permitirá, en la mayor parte de los casos, ubicar el equipo informático desde el que se ha llevado a cabo la comunicación, el momento de la misma, así como la identificación de un abonado titular de la línea de conexión a través de la cual se accede a Internet, aunque no al usuario de la misma¹⁹.

En este nuevo concepto de datos de tráfico se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad heterogénea. El problema consiste en delimitar bien los datos concretos a los que debe extenderse el secreto, diferenciándolos de aquéllos que forman parte del contenido del derecho a la protección de datos o de los que deberían protegerse a través del derecho a la intimidad.

¹⁸ Por ello, cuando, en un caso, lo que la Policía lleva a cabo no es identificar los números telefónicos en comunicación, sino, tan sólo, averiguar el correspondiente a uno de los comunicantes, no puede afirmarse con propiedad que se esté interviniendo en esa comunicación, dado que la comunicación, por definición, requiere, al menos, dos comunicantes y, por tanto, la actuación sobre un solo individuo y los objetos de su pertenencia nunca puede constituir injerencia en sus comunicaciones ni, menos aún, en las de un tercero (voto particular de STS 130/2007, de 19 de febrero).

¹⁹ SALOM CLONET, J., «Incidencia de la nueva regulación en la investigación de los delitos cometidos a través de medios informáticos», *op. cit.*, p. 136 y ss.

Esta tarea resulta, en ciertas ocasiones, compleja. Ha señalado una parte de la doctrina²⁰ que la incidencia de los diferentes regímenes es tal que pueden llegar a confluir.

Han sido los avances tecnológicos y la aparición de las nuevas técnicas de investigación basadas en el análisis de los datos de tráfico de las comunicaciones las que han dado lugar a una cierta evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, al proclamar el principio de menor intensidad en la injerencia, reconoce una menor exigencia constitucional en el respeto al derecho constitucional afectado que, no por ello, deja de estar situado dentro del ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones garantizado por el 18.3 CE.

Este principio de la menor intensidad en la injerencia se plasma en la STC 26/2006 donde se autoriza una investigación basada en el listado de llamadas, pero no una injerencia sobre los contenidos dado el carácter impreciso de los indicios alegados por la Policía Judicial. Esto es, sin negar la existencia de indicios, el órgano jurisdiccional no los consideró suficientes para realizar una intervención total de las comunicaciones, pero sí para conocer la identidad de los interlocutores.

Por ello, la intervención de los datos de tráfico puede acordarse como una diligencia previa a la intervención del contenido material que, con base en la menor lesividad para el derecho afectado, puede superar más fácilmente el juicio de necesidad (STS 1476/2005, de 25 de noviembre)²¹.

Con base en las consideraciones expuestas, algunos autores²² defienden la autonomía de la intervención de los datos de tráfico con respecto a la intervención del contenido material. De esta forma, el primer tipo de intervención podría adoptarse, además de para localizar o establecer vínculos entre sospechosos, con vistas a determinar si procede la intervención del contenido material. Por ello, proponen que podría fundarse en la investigación de delitos de menor entidad.

Pero a día de hoy, el TC no ha ido tan lejos, aunque sí ha dicho que los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE (STC 70/2002).

3. El derecho a la protección de datos de carácter personal

Otro derecho que cobra especial relieve en el ámbito de las comunicaciones electrónicas es el derecho a la protección de datos de carácter personal también lla-

²⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 447 y ss.

²¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, La Ley, 2007, p. 167.

²² GONZÁLEZ LÓPEZ, *Los datos de tráfico de las comunicaciones*, op. cit., p. 168.

mado derecho a la autodeterminación informativa²³, reconocido en el art. 18.4 de nuestro texto constitucional.

Se trata de un derecho que, con el tiempo, ha adquirido un estatus jurídico propio y ha sido reconocido con el rango de derecho fundamental (STC 292/2000). Se regula, en nuestro Derecho positivo, por la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y, en el ordenamiento comunitario por la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

La libertad informática ha sido calificada por algunos autores²⁴ como un derecho fundamental propio de la actual sociedad de la información en la que estamos inmersos.

El derecho a la protección de datos de carácter personal, está íntimamente ligado al derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello, la delimitación o frontera de los mencionados derechos tiene gran importancia, con objeto de fijar el régimen jurídico al que deben adscribirse los datos de tráfico, y en consecuencia las garantías para que sea lícita su utilización en cada caso.

Así, a juicio del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la protección de datos, comparte con el derecho a la intimidad el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, si bien se diferencia del mismo en dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos es mas amplio toda vez que no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos.

Su protección se extiende a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo

La segunda peculiaridad que posee el derecho fundamental a la protección de datos y que la distingue del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la per-

²³ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., «Consideraciones comunes a los artículos 49, 50 y 51 de la Ley General de Telecomunicaciones», en AAVV, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, p. 428.

²⁴ OLOVER LALANA, D., «El derecho fundamental virtual a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas», *Diario La Ley*, núm. 5592, de 22 de julio de 2002.

sona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular la facultad de imponer a terceros deberes jurídicos. Por ejemplo, el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de control y disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, F.J. 7).

De todo lo expuesto se deduce que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí solo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico, dadas las amplísimas posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales.

Una vez delimitado el ámbito del derecho a la protección de datos respecto al derecho a la intimidad, procede ahora, delimitarlo con relación al derecho al secreto de las comunicaciones.

Para ello, resulta necesario atender al aspecto dinámico o estático de la comunicación. En el primer caso, esto es, mientras dura el proceso de comunicación, quedará afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, ya incida la injerencia sobre el contenido de la comunicación o sobre sus elementos externos o adyacentes. En cambio, cuando la comunicación se ha consumado, se almacenan en una base los datos relativos a las comunicaciones, y pasan a configurarse como datos de carácter personal.

Así, los datos del emisor y receptor de una comunicación, una vez finalizada ésta ya no deben protegerse por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a pesar de su estrecha conexión con la comunicación realizada, sino a través de las normas que regulan la intimidad u otros derechos, toda vez que no suponen una interferencia en un proceso de comunicación (STC 70/2002).

Así, la entrega por la operadora del listado de las llamadas ya ejecutadas con anterioridad desde un determinado número de teléfono no afecta al contenido propio del derecho al secreto de las comunicaciones, toda vez que se trata, en definitiva, de datos de carácter personal, custodiados en ficheros automatizados, a que se refiere la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento de tales datos, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución estableciéndose en la misma que el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, el cual, sin embargo, no será preciso cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

De hecho, tal información, propia de la investigación judicial en la fase de instrucción, es similar a la relativa al movimiento de las cuentas corrientes bancarias, y no afecta en forma alguna al secreto de las comunicaciones telefónicas. El registro de las llamadas efectuadas desde un determinado número de teléfono forma parte del conjunto de datos que las correspondientes compañías telefónicas obtienen y

conservan para poder determinar el precio que periódicamente debe abonarles el titular de aquél, al cual se le facilitan, bien espontáneamente, bien previa solicitud, para su conocimiento y posibles reclamaciones; en forma semejante a como hacen las entidades bancarias con los titulares de las cuentas corrientes, al remitirles periódicamente información sobre el movimiento de las mismas (STS 459/1999). En análogo sentido se manifiesta la STS de 7 de diciembre de 2001, F2, RJ 2002/2070.

La Agencia Española de Protección de Datos ha reconocido conforme con la normativa de protección de datos la cesión de datos reservados de carácter personal a petición de la Policía judicial, esto es, sin mediar resolución judicial previa, cuando se trate de datos necesarios para la prevención y represión de determinados delitos graves, siempre que estén debidamente motivados y se comunique inmediatamente a la autoridad judicial.

4. Consecuencias prácticas de la delimitación

Ante la confluencia de tantos derechos implicados, Ley 25/2007, de 18 de octubre que traspone la Directiva 2006/24/CE al ordenamiento español, en vez de delimitar el régimen jurídico de la conservación y cesión en función del tipo de datos a retener, corta por lo sano, esto es, exige autorización judicial para la cesión de todos los datos cualquiera que sea su naturaleza.

Por ello, corresponde siempre al Juez decidir sobre el hecho de la cesión y sobre el contenido de lo que ha de cederse en función de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida, de modo semejante a como se exige para la intervención de las comunicaciones telefónicas (art. 7.2 LCDCE). Sólo así la utilización de estos datos puede tener eficacia probatoria en el proceso penal.

Esto ha provocado que desde el primer momento de aplicación de la nueva Ley, se hayan suscitado importantes dudas sobre el régimen que debe informar la obtención de ciertos datos por la Policía Judicial. Esto es, sobre la necesidad de someter a autorización judicial la captación de ciertos datos que, a pesar de estar incluidos dentro del ámbito objetivo de la nueva Ley de Conservación de Datos, pueden ser obtenidos directamente por la Policía.

Así ocurre con la obtención de las claves IMSI (*Internacional Mobile Subscriber Identity* - Identidad Internacional del Abonado a un Móvil) e IMEI, y con la obtención de los protocolos de acceso a Internet. A través de estos supuestos se puede comprender mejor las importantes consecuencias prácticas que tiene la delimitación del tipo de derecho afectado en cada caso, toda vez que marca la frontera de la investigación policial en la materia, la cual no puede afectar al núcleo protegido por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sin que medie autorización judicial.

A. La obtención de las claves IMSI e IMEI

Una consideración especial merece el estudio de los datos IMSI e IMEI por la gran polémica jurisprudencial que se ha generado a propósito del régimen jurídico que debe informar su obtención por la Policía Judicial.

El IMSI es una relación alfanumérica vinculada a una tarjeta SIM. El IMEI es un código vinculado a un teléfono móvil GSM y que, por tanto, identifica un terminal de telefonía móvil.

La técnica consistente en la identificación de estos códigos (IMSI e IMEI) ha sido definida como un procedimiento que permite detectar las claves de los teléfonos móviles que llevan las personas que se encuentran a determinada distancia mediante el rastreo del espacio radioeléctrico. Se basa en la existencia de un teléfono operativo, sin necesidad de que se esté siendo utilizado en ese momento.

Sobre su posible inclusión dentro del ámbito del art. 18.3 existen dos posiciones. La primera entiende que supone una intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones en la medida en que, por una vía más indirecta (la del código del terminal), se puede obtener el mismo efecto de invasión del ámbito del secreto (SSTS de 23 de enero de 2007 y de 19 de febrero de 2008). En el mismo sentido, una parte de la doctrina²⁵ considera que se trata de una técnica equivalente al recuento del que trataba el caso Malone, y por tanto, necesitada de autorización judicial. Precisa RODRÍGUEZ LAINZ que en el actual estado de la técnica el IMSI sólo puede captarse o durante el proceso de autenticación o en el tránsito de señales automáticas para actualizar la ubicación geográfica del terminal cada vez que cambia de estación. Por ello, el mencionado autor, aun reconociendo que se trata de operaciones automáticas, ajenas a la voluntad del usuario, considera que en ambos casos se trata de comunicación.

La segunda posición entiende, sin embargo, que se trata de una técnica que no afecta al núcleo protegido por el art. 18.3 CE, toda vez que la obtención de esta información, por sí sola, no permite conocer la identidad de los comunicantes, ni la titularidad del teléfono móvil, ni dato alguno sobre el tráfico de llamadas entrantes o salientes del sospechoso. Además, esa numeración puede llegar a aprehenderse, incluso, sin necesidad de que el proceso de comunicación se halle en curso. Con ello quiebran las ideas de funcionalidad y accesoriedad, de importancia decisiva a la hora de calificar jurídicamente el alcance de la tutela constitucional de esa información.

De hecho, estos identificadores, aisladamente considerados, no aportan información significativa, sino tan solo cuando se analizan junto a los datos contenidos en las bases de datos de las operadoras de telefonía, para lo cual se necesita siempre la correspondiente autorización judicial.

Por ello, el voto particular de la STS de 23 de enero de 2007 entendió que los mencionados números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma.

Asimismo, el mencionado criterio no supone contradicción alguna, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida

²⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Dirección IP, IMSI e intervención judicial de comunicaciones electrónicas», *Diario La Ley*, num. 7886, 2009.

en la Sentencia del denominado «caso Malone» (TEDH 1984, 1), ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de la propia Sala segunda del Tribunal Supremo, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la «comunicación» no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y, lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Estas circunstancias sí que puede sostenerse que forman parte, auténticamente, de la «comunicación».

Por ello, cuando lo que la Policía lleva a cabo no es identificar los números telefónicos en comunicación, sino, tan sólo, averiguar el correspondiente a uno de los comunicantes, no puede afirmarse con propiedad que se esté interviniendo en esa comunicación, dado que la comunicación, por definición, requiere, al menos, dos comunicantes y, por tanto, la actuación sobre un solo individuo y los objetos de su pertenencia nunca puede constituir injerencia en sus comunicaciones ni, menos aún, en las de un tercero.

Ahora bien, el hecho de que esta clave alfanumérica, por sí sola, no revele sino una sucesión de números que ha de ser completada con otros datos en poder del operador de telefonía, no excluye que su tratamiento automatizado no implique un significativo nivel de injerencia en la privacidad del interesado ya que interrelacionado con otros datos en poder del operador puede dar lugar a conocer, entre otros datos, la identidad del comunicante.

Por ello, podría considerarse como un dato de carácter personal a la luz de la lectura del art. 3.a) de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, con arreglo al cual, dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

La mencionada Ley establece como principio de carácter general que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. A continuación, la propia Ley excluye la necesidad de ese consentimiento cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (art. 11.2.d).

Ello no obstante, no debe olvidarse que la Ley de Conservación de Datos menciona a los datos IMSI e IMEI (art. 3.1 e)), para cuya cesión resulta exigible la misma regla impuesta al resto de los datos a los que se refiere, que requiere la preceptiva autorización judicial. Con esta especial protección podría parecer que el legislador los está considerando como parte del derecho al secreto de las comunicaciones²⁶.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STS 249/2008, de 20 de mayo según la cual debe distinguirse el supuesto de cesión de la información sobre el IMSI des-

²⁶ ORTIZ NAVARRO y LUCAS MARTÍN, «Ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones», *op. cit.*, p. 34.

de los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio (regulada por la Ley 25/2007), del acceso a esta información desde el propio teléfono celular por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre la nada dice la Ley de Conservación de Datos.

Así, frente al silencio de la nueva regulación, podría resultar de aplicación lo dispuesto en la Ley de Protección de Datos 15/1999, según la cual la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2).

Además, la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de estos datos, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales» (art. 22.3).

Ello no obstante, la facultad de recogida de datos que la LO 15/1999 otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la Ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

Teniendo en cuenta que el IMSI, por sí solo, no es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos, según la mencionada sentencia, su recogida o captación técnica no necesita autorización judicial. Sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí requerirá el control jurisdiccional de su procedencia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la posterior STS 776/2008, de 18 de noviembre según la cual la averiguación de las claves alfanuméricas, cuando se lleva a cabo en el marco de una investigación criminal relativa a un delito de especial gravedad, difícilmente puede considerarse que suponga una indebida y desproporcionada restricción de un derecho fundamental y que, por ello, suponga una vulneración constitucional con sus lógicas consecuencias (v. art. 11.1 LOPJ).

Los mismos argumentos se recogen en los siguientes pronunciamientos del TS que sostienen que los IMSI pueden ser obtenidos por los agentes policiales por sus propios medios sin que ello acarree nulidad alguna de las pruebas obtenidas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones.

Incluso la jurisprudencia ha ido más allá. La reciente STS 40/2009, de 28 de enero considera que el IMSI y el IMEI difícilmente pueden considerarse datos de carácter personal. De hecho, la doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro se solicitará, en su momento, el pertinente mandamiento judicial. Así, considera que de la misma manera que se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo) la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del IMSI, mediante estos «prismáticos especiales inalámbricos».

De lo expuesto se deduce la existencia de una jurisprudencia reiterada favorable a la actuación directa de la Policía en esta materia. Ello no obstante, dado que, en un principio existieron criterios cambiantes, en la práctica, la Policía Judicial suele acudir a la autoridad judicial para que autorice el uso del interceptador o, cuando menos, para informarle previamente sobre su intención de utilizarlo. De esta manera, evitan incurrir en responsabilidad por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones y la obtención ilícita de pruebas.

En todo caso, una vez más, debe denunciarse la falta de una regulación legal completa de esta compleja materia, tan novedosa y cambiante por otra parte, por lo que la jurisprudencia tiene que llevar a cabo la siempre difícil y delicada tarea de complementar el ordenamiento jurídico (SSTS 630/2008, de 8 de octubre; 776/2008, de 18 de noviembre; 760/2008, de 26 de diciembre; ATS 811/2009, de 2 abril).

B. La obtención de los protocolos de Internet (IPS)

Las IPS son claves de acceso que los proveedores de servicios de Internet asignan a cada ordenador en el momento en el que se conecta a Internet. Su utilidad en la investigación penal se basa en que permiten identificar a través de dichos proveedores, el número telefónico desde el que se produce la conexión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la licitud de las búsquedas en Internet que realiza la Policía rastreando las redes de intercambio de archivos con el fin de averiguar la identidad de los usuarios que descarguen o comparten archivos de contenido delictivo, como por ejemplo los que contuviesen fotografías o vídeos de pornografía infantil.

Desde el principio, el Tribunal Supremo ha entendido que no es necesaria la previa autorización judicial para que la Policía pueda hacer este tipo de rastreos, dado que el acceso a dicha información puede efectuarla cualquier usuario. La huella de la entrada queda registrada siempre y esto lo sabe, o debiera saberlo, el propio usuario de la red que es quien la ha introducido.

Por tanto, no se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público. Se trata de datos legítimamente obtenidos por la Guardia Civil en cumplimiento de su obligación de persecución del delito y detención de los delincuentes.

Con base en los fundamentos expuestos, entiende el Tribunal Supremo que estos datos no se encuentran protegidos ni por el art. 18.1, que reconoce el derecho a la intimidad, ni por el art. 18.3 CE que proclama el secreto de las comunicaciones (SSTS 236/2008; 292/2008, de 28 de mayo; 776/2008, de 18 de noviembre).

VELASCO NÚÑEZ²⁷ entiende que estas búsquedas en Internet constituyen *una inspección ocular del mundo virtual que no afecta a áreas de privacidad ni a secretos comunicativos, se hace exactamente igual que en el mundo convencional*.

Conviene subrayar que las IPS no identifican a una persona concreta, sino tan sólo un terminal informático. Por ello, cuando lo que se pretende es conocer el número de teléfono al que corresponde esa IP y su titular sí será necesaria autorización judicial, tal y como se desprende de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal y de la legislación general sobre telecomunicaciones (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de 21 de diciembre 2007, que entró en vigor el 31 de marzo de 2008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005).

De esta manera, parece claro que una vez averiguado el *Internet Protocol* de quien obtiene el material pedófilo, mediante el rastreo policial del espacio público, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quien tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial.

La posición expuesta no resulta muy congruente con la regulación contenida en la Ley 25/2007 de Conservación de datos que exige para la cesión de estos datos a los funcionarios policiales, con carácter general, una autorización judicial previa, lo cual carece de sentido toda vez que se trata de acceder a un dato que el propio interesado ha permitido que sea de público conocimiento.

Por ello, el ámbito de aplicación de la citada disposición debe entenderse referida a los supuestos en los que para el progreso de las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza fuera necesario conocer el IP (o el número telefónico) de una determinada persona que hasta el momento es desconocido. En este caso resulta clara la necesidad de acatar esa exigencia legal.

A la vista de lo expuesto, dada la complejidad de la materia, su ductilidad, y las singulares características de la normativa que la regula, una vez mas será la jurisprudencia de nuestros tribunales la que tenga que ir perfilando un cuerpo de doctrina que atienda a las peculiaridades de cada caso en concreto.

²⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., «Pericias informáticas: aspectos procesales penales», *Revista de Derecho*, núm. 4, 2009.

4. Valoración del deber de conservación en su transposición al ordenamiento español por la Ley 25/2007, de 18 de octubre

Los primeros problemas que se han planteado a propósito de la nueva de la Ley 25/2007, derivan de su rango normativo. Según algunos autores²⁸ debería haberse adoptado la forma de Ley Orgánica dado que su regulación puede afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta crítica, al declarar que, no deja de llamar la atención la clamorosa insuficiencia, desde el punto de vista de su jerarquía normativa, de una Ley que, regulando aspectos intrínsecamente ligados al derecho al secreto de las comunicaciones, y a la protección de datos personales, no acata lo previsto en el art. 81.1 de la CE (STS 249/2008, de 20 de mayo).

En las críticas expuestas subyace, una vez más, la tensión o equilibrio que debe inspirar el binomio o la dialéctica seguridad *versus* libertad. Esto es, eficacia sin merma de las garantías.

Asimismo, la doctrina ha puesto de manifiesto que el deber de retención tiene un carácter general, esto es, se funda en un mandato legal dirigido a los proveedores de forma generalizada, con independencia del supuesto de hecho concreto que en el futuro pueda fundamentar la obligación de cesión de dichos datos a instancia de la autoridad judicial. El deber de retención persigue, así, conservar unos datos que eventualmente pueden ser útiles en la investigación de una concreta infracción penal.

Se trata de conservar de forma generalizada sin individualizar ni los sujetos ni las comunicaciones concretas que pueden verse afectadas por la medida.

El carácter generalizado del deber de conservación de datos ha sido criticado en cuanto que no cumple con el principio de intervención indiciaria que exigen las medidas restrictivas de los derechos fundamentales orientadas a la prevención o persecución de los delitos²⁹. Se apoya en el riesgo genérico de que se puedan cometer delitos para cuyo esclarecimiento puedan ser útiles los datos previamente conservados. Este riesgo es tan genérico que no justifica la legitimidad del deber de conservación generalizada impuesto por el legislador.

Ello no obstante, no han faltado autores³⁰ que han justificado el deber de conservación generalizada de los datos vinculados a las comunicaciones electrónicas al

²⁸ A juicio de ORTIZ NAVARRO y LUCAS MARTÍN la Ley desarrolla de forma directa el contenido y régimen jurídico del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

²⁹ MARTÍN MORALES, *El principio constitucional de intervención indiciaria: test de alcoholemia, videovigilancia, cacheos, redadas y controles policiales, hallazgos casuales, intervenciones domiciliarias, telefónicas, penitenciarias, aduaneras y otras*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

³⁰ GERREIRO PICÓ, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 464 y 465; RUIZ MIGUEL, C., «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, num.14, enero abril 2003, p. 41.

entender que existen otros supuestos de intervención indiciaria constitucionalmente admitidos.

Pero no se puede olvidar que también en estos casos, como por ejemplo los registros en los aeropuertos o las videocámaras en los bancos, la falta de indicios concretos se compensa por las especiales circunstancias que concurren en el lugar que hacen razonable la intervención o control.

Según una parte de la doctrina³¹ esta obligación tiene una finalidad preventiva de delitos ya que la conservación de los datos no está destinada a la investigación criminal de modo directo sino indirecto, ya que se lleva a cabo antes de la comisión del hecho delictivo e incluso antes de la sospecha de que pueda cometerse en un período determinado. Por tanto, no se puede hablar de una finalidad procesal inmediata en cuanto se lleva a cabo al margen de actuaciones derivadas de una *notitia criminis*.

Por ella la doctrina sitúa este deber de conservación en el ámbito de las medidas prospectivas.

Hay que recordar que, no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos, toda vez que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por muy legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (STC 49/1999).

El Tribunal Constitucional, como es bien sabido, ha cerrado el paso a las denominadas intervenciones prospectivas (STC 171/1999) o de prevención desligadas de la realización de un hecho delictivo. Se trata de una medida *post delictum*, dictada una vez que ha llegado al Juez la *notitia criminis* y, normalmente tras haber recaído el auto de incoación del sumario³².

También desde un punto de vista técnico, los expertos³³ han criticado el ámbito subjetivo y objetivo de la Ley pues sólo se refiere a los datos generados por el acceso a Internet, la telefonía por Internet y el correo electrónico. Llamen la atención sobre el hecho de que siendo distinto un proveedor de Acceso de un Prestador de servicios, la Ley solo contempla como sujetos obligados a los primeros. Esta limitación tiene como consecuencia negativa que, precisamente, es en los proveedores de servicios donde se encuentran fundamentalmente los datos de tráfico que permiten iniciar las investigaciones.

También, esta nueva regulación ha recibido críticas de los internautas que consideran que la obligación legal impuesta podría traducirse en una pérdida de con-

³¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., «La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión Europea: una aproximación crítica», *Diario La Ley*, num. 6456, 5 de abril de 2006.

³² JIMÉNEZ CAMPO, J., *La garantía constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones*, *op. cit.*, p. 70.

³³ SALOM CLONET, J., «Incidencia de la nueva regulación en la investigación de los delitos cometidos a través de medios informáticos», *op. cit.*, p. 148.

fianza en la confidencialidad de los datos. Los usuarios se sienten vigilados lo que puede afectar a su libertad de expresión e información. Además, los criminales conscientes de que los datos de las comunicaciones que se lleven a cabo quedarán registrados, adoptarán las precauciones necesarias para ocultar el rastro de la misma, por lo que su eficacia quedará reducida al ámbito de la pequeña criminalidad.

Otra importante crítica se refiere al gran coste que supone para los operadores de estos servicios que han de realizar las adaptaciones precisas para cumplir con sus obligaciones de conservación y cesión de datos. Las previsiones de la Ley exigen una enorme inversión para los sujetos obligados para almacenar y conservar los datos de los millones de comunicaciones que se producen a diario.

En todo caso, y a pesar de las consideraciones expuestas, no se puede negar la utilidad que los datos conservados pueden prestar en la investigación penal. Una mirada hacia atrás en la ejecución de las comunicaciones puede aportar mucha luz en el esclarecimiento de algunas actuaciones delictivas³⁴. De hecho, a la vista del resultado de una intervención, el órgano judicial puede solicitar del operador los datos de las comunicaciones producidas con anterioridad.

Por todo ello, me gustaría terminar resaltando la necesidad de avanzar en el camino de la actualización y de la búsqueda de nuevas técnicas de investigación que abran nuevas posibilidades en la investigación criminal, como medio necesario para hacer frente a los nuevos desafíos de la criminalidad organizada en la red, siempre dentro del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y a los principios básicos del Derecho Penal y del proceso debido.

RESUMEN: Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han tenido una influencia decisiva en el proceso de globalización. La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de comunicación y de transmisión de información a gran velocidad ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación.

Pero la facilidad de acceso y el carácter anónimo y descentralizado facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución. Por ello, las técnicas basadas en el análisis de los datos vinculados a las comunicaciones electrónicas, han ido adquiriendo una importancia creciente, por su gran utilidad en la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos, en particular, en asuntos de especial gravedad como la delincuencia organizada y el terrorismo. Esta utilidad unida al hecho de que se trata de datos que se difuminan enseguida, han sido factores decisivos en el deber de conservación de estos datos que el legislador comunitario ha impuesto a las empresas de telecomunicaciones y servidoras de Internet.

Pero, el establecimiento de esas obligaciones, justificado en aras de proteger la seguridad pública, debe efectuarse buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones. Resulta necesario ponderar despacio esta injerencia en la esfera de los derechos fundamentales, aun en el caso de que esté prevista en la Ley, para que

³⁴ MORENO CATENA, V., «Ley de conservación de datos y garantías procesales», *op. cit.*, p. 165.

no se desvirtúe el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados tal y como éstos se reconocen por los textos constitucionales e internacionales.

PALABRAS CLAVE: Comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, deber de conservación de datos, derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos de carácter personal, delincuencia organizada, principio de proporcionalidad, juicio de necesidad.

ABSTRACT: The new technologies of information and Communications have had a decisive influence in the process of globalization. The extraordinary expansion of the telecommunication networks and, in particular, Internet as a high speed means of communication and transmission of information have overcome traditional means of communication.

But the simplicity of access and its decentralized and anonymous character facilitates the perpetration of new crimes and makes more difficult to persecute those crimes. Hence, the techniques that are based in the analysis of data linked to electronic communication have acquired a growing importance, as they are very useful in the prevention, investigation and persecution of crimes, in particular, in cases that are specially in serious cases as organized crime and terrorism. This usefulness, tied to the fact that these kind of data can be blurred easily, have been decisive factors in the duty to preserve them that has been imposed by the European legislator to the telecom companies and to the IP providers.

However, imposing this kind of obligations, which is justified in order to Project public security, must be done respecting the necessary balance with the respect to those individual rights that can be affected by it, such as those related to privacy and the inviolability of communications. It seems mandatory to carefully ponder this interference in the sphere of fundamental rights, even when it may come from a formal law, so as to make sure that the essential content of those fundamental rights is not affected, such as they are shaped by constitutional and international legal texts.

KEY WORDS: Electronic Communications, telecommunications, duty to preserve personal data, the right to secrecy in communications, right to privacy, right to obtain protection of data of a personal nature, organized crime, principle of proportionality, judgment of necessity.

LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL FENÓMENO MIGRATORIO

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora de Derecho Internacional Privado. UNED

SUMARIO: I. Introducción. II. La política de inmigración responde al modelo evolutivo europeo de aproximación de legislaciones. III. La base jurídica para la construcción y desarrollo de una política de inmigración (y asilo) a escala europea: *1. El punto de partida: Amsterdam y Niza. A) El contenido de la reglamentación. B) El procedimiento de reglamentación: alcance y límites. 2. Los impulsos políticos: los Consejos Europeos. 3. El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.* IV. El Pacto Europeo para la inmigración y el asilo. V. A modo de valoración crítica.

I. INTRODUCCIÓN

El contenido de este trabajo, a la luz de su título, puede parecer inabarcable dada la amplitud de cuestiones que encierra la política migratoria de la Unión Europea. En realidad, este artículo se enmarca en un ambicioso y exitoso proyecto liderado desde hace varios años por el profesor E. LINDE PANIAGUA (UNED) cuyo propósito es el análisis y examen continuado de las Políticas de la Unión Europea. La transferencia de estos resultados se lleva a cabo por varias vías entre las que la realización de cursos de verano y la publicación de las ponencias resultan ser extremadamente eficaces. Así, el presente trabajo fue expuesto en un primer momento como Ponencia durante los Cursos de verano 2009 de la UNED en Ávila; en concreto en el Curso titulado «La Unión Europea en la encrucijada de la globalización» (Ávila del 6 al 10 de julio de 2009). El artículo que ahora se ofrece contiene el desarrollo escrito de aquella ponencia con el sustento de la literatura científica consultada y las enriquecedoras observaciones realizadas tanto por el profesor LINDE como por los participantes en el mencionado curso, a quienes desde aquí reitero mi gratitud.

Es evidente que las cuestiones migratorias constituyen hoy en día uno de los temas de tratamiento «común-comunitario» por parte de los Estados miembros y de la Unión Europea. Cabría preguntarse entonces si nos encontramos ante una verdadera política comunitaria en la materia y, en su caso, cuál sería su alcance, sus límites y sus retos de futuro. Con este propósito en mente vamos a realizar *un examen* de la política migratoria en la Unión Europea que enfocaremos sobre la base de tres preguntas: en el proceso de construcción europea, ¿dónde se sitúa la política de inmigración, cómo ha ido evolucionando y hacia dónde se dirige? El carácter amplio de estas cuestiones hace que su tratamiento sea necesariamente general. Enfoque generalista que, a nuestro entender, no resta rigor al esquema ni a los *items* principales que iremos destacando a lo largo del escrito. Los concebimos, y así queremos dejar constancia, como puntos de referencia obligada para futuras reflexiones.

II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN RESPONDE AL MODELO EVOLUTIVO EUROPEO DE APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES

Una primera mirada por el proceso evolutivo de la integración europea permite constatar que la *política común de inmigración en relación con los nacionales de terceros países* ha seguido un itinerario similar al recorrido por otras políticas comunitarias.

En efecto, la *política de los pasos cortos* –que con tanto acierto diseñara Robert SCHUMAN tomando la fecunda inspiración de Altiero SPINELLI y de Jean MONNET– está presente en la historia (y protohistoria) de la política de inmigración y ello a pesar de que en el momento fundacional del proceso de construcción europea (1951, CECA y 1957, CEE y EURATOM) las cuestiones relacionadas con el control de las fronteras, los visados, el asilo y las condiciones de entrada y residencia de los nacionales extra-comunitarios, incluido el reconocimiento de sus derechos, no estuvieran previstas como materias que pudieran necesitar una reglamentación comunitaria. Esta ausencia de tratamiento en el marco del Derecho originario no debe entenderse como falta de visión de los padres fundadores pues, como sabido es, la libre circulación de personas (y trabajadores) ya formaba parte del conjunto de libertades comunitarias necesarias para la integración económica de las Comunidades, bien es cierto que entendida únicamente respecto de los nacionales de los Estados miembros.

Lo verdaderamente relevante para que las materias de extranjería –que son materias económicas directamente condicionadas por el mercado mundial (mundialización)– tomaran asiento en los Comités e Informes de los expertos comunitarios y nacionales ocurrió –paradójicamente– cuando la integración política alcanzó un mayor grado de madurez; madurez que podemos ver reflejada en tres aspectos: mercado interior (espacio homogéneo sin controles en las fronteras interiores donde mercancías, capitales, servicios y personas pudieran circular libremente), libre circulación de personas (que ha de ser garantizada en ese espacio interior en términos de seguridad y libertad) y estatuto de la ciudadanía (con los derechos inherentes al mismo).

Realizada esta constatación preliminar, el siguiente escalón consistiría en recorrer los hitos históricos relevantes que han llevado a la madurez de la política de inmigración y asilo hasta el punto de que hoy sea entendida como *política común*. La calificación de común, sin embargo, no resulta tan evidente como veremos más adelante. Volviendo a los hitos históricos del proceso de construcción de la política migratoria en la UE, resulta obligado reconocer que ese proceso evolutivo está ampliamente estudiado y documentado. Estudiado por la doctrina científica¹ y documentado por las propias instituciones comunitarias, en particular por la Comisión, en sus publicaciones divulgativas y, sobre todo, en sus documentos de trabajo (Comunicaciones², Dictámenes³ y Libro Verde⁴). La literatura científica cuenta, pues,

¹ De entre los múltiples estudios sobre el proceso de construcción y el tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea, se destaca: en España: sobre la evolución hasta el año 2000 insistiendo en la perspectiva social J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», en *Revista del Derecho del Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 32, 2001, pp. 35-61; el marco histórico y las directrices políticas las trazan: C. GORTÁZAR ROTAECHÉ en «De las políticas de inmigración 0 a la inmigración selectiva», en *La inmigración en la UE: situación y perspectivas para Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2000, pp. 189-197 y M. PAJARES ALONSO, «Las políticas de Inmigración en la Unión Europea», en *Inmigración, Asilo y Extranjería* (E. LINDE/J.A. MORENO DÍAZ, coords.), CEDUE-CCOO, Colex, Madrid, 2005, pp. 65-83; una perspectiva de Derecho internacional público poniendo de relieve referidos a la naturaleza del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia la realiza A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Inmigración, Extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales» en *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, Núm. 33, 2007, pp. 43-80; el tratamiento en el marco del Tratado de Lisboa lo lleva a cabo I. LIROLA DELGADO, «¿Por fin una política de inmigración de la Unión en el Tratado de Lisboa» en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional* (J.M. PÉREZ DE NANCLARES, coord.), IUSTEL-AEPDIRI, Madrid, 2008, pp. 539-548; y, la perspectiva de la cooperación con terceros Estados es tratada por G. ABAD QUINTANAL, «Los desafíos de la UE en materia migratoria: la cooperación con terceros Estados», en *UNISCI Discussion Papers*, Núm. 15, octubre 2005, pp. 205-218. Con carácter monográfico: E. LINDE PANIAGUA (dir.), *Políticas comunitarias*, Colex-UNED, 2005; J.M. PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un espacio de libertad seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002; F. MAROTO JIMÉNEZ (coord.), *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, Ed. Litteralia-F. Eurolingua-Junta de Andalucía, 2009. Excelente el estudio del CONSEJO DE EUROPA, *Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach* (P. TARAN, ed.), abril, 2009. De carácter más político, F. FRATTINI, «Europa en la Encrucijada. Nuevos desafíos, nuevas políticas europeas», *Colección Mediterráneo Económico*, Núm. 12, 2008. Las propuestas españolas de cara al Tratado constitucional pueden verse en *Superar la crisis constitucional profundizando en la integración europea: cuatro propuestas* (G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/Ch.T. POWELL/J.I. TORREBLANCA, coords.), Informes Elcano, Núm. 9, junio 2007, el Informe Elcano Núm. 9 de 2007.

² En especial: «Una política común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos» (COM(2008) 359 final); y «Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del Programa de La Haya y del Plan de Acción» (COM(2009) 263 final), pp. 5-8.

³ DICTAMEN del Comité Económico y Social sobre el tema «Política comunitaria de inmigración y de cooperación con los países de origen para favorecer el desarrollo» (DOUE C 44, de 16-2-2008). Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Elementos para la estructura, organización y funcionamiento de una plataforma para la mayor participación de la sociedad civil en la promoción a nivel comunitario de políticas de integración de nacionales de terceros países» (DOUE C 27, de 3-2-2009). DICTAMEN del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por el que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza

con excelentes trabajos y estudios que explican de forma minuciosa y exhaustiva el proceso al que me refiero. Por esta razón, entiendo carente de sentido reiterar paso a paso el largo recorrido histórico de la reglamentación comunitaria en la materia. A mi modo de ver, podría señalarse un punto de partida; aquel permita una mejor comprensión de la construcción y desarrollo de una política común de inmigración y que no es otro que su base jurídica. Sobre esta base trataremos de encontrar o señalar los elementos que nos permitan realizar una valoración crítica de esta política y llegar a algunas conclusiones.

Antes de continuar, debo señalar a modo de cuestión a debatir, o cuando menos como una crítica, que el término «política común» aplicado a las cuestiones de extranjería comunitaria no es evidente. Aunque lo voy a utilizar en un sentido amplio aceptaré sin admitir que existe una «incipiente» *política común comunitaria de inmigración*. A mi modo de ver quizá sea más apropiado hablar de *planteamientos* –más o menos consensuados– para la toma de medidas sobre la base de principios e instrumentos comunes. Y es que, siguiendo a J. MONAR⁵, una política (pública) de inmigración global o integral se compone de cuatro dimensiones básicas: prevención, admisión, control e integración cada una de las cuales tiene distintos objetivos y se desarrolla mediante concretos instrumentos. Debe ser, además, una acción continuada de gobierno, adoptada por una autoridad investida de poder político y legitimidad gubernamental, haber entrado en la agenda política en un momento anterior, ser única y coherente.

Permítanme pues que, desde ahora, deje abierta la pregunta acerca del grado de cumplimiento de los cuatro aspectos citados (prevención, admisión, control e integración) en el marco de la política europea común de asilo e inmigración. Para dar una respuesta cumplida habrían de desbrozarse todas las medidas adoptadas por la UE hasta la fecha, conocer su alcance y establecer en cada Estado miembro su nivel de aceptación y cumplimiento. Pero ello nos desviaría del objeto de la ponencia.

A efectos de sistematización, y sin ánimo exhaustivo, este conjunto de normas gira en torno a tres grandes bloques de problemas: los controles en la entrada, la integración y el retorno.

Dentro del primer bloque, se ha regulado un código comunitario para el cruce de fronteras, se ha creado una Agencia Europea de gestión operativa de fronteras exteriores y, sobre todo, se ha instaurado una listas de nacionales de terceros países que precisan o no de visado para entrar en la UE así como establecido un modelo

a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro» (DOUE C 27 de 3-2-2009). DICTAMEN del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado» (DOUE C 27 de 3-2-2009).

⁴ LIBRO VERDE. *El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica* (COM(2004) 811 final).

⁵ En K. HEILBRONNER/D. MARTÍN/H. MOTOMURA (eds.), *Immigration admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, Berghahn, 1997, pp. 553-78 (citado en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, op. cit., p. 13).

uniforme de expedición de visado. Son logros considerables pero que en modo alguno abarcan todos los aspectos que un Derecho de extranjería en sentido global o integral habría de incorporar⁶.

En el segundo bloque cabría hablar de textos que pretenden englobar una política de admisión vinculada con la política de integración social de los nacionales de terceros países. En este sentido cabe recordar la Directiva sobre reagrupación familiar, la Directiva sobre el estatuto de residente de larga duración y la Directiva relativa a los requisitos de admisión de nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. De *lege ferenda* se estudian tres propuestas (COM(2006) 735 final) tendentes a regular: (a) las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia; (b) las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁷; y (c) el establecimiento de un procedimiento de solicitud única para la obtención de un permiso único que autoriza a trabajar en un territorio de un Estado miembro y por la que se crea una base común de derechos para los trabajadores procedentes de terceros países con residencia legal en un Estado miembro. Finalmente se ha establecido un Fondo Europeo para la Integración (período 2007/2013) que utiliza un mecanismo de *soft law* y un Programa Común para la Integración (Programa marco sobre estrategias y medios)⁸.

En el tercer bloque, la *Directiva 2008/15 de 16 de diciembre*, relativa a las normas y procedimientos comunes en un Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, puede considerarse el comienzo de

⁶ Son los siguientes textos: *Reglamento 568/2006, de 15 de marzo* por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código Schengen), *Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre*, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE, *Reglamento 539/2001, de 15 de marzo* por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, modificado por el *Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre* y más recientemente por el *Reglamento 453/2003, de 6 de marzo*. Además el extranjero ha de estar en posesión de una tarjeta de identidad de extranjeros (si va a permanecer más de seis meses en el país de destino) equivalente al permiso de residencia uniforme para los nacionales de terceros países de acuerdo con el *Reglamento 1030/2002 de 13 de junio*.

⁷ DIRECTIVA 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE L 155 de 18-6-2009).

⁸ Es de señalar el INFORME LAMBRIDINIS sobre integración de los inmigrantes de la UE (estrategias y medios) aprobado por el PE el 6 de julio de 2006. Se trata de una resolución no legislativa en la que el Parlamento Europeo considera imprescindible la coordinación entre autoridades competentes para la admisión de inmigrante y en materia de integración. Insta a la Comisión a asegurar la aplicación de las Directivas sobre reagrupación familiar (Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre), la del estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre), la relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato (Directiva 2000/46/CE de 29 de junio) y la Directiva sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre).

una línea de actuación de más largo alcance a partir de la cual se iría dando cuerpo a una política sectorial de inmigración en el específico ámbito de la repatriación o retorno de dichas personas, lo que viene acompañado de un Fondo Europeo para el Retorno. Ahora bien, la citada Directiva no articula esta política sino que deja a los Estados miembros las negociaciones mediante acuerdos bilaterales bien sea para la canalización de flujos migratorios bien sea para la readmisión. Cuestión que nos lleva a dejar abierta la pregunta acerca de las competencias de la UE para regular la medida de retorno sin una previa unificación o armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de formas de alejamiento. Y es que, repatriación y retorno son nociones que se aproximan al alejamiento de las fronteras lo que significa necesariamente un reforzamiento de las garantías y controles jurisdiccionales en la incoación de los expedientes sancionadores previstas en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

III. LA BASE JURÍDICA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN (Y ASILO) A ESCALA EUROPEA

1. El punto de partida: Amsterdam y Niza

Las modificaciones del TUE adoptadas en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) en cuanto a los objetivos que debía alcanzar la Unión Europea, y cuyo origen se encuentra en la Conferencia Intergubernamental de 1996, constituyen el punto de referencia obligado en ésta como en otras tantas políticas comunitarias⁹. Para nuestro objeto de estudio, la cuestión se vincula a aspectos que forman parte la libre circulación de personas y, en concreto, se incorpora en la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia», para cuya realización se preveía la comunitarización de las materias relativas a inmigración y asilo en las disposiciones de un nuevo Título IV, bajo la denominación de *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*; en concreto los artículos 62 y 63 del TCE.

De forma más específica en el *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión* de 3 de diciembre de 1998 sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tra-

⁹ El Tratado de Maastricht (1992) estableció entre los objetivos de la UE «desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la Justicia y de los Asuntos de Interior», estableciendo nueve áreas de cooperación. La Comisión se asoció institucionalmente a esa cooperación, teniendo el Parlamento Europeo derecho a ser informado y consultado. Así, se incluyó en el Tratado de la UE el Título VI, «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior», basado en la cooperación intergubernamental pero dentro del Tratado y conocido a partir de entonces como el Tercer Pilar. Sobre el tratamiento en el Tratado de Amsterdam. Véase: M. PAJARES ALONSO, «Las políticas de Inmigración en la Unión Europea» *op. cit.*, pp. 77-78; y A. MUÑOZ AUNIÓN, «La política migratoria de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Fronterizos*, Núm. 3 (2005), pp. 355-368 (esp. pp. 357-358).

tado de Amsterdam relativas a la creación de dicho espacio de libertad, seguridad y justicia que delimitaba las prioridades y medidas a adoptar por las instituciones comunitarias para emprender esas políticas¹⁰. En el ámbito de la inmigración, se preveía elaborar disposiciones comunes para las condiciones de entrada, estancia y regreso, luchar más eficazmente contra la inmigración clandestina y definir los derechos de los nacionales de terceros países en materia de libre circulación en el territorio de la Unión. Se adoptará un visado uniforme. Como primera apreciación cabe señalar dos aspectos relevantes referidos, respectivamente, al contenido de la reglamentación y al procedimiento de reglamentación.

A. El contenido de la reglamentación

No cabe discusión acerca de la naturaleza de Derecho comunitario de las medidas a adoptar; sin embargo, éstas quedarán vinculadas –por lo que hace a su enunciado– con las políticas de seguridad y policía. Así se desprende del artículo 2 del TUE-Amsterdam que enuncia, entre los objetivos de la UE (...) «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia». Esta vinculación de la migración con las políticas de seguridad y policía merece *a priori* un juicio crítico en la medida en que criminaliza de un fenómeno, cuyo tratamiento habría de hacerse en términos de oportunidades económicas y sociales tanto para los países de destino como para los de origen.

Por lo que hace a los contenidos materiales, las primeras materias respecto de las que la Unión Europea adoptó medidas comunes al amparo del artículo 63 TCE fueron los controles en las entradas y la reglamentación de un sistema europeo de asilo. En relación a la primera, merece recordarse la importancia comunitaria de un sistema común de visados y así como el control de las fronteras interiores y de la frontera exterior. En este sentido, los Acuerdos de Schengen (1985 y 1990), imbricados desde 1993 en el pilar comunitario, han incidido en la determinación de unos criterios comunes para el paso de fronteras, la lista de extranjeros que precisan visado para entrar en el territorio de la UE, la lista de extranjeros no admisibles y un sistema de información común. En relación a la segunda, los pasos reglamentarios han llevado a la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) previsto para finales de 2010, sistema que engloba un conjunto de Reglamentos y Directivas con el objeto de lograr un nivel de protección más elevado así como una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE, y garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros¹¹. En un segundo nivel, se han dicta-

¹⁰ DO C 19 de 23-1-1999.

¹¹ El origen se encuentra en el *Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990, cuya continuidad queda garantizada con su continuidad queda garantizada por el *REGLAMENTO (CE) No 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003, por*

do dos Directivas que atienden a los derechos de los nacionales de terceros países en la UE ambas de 2003 y referidas, respectivamente, a la reagrupación familiar¹² y al estatuto de residente de larga duración¹³.

Lo que se desprende de tan escueta normativa es que las instituciones comunitarias no han apostado por una intervención legislativa unificadora en materia de asilo e inmigración, antes bien han elaborado infinidad de documentos de trabajo (que carecen de carácter vinculante pues no revisten las formas legislativas más conocidas Reglamentos, Directivas, Decisión, Recomendación) con el fin de detectar la situación en la que se encuentran los Estados miembros en relación con la inmigración en sus respectivos territorios y, después, promover una actuación coordinada entre ellos.

B. El procedimiento de reglamentación: alcance y límites

La opción por este método se entiende mejor si atendemos a las limitaciones que la reglamentación impone al poder legisferente de la Unión en el aspecto procedimental. En efecto, en este punto la reglamentación impone importantes límites al poder legisferente de la Unión; limitaciones que pueden entorpecer e incluso paralizar las iniciativas normativas en la materia. Son tres los elementos que avalan esta afirmación.

En primer lugar, la competencia que es compartida entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias. Así se desprende del artículo 63 párr. 2: «las medidas adoptadas por el Consejo (...) no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales». En segundo lugar, la regla de unanimidad que se mantiene durante un período indefinido (art. 67.1 TCE en relación con el apartado 3 del mismo precepto) y la iniciativa que se atribuye indistintamente a los Estados y a la Comisión (procedimiento típico de la intergubernamentalidad). Conviene sin embargo recordar que desde 2004, las de-

el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. En relación a las Directivas cabe señalar la relativa a la tramitación de las solicitudes de asilo (Directiva 2005/85/CE), la referente a las condiciones de acogida para los solicitantes de asilo (Directiva 2003/9/CE) y la dirigida a la concesión de la protección (Directiva 2004/83/CE).

¹² DIRECTIVA 2003/86/CE de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251, de 3-10-2003). Sobre este derecho *in extenso* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Thomson-Aranzadi, 2006.

¹³ DIRECTIVA 2003/109/CE de 25 de noviembre, relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE L 16, de 23-1-2004). Una amplia reflexión sobre esta Directiva y su relación con la política de integración la realizan A.P. ABARCA JUNCO/M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la *Agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea*», Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI), UNED, enero 2007.

cisiones en materia de migración, asilo y fronteras se adoptan por mayoría cualificada a excepción de la inmigración legal que conserva el mecanismo de la unanimidad. Por su parte, el Parlamento Europeo ha visto aumentadas sus competencias al haberse introducido el procedimiento de codecisión para algunas materias (como veremos más adelante). Y, en tercer lugar, porque se admite en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia la técnica de cooperación reforzada, lo que va a permitir que si un grupo de Estados deciden entre sí avanzar en determinados aspectos podrán hacerlo mediante los instrumentos comunitarios al margen de los otros Estados (*opting in/opting out*), lo que viene a recoger las posiciones particulares del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (arts. 43-45 TUE).

Una breve mención merece *Tratado de Niza* (2000) y el fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004). El Tratado de Niza no logró superar totalmente estas salvaguardas porque si bien contempla la adopción de «medidas sobre política de inmigración» (art. 63) éstas ya habían sido adoptadas en su mayoría siguiendo el Programa de Tampere, de donde cabe deducir que no existía consenso político para el establecimiento de una política migratoria común como tal. Por otra parte, aunque Niza propuso reformas institucionales la cuestión de la política migratoria no quedó afectada. De igual modo, el TpCE firmado el 29 de octubre de 2004 y cuya entrada en vigor estaba prevista para noviembre de 2006 no supuso un claro mandato de desarrollo de una única política o política común de inmigración sino tan solo de adopción de medidas en ámbitos muy concretos.

A modo de conclusión provisional es posible afirmar que al finalizar el Programa de La Haya ni los logros normativos ni el *método abierto de coordinación* (propuesto en la Agenda de Lisboa como una estrategia y adoptado por el Consejo en marzo de 2000) eran suficientes para configurar una política común de inmigración.

Recordemos que el método abierto de coordinación (MAC) es un expediente jurídico extremadamente flexible cuya finalidad es alcanzar una mayor convergencia en torno a objetivos de la UE. Sirve pues para facilitar una progresiva configuración de políticas pero no es en sí una política común. De otro lado, el MAC está estrechamente relacionado con el principio de subsidiariedad de la acción comunitaria lo que permite poner en marcha estrategias de actuación comunitaria pero sin hacer perder a los Estados miembros su capacidad legislativa, por ello es discutible considerar que existe en la UE en el momento actual una política común migratoria entendida como una acción continuada de gobierno de las instituciones comunitarias orientada en una única dirección y que abarque todos los aspectos relacionados con la gestión de dicho fenómeno.

Sin embargo, esta voluntad existe y ello va a quedar patente en el *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007* al prever de forma expresa en su artículo 79 TFUE «la orientación de las instituciones comunitarias al desarrollo de una política común de inmigración». ¿Cómo se ha llegado a esta voluntad? La respuesta una vez se puede encontrar en los impulsos políticos de los Consejos Europeos.

2. Los impulsos políticos: los Consejos Europeos

El impulso definitivo en la materia se ordenó en el Consejo Europeo de Tampere (1999) donde fueron concretados los elementos a tomar en cuenta en esta materia en cuatro *ítems*: colaboración con los países de origen, sistema europeo común de asilo, trato justo de los nacionales de terceros países y gestión de los flujos migratorios.

En los Consejos Europeos de Sevilla (2002) y Salónica (2003) se establecieron nuevos objetivos específicos en cuestiones de asilo e inmigración, incorporándose en este último, y como objetivo político, la integración de los nacionales de terceros países en el ámbito de las medidas de inmigración y asilo. A partir del Consejo Europeo de Bruselas (2005), las cuestiones relativas a la inmigración van a ser abordadas con un nuevo enfoque, llamado «global», que va a permitir a la Comisión desarrollar normas conjuntas complementarias en determinadas materias claves (como el acceso al mercado de trabajo y otras medidas de integración en la sociedad receptora), sin sustituir la competencia exclusiva de los Estados sobre dichos aspectos.

Mención especial merece el *Programa de La Haya* (PLH) establecido para el período 2005-2010, bajo la Presidencia holandesa. El PLH abordó la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) siendo, en general, mucho más ambicioso que el de Tampere. Este Programa aborda las materias de asilo, inmigración, fronteras y visados, incluidos los derechos fundamentales, vinculadas al Espacio de Libertad, bajo un enfoque global (no integral).

Enfoque global significa en este contexto «abarcar las cuestiones migratorias en toda su complejidad». Lo que a decir verdad poco aclara. Más clarificador resulta indicar el objetivo de sus actuaciones. Estas están dirigidas, por una parte, a conseguir el equilibrio entre las medidas promotoras de la integración de los inmigrantes legalmente establecidos, la gestión de los flujos migratorios y una política de asilo respetuosa con los acuerdos internacionales; y, por otra parte, la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos y el control de fronteras y la política de visados.

El Consejo Europeo de Bruselas (2007), pidió el desarrollo de una política europea integral de inmigración que complemente la de los Estados miembros. La primera pregunta sería determinar la diferencia entre política integral y gestión global. Aunque a primera vista pudieran ser considerados como sinónimos, existen algunos matices que conviene poner de relieve. Una política integral ha de tomar en cuenta todos los aspectos de la inmigración. ¿Cuáles son estos? En el citado Consejo Europeo se definieron de la siguiente manera:

(...) la agenda de migración y desarrollo, así como los aspectos internos como migración legal, integración, protección de refugiados, control de fronteras readmisión y lucha contra la inmigración ilegal y trata de seres humanos, basada en una genuina asociación con terceros países y plenamente integrada en las políticas exteriores de la Unión.

En dicho año 2007, en el mes de diciembre, el Consejo Europeo destacó que los avances habían sido numerosos, citando entre otros, el envío de misiones UE a distintos países africanos y la adopción del concepto de las asociaciones de movilidad y de la migración circular. También ha destacado la identificación de la migración como uno de los ámbitos de prioridad en la Estrategia Conjunta UE-África, así como la primera reunión ministerial EUROMED sobre Inmigración o las Conclusiones del Consejo sobre coherencia de políticas de migración y desarrollo¹⁴. Como anclaje político del futuro de la política migratoria común, el Consejo Europeo de carácter extraordinario celebrado en Bruselas el 15 de octubre de 2008 adoptó el denominado *Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo*, al que nos referiremos más adelante para cerrar este análisis.

Antes de examinar el mencionado Pacto se hace preciso detenerse en el *Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*. A pesar de que el texto final aún pueda variar y sobre todo estando pendientes de la decisión que adopte Irlanda en cuanto a su ratificación, necesaria para la entrada en vigor del nuevo Tratado, creemos imprescindible conocer si quiera de modo somero el tratamiento *como política* que la inmigración recibe en el Tratado de Lisboa.

3. El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007

La pregunta que podemos formular respecto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es si el Título IV, dedicado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, incorpora o no los elementos y herramientas necesarias para que pueda desarrollarse una política común comunitaria de inmigración.

La respuesta a la pregunta no es difícil si consideramos que el objetivo del artículo 63 bis (situado en el Capítulo 2. «Políticas relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración») es el «desarrollo de una política común de inmigración». El contenido de esta política es idéntico al que establecía el artículo III-267 del fracasado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (controles en fronteras, asilo e inmigración). Sin embargo, no me atrevo a ser demasiado optimista en la respuesta a si el Tratado de Lisboa dota a la Unión de los elementos y herramientas necesarios para llevar a cabo esta política común comunitaria.

Como tengo mis dudas, voy a intentar desgranar cuatro elementos deducidos de la lectura del Capítulo 2 del Tratado de Lisboa con el objeto de realizar una valoración crítica de las disposiciones sobre la política migratoria común comunitaria enmarcadas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

El primer elemento —que me anticipo a valorar como favorable para el desarrollo de una política común de inmigración— es la referencia a los derechos fundamentales que se contiene en el artículo 67.1 TFUE: «La Unión constituye un espa-

¹⁴ Bruselas, 8.10.2008. COM(2008) 611 final. COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias*.

cio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros».

Yuxtapuesto al anterior –y muy relevante al ser una novedad frente al Tratado de Amsterdam– aparece la definición de unas orientaciones estratégicas de programación legislativa y operativa en el ELSJ que el art. 68) encomienda al Consejo Europeo. ¿Por qué considero como positiva esta concreción de objetivos? A mi modo de ver, de la lectura del precepto puede inferirse un cambio de dinámica hacia una política preactiva; una política no basada –como hasta ahora– en «reaccionar» ante los acontecimientos (la llegada extranjeros al territorio) sino que se anticipa y establece líneas de actuación claras y definidas. El propio enunciado del Capítulo 2 del Tratado de Lisboa resulta también más acorde con la idea de una gestión global de la inmigración (Política sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración) muy diferente al enunciado del Tratado de Amsterdam (Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas).

El segundo elemento tiene que ver con la asignación de competencias a la UE. Es favorable en la medida en que, frente al Tratado de Amsterdam y a diferencia de éste, asigna a la Unión Europea de una competencia general en materia de inmigración. Esto se produce en el artículo 79.1 TFUE que se completa con las atribuciones a las que se refiere el resto de esta disposición y que, como ha señalado el profesor BORRAJO INIESTA, pueden considerarse como «manifestaciones singulares de una cláusula general de competencia que se ve reforzada en algunos aspectos particularmente relevantes»¹⁵.

Lo que se deduce de este precepto es una ampliación del margen de actuación de la Unión en materia inmigración, aunque siga siendo una competencia compartida con los Estados miembros y sometida a restricciones importantes. Cómo y dónde operan estas restricciones y qué consecuencias podremos extraer de las mismas (*vis a vis* la respuesta sobre la existencia de una política común comunitaria en materia migratoria) puede ser analizada en torno a dos cuestiones: la primera, en cuanto a las cuestiones a regular y la segunda relativa al procedimiento.

Sobre las cuestiones a regular, la disposición contempla –como necesarias para la construcción de una política común de inmigración– la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos y, finalmente, una lucha reforzada contra ambas (art. 79.1 TFUE).

Respecto del procedimiento, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa todas estas cuestiones pasarían a regularse por el procedimiento legislativo ordinario (codecisión y mayoría cualificada), recordemos que hasta ahora la regla general ha sido la de la unanimidad (art. 79.2 TFUE).

Sus ámbitos son los siguientes:

¹⁵ BORRAJO INIESTA, I., «El desafío de la inmigración» en *Superar la crisis constitucional profundizando en la integración europea: cuatro propuestas*, op. cit., pp. 53-69, esp. p. 61.

a) Las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) La definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) La inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) La lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

Sin embargo hay dos aspectos claves que se mantienen bajo la competencia de los Estados miembros –y por ende en el ámbito de sus políticas nacionales–. Estas salvaguardias o reservas competenciales afectan, en primer término, al derecho de los Estados miembros a establecer el volumen de admisión de inmigrantes en su territorio (art. 79.5 TFUE) y, en segundo término, a la integración de los inmigrantes en situación administrativa regular (art. 79.4 TFUE). Ambas restricciones a las competencias de la Unión se traducen en dos consecuencias: de un lado, y teniendo en cuenta que la gran mayoría de los desplazamientos hacia la UE tienen fines laborales, la ausencia de competencias de la Unión para decidir si deben o no estar provistos de una autorización administrativa, representa una insuficiente política común de inmigración laboral; y, de otro lado, al dejar fuera de la armonización un aspecto tan fundamental como es el de la integración de los inmigrantes, pues la UE sólo tiene competencias de fomento y apoyo de la acción de los Estados miembros, se resta fuerza para influir en las legislaciones nacionales, exclusión que merece una valoración negativa pues repercute desfavorablemente en la configuración de una política común comunitaria de inmigración.

El tercer elemento a tener en cuenta en el desarrollo de una política común de inmigración es la incorporación expresa de los principios de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidad entre los Estados miembros en el plano financiero que, como indica el artículo 80 TFUE deberán reflejarse a través de la inclusión de medidas apropiadas en los actos de la Unión adoptados en relación con las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración. Esta es una cuestión esencial en cualquier política pública migratoria pues no cabe duda que es la que permite dotar de un eficaz gestión en la vigilancia y gestión de las fronteras exteriores (FRONTEX).

El cuarto elemento es la previsión expresa de que la Unión pueda celebrar con terceros Estados acuerdos en materia de inmigración (art. 79.3 TFUE). Se trata de un reconocimiento expreso de la dimensión externa de las competencias de la Unión en esta materia tal y como venía ya recogido en el art. 63 párr 3 b) del TCE; es decir, limitado a los acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Dos cuestiones se plantean en torno a esta competencia.

La primera cuestión se refiere a la afectación o no, a la competencia de los Estados miembros para celebrar acuerdos bilaterales de la misma naturaleza, una vez que la Comunidad ha llevado a cabo un acuerdo de readmisión con un determinado país. La respuesta sigue sin estar clara en el Tratado de Lisboa. Aunque lo lógico es

excluir esta posibilidad por el efecto de la *preemption*, sin embargo, como ha sido señalado, en aplicación de la doctrina AETR a los Acuerdos de readmisión celebrados por la Comunidad, el reconocimiento de esta competencia a la Unión no excluiría *in genere* la posibilidad de que los Estados miembros pudieran celebrar Acuerdos bilaterales de la misma naturaleza con otros terceros Estados¹⁶.

La segunda cuestión radica en saber si la competencia atribuida a la Unión ha de entenderse limitada a los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular o cabría la posibilidad de que la Unión celebre acuerdos migratorios sobre otros aspectos (como por ejemplo el Acuerdo de Cotonou, art. 13). En todo caso, incluso si optáramos por una respuesta positiva, cualquier acuerdo migratorio que hipotéticamente pudiera celebrar la Unión quedaría inexcusablemente afectado por la reserva a favor de la competencia exclusiva de los Estados miembros del artículo 79.5 TFUE (derecho a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con el fin de buscar empleo por cuenta propia o ajena).

No cabe duda que ambas salvaguardias a favor de los Estados miembros restan eficacia a la competencia de la Unión de regular una política común de inmigración *ad extra*. La doctrina ha señalado que acaso podría buscarse una solución en el ámbito de las medidas que permite el artículo 74 de Tratado de funcionamiento. Se trata de medidas adoptadas por el Consejo para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en los ámbitos del ELSJ así como entre dichos servicios y la Comisión¹⁷.

Un planteamiento de esta naturaleza, sería coherente con el plan político sobre migración legal existente respecto de ciertas categorías de inmigrantes (trabajadores temporeros y trabajadores con alto de nivel de formación) y con el fomento de nuevas formas de gestión de la migración legal mediante el mecanismo de la circularidad, tal y como se recoge en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado por el Consejo Europeo de 24-9-2008. La base jurídica podría ser el artículo 79.2 a) TFUE que permite la adopción de medidas en el ámbito de las normas relativas a la expedición de visados y permisos de residencia de larga duración y prevé la puesta en funcionamiento del Servicio Europeo de acción exterior (art. 77 2 d)¹⁸.

¹⁶ BORRAJO INIESTA, I., «El desafío de la inmigración», *op. cit.* En el mismo sentido, I. LIROLA DELGADO, «¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?», *op. cit.*, pp. 539-548. G. ANDRÉS MORENO, *La Unión Europea y la Inmigración irregular en el contexto del Derecho Internacional*, Universidad de Valencia, Tesis, 2008. Disponible en Internet: http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0611109-113342//andres.pdf

¹⁷ *Cfr.*, I. LIROLA DELGADO, «¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?», *op. cit.*, p. 544.

¹⁸ *Ibidem*. Sobre el papel de la cooperación de autoridades centrales en un contexto de inmigración regular, véase, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Le rôle du droit international privé face au “nouveau” modèle de migration “temporaire ou circulaire”: La technique de coopération des autorités et quelques questions du statut personnel des étrangers face au pluralisme», *Actes de la Biennial Conference of the European Society of International Law*, Heidelberg, 4-6 septembre 2008, «International Law in a Heterogeneous World», 2009 (en prensa).

Desde una perspectiva valorativa, el Tratado de Lisboa aporta nuevos elementos que permiten avanzar en la dirección de una política común comunitaria en materia de inmigración. Sin embargo, las reticencias de los Estados miembros persisten lo que se refleja en la ausencia de cauces que establezcan mecanismos más audaces capaces de articular una gestión más flexible y adaptada a las nuevas necesidades de la migración legal. Por otra parte, el nuevo Tratado sigue estando excesivamente centrado en el control de la inmigración irregular y de las fronteras exteriores, aspectos absolutamente necesarios, cierto, pero cuyo peso resulta desequilibrado en el conjunto de la futura gestión migratoria.

IV. EL PACTO EUROPEO PARA LA INMIGRACIÓN Y EL ASILO

El *Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo* es un documento político, impulsado por la Presidencia Francesa, que recoge una opinión unánime de los Estados miembros y que ha sido refrendado por los 27 Jefes de Estado y de Gobierno el 16 de octubre de 2008 en Bruselas. Se compone de una serie de objetivos políticos y de orientaciones estratégicas para el desarrollo de la política europea de inmigración y de asilo. La relevancia del texto radica en que por primera vez se va a aplicar una estrategia común, con unos objetivos claros, unas herramientas concretas y un calendario preciso.

Los compromisos políticos giran en torno a cinco ejes precisos: organizar mejor la inmigración legal, luchar de mejor modo contra la inmigración clandestina, reforzar la eficacia de los controles en las fronteras exteriores de la UE, construir una Europa del asilo y llegar a acuerdos con aquellos países que son fuente/origen de inmigración. Estos compromisos se van a llevar a cabo mediante medidas nacionales y europeas.

La primera pregunta consistiría saber cómo se van a respetar los compromisos del Pacto. Según se desprende del texto, el Pacto será puesto en marcha por el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y los Estados miembros, cada uno en la medida que le corresponda. El Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno organizará cada año un debate sobre las políticas de inmigración y de asilo, basado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del Pacto. Los Estados miembros informarán al Consejo Europeo de los avances más significativos que se pretenden conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo. En segundo lugar, conviene conocer el alcance o contenido de cada uno de estos compromisos pues marcarán las pautas de la futura política común de la Unión Europea en la materia.

PRIMER COMPROMISO. Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada estado miembro y favorecer la integración.

Como punto de partida se establece que la política de inmigración legal deber ser elegida y concertada y debe reflejar una doble voluntad: la del emigrante y la del país de acogida. Es decir, el beneficio debe ser mutuo.

A cada Estado miembro le corresponde poner en práctica políticas de inmigración profesional y decidir el número de personas que desea admitir en su territorio en función de las necesidades de su mercado de trabajo. Esto significa que la Unión Europea refuerza y apuesta por la admisión de trabajadores altamente cualificados.

Asimismo, se decanta por facilitar las migraciones temporales y circulares, evitando la fuga de cerebros de los países de origen de los migrantes. Este es un importante aspecto en el que la puesta en práctica de mecanismo de cooperación internacional habrá de jugar un decisivo papel.

Finalmente, una mención específica se destina a la migración familiar. El Pacto considera que debe estar mejor organizada, llevarse a cabo respetando CEDH así como en función de la capacidad de acogida de los Estados miembros y de la capacidad de integración de las familias. Ambos aspectos ya están presentes en la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar, si bien considerado como posibilidades en manos de los Estados miembros. Parece que ahora se refuerza la posibilidad de aplicar cupos a la reagrupación familiar que definitivamente va a quedar vinculada a las políticas de integración por una parte (acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios sociales) y a las obligaciones de los migrantes (respeto a las leyes y a la identidad del país de acogida) por otra parte. Se consideran factores esenciales de integración el aprendizaje del idioma del país de acogida y el acceso al empleo.

SEGUNDO COMPROMISO. Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.

El Pacto reafirma la voluntad de los Estados miembros de luchar contra la inmigración irregular, velando al mismo tiempo por los intereses del Estado y de los propio migrantes. La cooperación con los países de origen y de tránsito de las migraciones será reforzada para luchar contra las organizaciones criminales internacionales de tráfico de migrantes y de trata de personas.

Mención especial merece la cuestión del reconocimiento de las órdenes de alejamiento dispuestas por un Estado miembro que habrán de ser reconocidas por todos los Estados miembros. En relación a la ayuda al retorno voluntario se auspicia y se impulsa su generalización en todos los Estados miembros. Con el fin de facilitar los procedimientos de retorno, se establecerán acuerdos de readmisión con terceros países. Los Estados miembros deberán cooperar entre ellos y recurrir a dispositivos conjuntos con el fin de garantizar el retorno de los extranjeros en situación irregular. En materia de regularización, se señala que los Estados miembros deberán limitarse a las regularizaciones caso por caso por motivos humanitarios o económicos.

TERCER COMPROMISO. Reforzar la eficacia de los controles fronterizos

La responsabilidad del control de las fronteras exteriores (terrestres, marítimas o aéreas) de la UE corresponde a cada Estado miembro en la parte de dichas fronteras que correspondan a su territorio. Este control se ejerce también en el interés del conjunto de Estados miembros. La expedición de visados que contengan identifica-

dores biométricos (fotografía digitalizada, huellas digitales) será un hecho extendido a partir de enero de 2012. A tal fin, se implantará un Sistema de Información de Visados (VIS) que conectará digitalmente a todos los consulados y las administraciones centrales de los Estados miembros. En este sentido, los consulados de los Estados miembros deberán mejorar su cooperación y, si fuera posible, reagrupar y compartir sus medios para expedir visados.

La agencia FRONTEX garantizará la coordinación del control de fronteras exteriores de la Unión Europea. Los Estados miembros se comprometen a facilitar a FRONTEX los medios que ésta necesite. Se reforzará la cooperación con los países de origen y de tránsito con objeto de permitirles que mejoren el control de sus propias fronteras. Los Estados miembros que se enfrenten a afluencias masivas y desproporcionadas de migrantes (en relación a su capacidad de acogida) deberán contar con la ayuda efectiva de los otros Estados miembros.

CUARTO COMPROMISO. Construir la Europa del asilo.

El Pacto recuerda que cualquier extranjero perseguido tiene derecho a obtener ayuda y protección en el territorio de la Unión Europea conforme a los valores fundamentales de la UE y a los compromisos internacionales de los Estados miembros. Así pues, se promueve la implantación de un régimen común de asilo europeo para evitar las discrepancias que se dan todavía hoy en la concesión del régimen de refugiado y sus consecuencias.

Antes de 2012 se implantará el procedimiento único de asilo, que incluirá garantías comunes. Asimismo, los refugiados y aquellos que se benefician de otras formas de protección tendrán el mismo estatus en Europa. Se implantarán equipos europeos de personas encargadas de examinar las solicitudes con el fin de organizar la ayuda a aquellos Estados miembros que tengan que hacer frente a afluencias masivas de demandantes de asilo. Por otro lado, se organizará entre los Estados miembros de manera voluntaria un mejor reparto de aquellas personas que hayan obtenido el régimen de refugiados. La política de reubicación, en estrecha colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), será reimpulsada con el fin de instalar en el territorio de la Unión Europea a personas que se encuentren bajo la protección del ACNUR en el extranjero.

El personal encargado del control de las fronteras recibirá formación sobre los derechos de las personas que tengan necesidad de protección.

QUINTO COMPROMISO. Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo.

La Unión Europea recuerda su vinculación al «Planteamiento global sobre la migración», que se refiere al mismo tiempo a la organización de la inmigración legal, a la lucha contra la inmigración irregular y a las sinergias entre migraciones y desarrollo. Este enfoque pretende poner de relieve el desafío de las migraciones mediante la cooperación entre los países de destino, de origen y de tránsito.

En este sentido se indica que la migración debe convertirse en un factor importante de las relaciones exteriores de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Por lo que hace a los Estados miembros deberán cerrar acuerdos con los países de origen o de tránsito en los que se tengan en cuenta todos los aspectos de las mi-

graciones. Se pretende que los Estados miembros ofrezcan a los ciudadanos de estos países posibilidades de inmigración legal adaptadas al estado de sus mercados de trabajo. Los migrantes pueden adquirir experiencia profesional y contribuir con su ahorro al desarrollo de sus países. Se auspiciarán las migraciones circulares.

El Pacto promueve acciones de desarrollo solidario que permitan a los migrantes participar en el desarrollo de sus países de origen. Los instrumentos financieros específicos facilitarán las transferencias de sus ahorros en total seguridad y con el menor coste posible. La política de desarrollo estará mejor coordinada con la política migratoria con el fin de beneficiar el desarrollo de los países y regiones de origen de las migraciones.

V. A MODO DE VALORACIÓN CRÍTICA

1. Desde un punto de vista histórico, el llamado *tercer pilar* de la integración europea, es decir los asuntos relacionados con las materias integradas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), ha registrado un avance que podemos calificar, sin lugar a dudas, como positivo. Se trata de un proceso que inició su andadura al margen de los Tratados constitutivos pero que a partir del Tratado de Schengen de 1984 fue progresivamente ganando entidad en el marco jurídico de integración de la Unión Europea.

2. El Tratado de Lisboa, una vez entre en vigor, va a marcar el fin del proceso de comunitarización de las competencias en este ámbito, manteniendo las materias incluidas en el ELSJ como competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión. El Tratado ofrece a la Unión Europea las bases necesarias para establecer una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en los principios de solidaridad y equidad entre los Estados miembros y respetando siempre los derechos fundamentales y la democracia.

3. Los mecanismos e instituciones de que se sirve el Tratado para la consecución del fin previsto representan igualmente un avance, particularmente visible en las materias de la inmigración y el asilo en la medida en que permitiría a la Unión llevar a cabo una política común. Las áreas o materias de esta política común están dirigidas básicamente tanto control de los flujos migratorios como la prevención de la inmigración ilegal y la lucha contra la trata de personas. Este enfoque puede restar eficacia a otros aspectos migratorios respecto de los que un tratamiento coordinado de las políticas nacionales resulta también imprescindible. Me refiero a las cuestiones relativas a la residencia de los nacionales de terceros países y su integración.

4. La actual base jurídica permite a la UE establecer acuerdos de readmisión con terceros países, así como regular las condiciones de entrada, salida y circulación de los inmigrantes en el territorio de los Estados miembros. En este punto el procedimiento de codecisión es particularmente útil. Con el texto del Tratado de Lisboa a la vista la regulación en esta materia va a requerir la unanimidad lo que restará eficacia a todo el proceso.

5. A la vista de las reticencias de algunos Estados miembros a la hora de ceder sus competencias –ya sea en las materias sustantivas (asilo, entradas, residencia legal, controles en fronteras, etc.) ya respecto de los procedimientos decisorios (co-decisión vs. unanimidad)– cabría pensar en un cambio de estrategia que permitiera, al igual que en otras materias del ELSJ, establecer mecanismos de *opt-in/opt-out* y cláusulas de integración flexible o diferenciada para los Estados que no quisieran continuar en el camino del consenso.

RESUMEN: Este estudio tiene por objeto examinar la política de inmigración en la Unión Europea. Desde una perspectiva crítica se analiza el proceso de aproximación de las legislaciones nacionales mediante las medidas legislativas adoptadas por la Unión. Se pone de relieve el alcance y límites de procedimiento de reglamentación y a la vista de ello se examinan las áreas todavía no cubiertas. Desde un punto de vista político, los Consejos europeos han avanzado en la consecución de una más amplia política común de inmigración, sin embargo los resultados no son satisfactorios como lo demuestra el tratamiento que de la materia realiza el Tratado de Lisboa. En el momento actual, el Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo marca las pautas políticas del inmediato futuro del derecho migratorio en el Espacio comunitario alejándose de las líneas más ambiciosas marcadas por su predecesor programa de Tampere.

PALABRAS CLAVE: Migraciones. Políticas comunitarias. Política de inmigración. Pacto europeo para la inmigración y el asilo.

ABSTRACT: This paper analyzes the common immigration policies at EU level. With a critical perspective the author revisits the European Commission's proposals for developing these policies in order to better manage migration flows by a coordinated approach with Member States taking into account the national legislations. The author argues that the main achievements during the period of implementation of the *Tampere programme* (1999-2004), confirmed in 2004 with the adoption of *The Hague programme* have been concluded, but they are some areas with failures of harmonisation (i.e. integration). She evaluates the new *European Pact on Immigration and Asylum* (2008) in the light of the hitherto existing policies and the Lisbon Treaty. She concludes that the European Commission's new programme lags behind the more promising guidelines of its predecessor of Tampere.

KEY WORDS: Legal migration. Immigration policies. Asylum policies. European Pact on Immigration and Asylum.

¿LA CRISIS DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS EUROPEOS?

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

Profesor de Derecho Constitucional. UNED

SUMARIO: I. Introducción. II. Las Reglas Penitenciarias Europeas. III. Exclusión social y efectos negativos de la reclusión. IV. La infraestructura de los centros penitenciarios; la masificación como mal endémico; extranjeros y mujeres. V. Salud mental y centros penitenciarios. VI. Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática. VII. Las tendencias privatizadoras. VIII. A modo de apunte final.

I. INTRODUCCIÓN

Se abordan en este trabajo algunos de los problemas comunes a los sistemas penitenciarios europeos que tiene, sin duda, en la masificación uno de sus principales caballos de batalla; un incremento continuo de internos que se une a infraestructuras insuficientes así como a otras cuestiones de diferente tenor, como el elevado número de internos con patologías mentales o el importante porcentaje de reclusos extranjeros, aumentan la complejidad de estos entornos anormales. Con tales mimbres resulta complejo pensar en enarbolar de manera realista la bandera de la reinserción, pudiendo aspirarse, todo lo más, como señala la doctrina de forma reiterada, a que, cuando menos, la reclusión no desocialice; aquí, sin duda, las penas alternativas a la reclusión y, por supuesto, las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías tienen mucho que decir, pues no debemos olvidar en ningún momento el carácter relativamente reciente de esta pena por más que pudiese parecer justamente lo contrario.

II. LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS

La nueva versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fue aprobada en enero de 2006¹; articuladas por primera vez en 1973 ésta ha sido su segunda actualización, la anterior se produjo en 1987.

Esa primera versión, como es bien sabido, respondió a un intento de especificar, singularizar o actualizar las vagas prescripciones de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por Naciones Unidas dos décadas atrás; aunque su simple reconocimiento tuvo una importancia indudable apenas establecía ciertos principios y reglas de una buena organización penitenciaria así como de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos, y ello con un tenor generalista y amplio con el objeto de que pudiera ser ratificado por los diferentes países. Ilustrativo del convencimiento de la dificultad de su concreción son las observaciones preliminares de esas Reglas Mínimas de Naciones Unidas en las que se señalaba que «debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas». Recordemos que ya durante la efímera existencia de la malograda Sociedad de Naciones se había planteado la necesidad de articular reglas internacionales en materia penitenciaria. Así, en la década de los veinte del siglo pasado la Comisión Penitenciaria Internacional estableció cincuenta y cinco reglas en orden a regular las condiciones de los centros penitenciarios; hubo que esperar no obstante casi un lustro para que pudieran ser aprobadas como documento oficial al ser aprobadas por la Quinta Comisión de la Sociedad de Naciones y por la Asamblea². Dos décadas después, en 1955, el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente aprobó las denominadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (un total de noventa y cuatro) posteriormente ratificadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas³. Es preciso destacar, asimismo, dentro de este ámbito la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴ y de forma más

¹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, 11 de enero de 2006, Recomendación Rec (2006)2E. Es interesante apuntar que en junio de 2008 se hizo público el documento sobre el desarrollo y aplicación de esta Recomendación, poniendo de manifiesto las disparidades existentes en los diferentes países miembros del Consejo de Europa.

² Sobre estos procesos, véase, SALADO OSUNA, A., «Derecho internacional universal» y «Europa», *Sistema Penitenciario*, ESCOBAR, G. (dir.), Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama, Madrid, 2007, pp. 27 a 60 y 87 a 118, respectivamente; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 13 y ss.

³ Resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957; Resolución 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁴ Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984 (en vigor desde junio de 1987).

específica su Protocolo facultativo (en vigor desde junio de 2006) con el objetivo de establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Entre la segunda y la actual versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fueron aprobadas buen número de recomendaciones del Comité de Ministros relativas a la política y práctica penitenciaria en diferentes materias; así, sobre educación, control de enfermedades y problemas de salud, personal penitenciario, etc⁵.

Pórtico de las Reglas (en esta última versión) son nueve principios fundamentales que inciden esencialmente en el mantenimiento y respeto de los derechos de los reclusos sobre la base del principio de reinserción y la adaptación, en la medida de lo posible, de la vida en prisión a los aspectos positivos de la vida en el exterior; «normalización» en la expresión utilizada por Borja MAPELLI⁶. Como apunta este autor, en consonancia con las previsiones de reinserción «la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionarizar y, sin embargo, sí existen muchos argumentos a favor de su normalización social», siendo elemento determinante para ello «reforzar unas relaciones fluidas sociedad/prisión».

Con relación a la anterior versión de estas reglas llama la atención, entre otras cuestiones, el proceso de personificación que se produce («Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre» –Regla 1ª–) así como la desaparición de sus principios fundamentales de la finalidad reinsertadora hasta este momento contenido en la regla tercera. Para TÉLLEZ AGUILERA esta desaparición o abandono de la finalidad reinsertadora sería fruto de la concurrencia de diferentes elementos entre los que cabría destacar, en el marco de una crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, la falta de concreción de los fines asignados al mismo o el caótico panorama de los medios a aplicar, así como la falta de evaluación del fruto del trabajo⁷.

Con una perspectiva ciertamente crítica refiere este autor que la aprobación de la nueva versión de las Reglas Penitenciarias no ha sido fruto en modo alguno de la mejor ciencia penitenciaria sino, por el contrario, del «pulso tembloroso de políticos timoratos» articulándose un texto que converge alrededor de dos elementos diferenciados: la «potenciación regimental» y la «relativización de derechos y garantías»; la «huella del Derecho Penal del enemigo ha llegado al humanista Consejo de Europa, ahora totalmente despreocupado de los temas tratamentales»⁸.

⁵ Rec (1989)12, Rec (1993)6, Rec (1997)12, Rec (1998)7, Rec (1999)22, Rec (2003)22, Rec (2003)23.

⁶ «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8, 2006.

⁷ *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, cit., págs. 7 y ss.

⁸ *Ibidem*.

En el seno de la Unión Europea, y en conjunción con la actuación del Consejo de Europa, es importante apuntar que la deficitaria situación de los sistemas penitenciarios ha llevado a proponer, por más que no parece viable en modo alguno a medio plazo, la articulación de una Carta penitenciaria europea común a todos los países del Consejo de Europa, sobre la base de una contribución común de los Estados miembros de la Unión.

La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo así lo recomendó en su Informe de 2004 sobre los detenidos en la Unión Europea⁹.

Dicha Carta, según se proponía en dicho Informe, habría de incluir normas precisas y obligatorias para los Estados miembros, relativas tanto al momento de la detención como al de la reclusión *stricto sensu*.

Así, por ejemplo, cuestiones relativas a las actividades de reeducación, instrucción, rehabilitación y reinserción social y profesional, a la separación de detenidos en función de las categorías, a las comunicaciones, acceso a la información, sanidad o a la propia formación del personal penitenciario.

En ese mismo documento se recomendaba igualmente al Consejo que si dicha Carta no se elaboraba cuando antes o si los resultados no fueran satisfactorios la propia Unión Europea elaboraría una Carta de derechos de las personas privadas de libertad, obligatoria para los Estados miembros y sujeta a la jurisdicción del Tribunal de Justicia.

Y de igual forma la adopción de iniciativas a escala de la Unión para garantizar a los diputados individuales la prerrogativa de visitar e inspeccionar los lugares de detención así como a los diputados europeos en el territorio de la Unión y la reestructuración y modernización de los centros.

Mucho más recientemente podemos apuntar igualmente la Recomendación del Parlamento Europeo, de mayo de 2009, destinada al Consejo, con relación al desarrollo de un espacio de justicia penal en la Unión Europea, en donde se apunta que al tener que estar basado éste en el respeto de los derechos fundamentales deben adoptarse sin dilación medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto, común para la Unión Europea, de derechos de los detenidos.

Con más lejanía en el tiempo podemos apuntar la Resolución del Parlamento Europeo de diciembre de 1998 sobre las condiciones carcelarias en la Unión (organización y penas de sustitución) donde, sobre la base de la preocupación por «las muy desfavorables condiciones que siguen existiendo en un gran número de centros penitenciarios europeos» se solicita a los Estados miembros la aplicación íntegra de «las disposiciones de las normativas penitenciarias del Consejo de Europa, en particular, las relativas a las exigencias mínimas de salubridad» y asimismo la previsión de «posibilidades de trabajo y de actividades formativas en estos establecimientos

⁹ Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea, 24 de febrero de 2004.

con el fin de preparar la vuelta de los presos a la vida civil, que tengan en cuenta su entorno familiar, y que protejan su salud, en particular, frente al sida y a las toxicomanías» y que «las medidas alternativas a la prisión y las penas de sustitución sean objeto de una concertación permanente entre los profesionales en los Estados miembros»; o la Resolución del Parlamento Europeo de enero de 1996 sobre las malas condiciones de detención de las cárceles de la Unión por la que se solicitaba que los Estados hicieran todo lo posible para la aplicación de las Normas Mínimas del Consejo de Europa en todas las cárceles, pidiendo asimismo de forma más específica la no aplicación de tratos humillantes ni vejaciones a las mujeres encarceladas.

En esa misma estela hay que destacar la propia actuación desarrollada desde la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en orden a lo apuntado anteriormente: la articulación de una Carta Penitenciaria Europea en conjunción con la Unión Europea; así, en 2004 cabe citar la Recomendación 1.656 relativa a la situación de los reclusos en Europa donde se planteaba esta recomendación; también podemos citar la Recomendación 1.747 de 2006 que ha retomado esta cuestión por causa de la preocupante situación de las prisiones en buena parte de los países europeos. Se pretende de esta manera involucrar a la Unión Europea en el diseño de la carta con la participación del Parlamento Europeo y la Comisión. Junto a ello se apunta la posibilidad de articular un observatorio de prisiones.

No obstante, como ya hemos referido, no parece tener viabilidad alguna a día de hoy por la inexistencia de consenso en la materia como así se ha puesto de manifiesto recientemente al hilo de algunas preguntas parlamentarias.

III. EXCLUSIÓN SOCIAL Y EFECTOS NEGATIVOS DE LA RECLUSIÓN

Al abordar el tema que nos ocupa, antes de entrar a analizar los principales elementos que ponen de manifiesto una crisis profunda de los sistemas penitenciarios europeos, no podemos dejar de lado la vinculación entre la exclusión social y el círculo delictivo.

Se ha señalado hasta la saciedad, pero no debemos olvidarlo, que el sistema penal recluta su clientela de modo preferente entre las franjas menos cualificadas de la clase trabajadora, proceso de selección que se agudizaría incluso en los sujetos a régimen cerrado, de esta forma, la cárcel como dispositivo excluyente centra su actuación sobre los grupos excluidos y genera más exclusión¹⁰.

Como se puso de manifiesto en el *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea* de octubre de 1998; «Las cárceles están llenas de hombres y mujeres con ingresos a menudo muy inferiores a los fijados

¹⁰ Sobre estas cuestiones, recomendamos la lectura de los trabajos de RÍOS MARTÍN, J. C. y CABRERA CABRERA, P., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia, Madrid, 2002; *Mil voces presas*, Universidad Pontificia, Madrid, 1998.

por el umbral de pobreza, analfabetos o con poca instrucción, sin empleo estable, sin referencias morales o cívicas, que han perdido los vínculos familiares o afectivos y que, a menudo, incluso antes de convertirse en delincuentes, son ya víctimas de la delincuencia. Una aplastante mayoría (noventa y cinco por ciento) de los presos presenta al menos tres de los cinco criterios citados anteriormente. Se diría que la sociedad los castiga por actos contra los que no ha sabido protegerlos cuando ellos mismos han sido víctimas»¹¹.

Junto a ello, otra cuestión relevante: resocialización vs. desocialización. Quizá, siendo realistas, el objetivo de las prisiones sería ya no resocializar (por imposible) sino aspirar a que las sanciones penales y, especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a la persona que queda sometida a ella¹².

Los centros penitenciarios «mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad, lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día»¹³.

La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios, conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia vida, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad¹⁴; en palabras de RÍOS MARTÍN y CABRERA CABRERA, estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante¹⁵. El denominado efecto de prisionización, concebido como la «habitación del recluso a una serie de usos y costumbres propios del entorno carcelario, parece integrar todas estas consecuencias principalmente perjudiciales para la salud mental del recluso»¹⁶.

Para MANZANOS la ruptura del círculo vicioso drogodependencia, cárcel y marginación precisa medidas que atenúen las condiciones de exclusión social, la creación de itinerarios en cada área de forma integrada, sanitaria, educativa, laboral, social, judicial pero fundamentalmente en drogodependencia¹⁷.

¹¹ Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

¹² En ese sentido, OLARTE HURTADO, A. *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*. Colección Derechos Humanos P. Francisco de Vitoria. Vitoria: Ararteko, 2006, p. 35.

¹³ CABRERA CABRERA, P.J., «Cárcel y exclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 35, 2002, pp. 83 y ss.

¹⁴ CLEMENTE, M., «Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento», *Psicología Jurídica Penitenciaria*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997, pp. 383 y ss.

¹⁵ *Mil voces presas*, op. cit., págs. 177-187. Desde una perspectiva más global, véase, VVAA, *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Dalloz, Paris, 2007.

¹⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., «Origen y evolución histórica de la prisión», *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., García España, E. (coords.), Comares, Madrid, 2007, p. 20.

¹⁷ MANZANOS BILBAO, C., «Violencia, salud y drogas en prisión», *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, cit., p. 154.

IV. LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS; LA MASIFICACIÓN COMO MAL ENDÉMICO; EXTRANJEROS Y MUJERES

a) Un mal endémico

La masificación de los centros penitenciarios y el aumento continuo de los reclusos es un mal endémico en la práctica totalidad de los países europeos; más de seiscientos mil en el conjunto de la Unión Europea¹⁸.

Nuestras cifras son buena muestra del problema al que nos enfrentamos.

Setenta y seis mil reclusos repartidos en ochenta y dos centros penitenciarios¹⁹ (de los que casi la cuarta parte serían preventivos) cuando apenas una década atrás la cifra era de cuarenta y cinco mil, esto es, se ha producido un incremento de la población penitenciario en un setenta por ciento. Si consultamos las cifras que teníamos al comenzar la década de los noventa el dato resulta todavía más revelador no en vano se contaba entonces con treinta y tres mil reclusos, cuarenta y dos mil menos que ahora; el incremento hasta la fecha sería aquí de un ciento treinta por ciento²⁰. Una cifra de reclusos bastante pareja a la que habría, por ejemplo, en el Reino Unido (ochenta y dos mil en mayo de 2009, con un incremento de un sesenta y seis por ciento desde 1995²¹) pero debiendo tenerse en cuenta la mayor población de este territorio; en España la ratio población-población reclusa sería mucho más elevada. Según datos conocidos este mismo mes, España estaría a la cabeza de la proporción de la población reclusa con respecto a la población total. Y en lo relativo al crecimiento porcentual anual, únicamente Chipre y Luxemburgo han tenido un incremento en el último año superior a España, trece y nueve por ciento respectivamente, frente al cinco por ciento de España.

A esta generalizada situación (solventada temporalmente en algunos países acudiendo a una suerte de indultos masivos que alivian la espita penitenciaria²²) es-

¹⁸ Los últimos datos ofrecidos por Eurostat (junio de 2009) daban una cifra de 591.443 reclusos a 1 de septiembre de 2007.

¹⁹ Datos de julio de 2009 (76.485 reclusos; de los que el 92% serían hombres).

²⁰ Desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se ha apuntado recientemente que las últimas reformas penales (en materia de violencia de género y seguridad vial) han supuesto un importante incremento de la población reclusa que ha venido a acentuar el problema existente, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008. En materia de tráfico, por ejemplo, a junio de 2009, hay cerca de setecientos reclusos cuyo delito principal se encuentra relacionado con el tráfico habiéndose incrementado un ochenta y seis por ciento en apenas un semestre.

²¹ *Story of the prison population 1995-2009 England and Wales*, julio de 2009.

²² Podemos citar como botón de muestra los aprobados por el Parlamento italiano en 2006 con el objeto de descongestionar las cárceles; tres años después, no obstante, el problema de sobreocupación sigue afectando al sistema penitenciario italiano debiendo destacarse el elevado número de reclusos

capa Holanda, donde existen un buen número de prisiones que pueden cerrar, si se nos permite la expresión, por carecer de «clientes». La reforma de su Código Penal hace dos décadas permitió incidir en la sustitución del trabajo en beneficio de la comunidad antes que en la pena de reclusión; los estudios sobre la reincidencia de los condenados a aquélla (un veinte por ciento inferior frente a los que lo fueron a pena de reclusión) han provocado lógicamente una mayor extensión en su uso. Esta «desocupación» ha tenido como curiosa respuesta la posibilidad de arrendar algunos de estos establecimientos por parte de países cercanos. Bélgica, cuyos centros penitenciarios datan de principios del siglo XX y tiene un importante problema de sobreocupación carcelaria, está estudiando enviar, hasta la creación de los nuevos centros proyectados, seiscientos reclusos a una cárcel holandesa cercana a la frontera belga tratando de minimizar al máximo algunos de los problemas logísticos de una decisión de este tipo, así, por ejemplo, los del propio desplazamiento de los familiares de los reclusos²³. En menor medida también podemos citar a Finlandia, que al comienzo de la década de los ochenta tenía una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa encontrándose en la actualidad en el caso contrario.

Parte de culpa de esta extendida «inflación carcelaria» viene determinada por el «recurso desmesurado a la detención provisional, que debe ser una medida de excepción de conformidad con el conjunto de los textos legislativos y las declaraciones de los ministros de cada uno de los países de la Unión, pero que, de hecho, suministra una proporción importante de efectivos de presos. En unos años la excepción se ha convertido en regla y procede frenar esta peligrosa desviación»²⁴.

Volviendo al caso español, señalar que los datos de masificación han llevado a que el Senado instara poco tiempo atrás al Gobierno a abordar diferentes frentes. Por un lado proceder a la creación de nuevos centros penitenciarios²⁵, de régimen ordinario y abierto. Por otro, incrementar la dotación humana y material de los centros tanto para reforzar la reinserción social de los internos como para mejorar las condiciones laborales de su personal. Y, por último, abordar la posible mejora de la

extranjeros (veinte mil de un total de sesenta y tres mil) como puso de manifiesto recientemente el Ministro de Justicia Italiano, *Corriere della Sera*, 26 de agosto de 2009.

²³ En este mismo país es interesante destacar la experiencia iniciada en 2006 con la cárcel de baja seguridad de Lelystad en la que se aplican técnicas de vigilancia electrónicas que proporcionan mayor movilidad a los reclusos; sobre esta experiencia, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 706/2006.

Si en 2004, eran veinte mil los reclusos en centros penitenciarios holandeses, cinco años después la cifra ha seguido bajando hasta los dieciséis mil.

²⁴ *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

²⁵ Debemos destacar la relevancia del Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios aprobado por Consejo de Ministros en diciembre de 2005 que prevé la construcción de cuarenta y seis nuevas infraestructuras penitenciarias hasta 2012.

relación de puestos de trabajo existentes en la actualidad y a la intensificación de la formación de los funcionarios²⁶.

No hay que dejar de lado aquí en todo caso lo llamativo de las cifras de encarcelamiento y criminalidad. Así, nos encontramos muy por debajo de la media en los países de nuestro entorno en lo relativo a tasas de criminalidad; por poner algún ejemplo dicha tasa es de ciento veinte en Suecia (medida por infracciones penales por cada mil habitantes), ciento uno en Reino Unido, noventa y cuatro en Bélgica, setenta y ocho en Dinamarca, setenta y seis en Alemania, setenta y cinco en Holanda, setenta y cuatro en Austria y setenta de media en la Unión Europea; en España, se cifra en cuarenta y siete²⁷. Por el contrario tenemos una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa: ciento cuarenta y seis por cada cien mil habitantes frente a ciento veintitrés en el seno de la Unión Europea²⁸; las más elevadas corresponderían a algunos de los países incorporados más recientemente a la Unión; así, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, aunque todos ellos las han venido rebajando tímidamente en los últimos años. En el caso de los países candidatos todos ellos tienen cifras inferiores a la media; Croacia, una tasa de ochenta y siete reclusos por cada cien mil habitantes, Antigua República Yugoslava de Macedonia, noventa y ocho, Turquía, ciento dos.

Esta masificación, generalizada como mal endémico, como se destaca en el *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea* de hace una década, provoca la «imposibilidad o extrema dificultad para aplicar las medidas socioeducativas que no obstante forman parte integrante de las misiones de los centros penitenciarios; el deterioro de las condiciones de salubridad de los centros: higiene personal y colectiva, degradación de la alimentación, actividades físicas y deportivas reducidas o suprimidas y riesgo de patologías contagiosas como, en particular, la tuberculosis; así como la aparición y desarrollo de la violencia dentro de los centros; los grupos vulnerables son los que están más expuestos a la violencia: delincuentes juveniles, criminales sexuales, extranjeros, homosexuales, etc.»²⁹.

Y como ha puesto de manifiesto el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura «el nivel de superpoblación en una prisión, o en una zona determinada de la

²⁶ *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Comisión de interior, nº 85, 2008 (sesión celebrada el 24 de noviembre de 2008).

²⁷ Datos tomados del Informe del Ministerio del Interior *Balance 2008. Evolución de la criminalidad*. Dos años antes, en 2006, la tasa de criminalidad era de 49.3, veinte puntos inferior a la media europea.

²⁸ Informe de Eurostat: *Crime and Criminal Justice*, 36/2009; en septiembre de 2008 los datos ofrecidos por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias ante la Comisión de Interior hablaba de una tasa de ciento sesenta frente a ciento dos en el seno de la Unión, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

²⁹ *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

misma, puede ser tal, que resulte inhumano o degradante desde un punto de vista físico», un «fenómeno que destruye el sistema penitenciario en toda Europa»³⁰.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden citarse diferentes resoluciones en este sentido, al entender que las condiciones de detención, en particular el hacinamiento o masificación, unida a condiciones de luz o ventilación inadecuadas, régimen empobrecido, escasa higiene de las celdas son suficientes para causar una angustia de tal intensidad que excede el nivel tolerable de una privación de libertad, produciéndose así una vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹.

Al hilo de esta idea no está de más recordar la sorprendente previsión que nos refiere TÉLLEZ sobre el ordenamiento británico en el que el acceso a mejores condiciones carcelarias (celdas con mayores comodidades y elusión de obligación de limpieza o similares) resultaba posible mediante el pago de una determinada cantidad de dinero³².

b) El elevado número de reclusos extranjeros en prisión

Otro dato preocupante por los efectos que provoca en lo relativo al tratamiento, integración o convivencia *intramuros*, por mor de la mezcla de diferentes idiomas, culturas, costumbres o religiones, es el elevado número de reclusos extranjeros en prisión. Un fenómeno que es habitual en muchos países europeos (Alemania, Francia o Italia son buen ejemplo) y que ya provocaron un cuarto de siglo atrás por sus problemas subyacentes una recomendación del Consejo de Europa en la materia³³.

Dentro de la Unión Europea, España ocupa el tercer lugar con relación al número de reclusos extranjeros. Concretamente, con un porcentaje del treinta y cinco por ciento respecto de la totalidad de la población reclusa (muchos de ellos con enfermedades mentales) aventurándose que alcance el cincuenta para 2010³⁴. No hay que dejar de lado en todo caso que buena parte de ese porcentaje deriva de que la propia condición extranjera del recluso, su habitual falta de arraigo como variable de riesgo, provoca que tengan mayores dificultades en acceder a permisos, cuestión que determina que en demasiadas ocasiones las cifras desnudas de reclusos extranjeros se interpreten en función de específicos parámetros que vinculan sin más inmigración y delincuencia³⁵.

³⁰ Sobre esta cuestión, RUILOBA ALVARINO, J., *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Su aplicación en España*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

³¹ A título de ejemplo, Caso *Kochetkov v. Estonia* 2 de julio de 2009.

³² TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa*, cit., pá. 32.

³³ Rec (1984)12.

³⁴ A mayo de 2009, de 76.400 reclusos, 26.998 son extranjeros (35,33%).

³⁵ Sobre esta cuestión, GARCÍA ESPAÑA, E., «Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, pp. 43 y ss.

El problema es claro en múltiples aspectos, partiendo de uno especialmente básico: el desconocimiento de la lengua de muchos de estos reclusos, unido al contraste de códigos culturales diferentes³⁶.

Fuera de la Unión Europea, Suiza es quizá el país que más elevado porcentaje de extranjeros tiene en sus centros penitenciarios. Desde la década de los noventa oscila entre el setenta y el ochenta por ciento de su población penitenciaria.

Por otro lado, aunque no entraremos en ello en estas notas, dejar apuntada igualmente la situación preocupante, de gran opacidad en muchas ocasiones, de los centros de internamiento de extranjeros³⁷.

c) La particular problemática de las mujeres reclusas

Apunte particular precisa también la situación de las mujeres internas en los centros penitenciarios; numéricamente un colectivo reducido, el delincuente tipo ha sido y sigue siendo varón aunque se está incrementando en los últimos años. Apenas representan el cuatro o cinco por ciento de la población reclusa europea.

Los problemas subyacentes a esta reclusión, que revisten especiales peculiaridades son de diferente tenor: asistencia sanitaria, situación de las madres con hijos, mantenimiento de los vínculos familiares por la mayor dispersión existente en este colectivo, a título de ejemplo.

Ello llevó a la aprobación por parte del Parlamento Europeo de un Informe el año pasado que abordó la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios. En él, se pide a los Estados mejorar las condiciones de detención de las mujeres, adoptar las medidas necesarias para garantizar un orden satisfactorio en los centros poniendo fin a las situaciones de violencia y abuso a las que son especialmente vulnerables, atender las necesidades específicas en materia de higiene, etc., todo ello dentro de una genérica incorporación de la dimensión de género en sus políticas penitenciarias³⁸.

En el caso de España de los setenta y seis mil presos que en la actualidad tenemos repartidos en nuestros ultramasificados centros penitenciarios (entran una media de veinte presos nuevos cada día habiendo centros como el de Martutene o Ceuta que están casi al cuatrocientos por ciento de su capacidad) apenas el ocho por ciento (no llegan a seis mil) son mujeres. Se encuentran «recluidas en espacios insuficientes, no ideados para mujeres ni adecuados a sus circunstancias personales»,

³⁶ Con la cuestión religiosa como tema de fondo, pueden apuntarse los sucesos de la prisión de Topas, de todos conocidos.

³⁷ En España el debate se ha suscitado recientemente con ocasión de la reforma de la llamada Ley de Extranjería pretendiendo alargarse el plazo de internamiento a sesenta días y especialmente con las graves deficiencias de los centros de internamiento.

³⁸ *Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar*, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, 15 de febrero de 2008; véase, también, la Regla 34 de las Reglas Penitenciarias Europeas.

especialmente porque no pocas de ellas son madres con hijos dentro de la prisión³⁹. Insuficiencia de espacios que provoca, por ejemplo, que no se respeten habitualmente criterios de separación dentro de los centros (preventivas, penadas, jóvenes, adultas...) ⁴⁰. El Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios pretendió abordar alguno de estos problemas, en concreto el aspecto relativo a las reclusas con hijos, no en vano está previsto crear cinco unidades para la estancia de mujeres con hijos menores⁴¹. El objetivo es claro: mejorar la vida de esos niños, dentro de la máxima normalidad posible, potenciando su integración en la sociedad.

V. SALUD MENTAL Y CENTROS PENITENCIARIOS

a) Enfermos mentales en centros penitenciarios; un fracaso de la sociedad del bienestar⁴²

La salud mental, las personas con enfermedades mentales en prisión, es otro de los graves problemas de los sistemas penitenciarios europeos⁴³.

En el caso español, como ha señalado Mercedes GALLIZO, la sanidad penitenciaria debe prepararse para liderar una segunda desinstitucionalización del enfermo mental. La reforma psiquiátrica de los años ochenta sacó a los pacientes crónicos de los manicomios defendiendo que las instituciones asilares no eran las adecuadas para el tratamiento del enfermo psiquiátrico. Desgraciadamente, las prisiones se han convertido en nuevos asilos para trastornados mentales. Si los manicomios no eran la solución, menos aún lo son los establecimientos penitenciarios, aunque estemos asumiendo con la mayor profesionalidad esta tarea. Es una reflexión que debe hacerse la sanidad pública y para la que tenemos que tener estrategias de prevención, de actuación y también de integración⁴⁴.

³⁹ *Mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de Andalucía*, Defensor del Pueblo de Andalucía, 2006.

⁴⁰ Hace pocas semanas se daba a conocer por la prensa la situación de las mujeres del centro penitenciario a A Teixeira (mil novecientos cuatro internos de los que únicamente ciento veinticuatro son mujeres) y se señalaba que las mujeres no tenían acceso a los módulos terapéuticos, enfermería y jóvenes, concentrándose en dos módulos únicamente; el de madres, donde estarían treinta internas con sus hijos y el general, en donde estarían noventa internas con independencia del delito, desde pequeños robos a homicidio o pertenencia a banda terrorista..., *El País*, 12 de abril de 2009.

⁴¹ Concretamente en las comunidades de Andalucía, Baleares, Canarias, Madrid y Valencia.

⁴² Nos servimos para el título de este apartado de la rúbrica de un reciente informe publicado en la materia elaborado desde la Asociación pro derechos humanos de Andalucía: *Enfermos mentales en las prisiones ordinarias: un fracaso de la sociedad del bienestar*.

⁴³ Más en detalle, REVIRIEGO PICÓN, «Centros Penitenciarios y personas con discapacidad», *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, SÁNCHEZ, S. (coord.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 195 a 213.

⁴⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

Las Reglas Penitenciarias Europeas no son ajenas a esta problemática estableciendo que «Los enfermos mentales, cuando su estado de salud sea incompatible con la detención en una prisión, deberán estar ingresados en un establecimiento especial concebido a tales efectos», aunque precisando que «Si estas personas fueran, no obstante, excepcionalmente detenidos en una prisión, su situación y sus necesidades deben de estar regidas por unas reglas especiales» (Regla nº 12)⁴⁵.

La excepcionalidad termina por convertirse en regla, determinando ello la necesidad de proceder a una mayor atención para evitar su marginación o discriminación derivada de su mayor vulnerabilidad. Más aún cuando quizá, aquí enlazamos con lo apuntado anteriormente, resulta evidente que la reclusión en el centro penitenciario no es lo más adecuado desde perspectiva alguna (asistencial, de reinserción, etc.). Como ha señalado recientemente nuestro Defensor del Pueblo, son personas doblemente vulnerables por su discapacidad y por su situación de privación de libertad⁴⁶; si cuando hablamos de personas con discapacidad estamos en un ámbito de ejercicio de los derechos en que resulta preciso una garantía reforzada al encontrarnos en una «zona sensible» por afectar a colectivos que precisan atención especialmente cualificada para evitar su marginación o discriminación⁴⁷ esto se acentúa en el caso de las personas que se encuentran internas en los centros penitenciarios, dentro del marco de una relación de sujeción especial.

Apuntar, por último, que en España, en 2006, vio la luz el Programa de Intervención diseñado por la Comisión de estudio sobre el abordaje de los internos con discapacidades intelectuales, físicas o sensoriales cuyo elemento principal gira en primera instancia en la detección ya en el ingreso en el centro penitenciario ya en un momento posterior⁴⁸. No obstante, como se ha destacado, si bien la creación de un programa específico por parte de la administración penitenciaria ha supuesto un paso fundamental, ahora resta lo más complicado, su efectiva implantación y consolidación; idea a la que añade que a pesar de este gran avance, el verdadero éxito se producirá cuando se potencie la prevención primaria reduciendo el fenómeno delictivo en las personas con discapacidad intelectual y cuando no sea necesario hablar de programas dentro de los centros penitenciarios porque no ingresen en prisión y se les aplique medidas alternativas o ingresos en centros específicos para su cumplimiento⁴⁹.

⁴⁵ Véanse, asimismo, las Reglas 39 y ss. relativas a la sanidad penitenciaria; en especial, las Reglas 40.4, 42.3.b, 42.3.h y 47.2.

⁴⁶ Así se expresaba en el prólogo al libro *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario*, CERMI-CINCA, Madrid, 2008, pp. 7 y ss.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., «Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad»; CAMPOY CERVERA, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 35.

⁴⁸ *Documentos penitenciarios*, nº 5, Madrid, 2006.

⁴⁹ GARCÍA MIRANDA, V., «La discapacidad intelectual en el medio penitenciario», CARCEDO GONZÁLEZ, R. y REVIRIEGO PICÓN, F. (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*: Amaru, Salamanca, 2007, p. 54.

b) Los suicidios en los centros penitenciarios

Vinculado íntimamente a esta cuestión se encuentra uno de los problemas de primer orden en los centros penitenciarios europeos: el elevado número de suicidios de los internos. El impacto psicológico que lleva asociada la reclusión, se une al hecho de que «las prisiones son depositarias de grupos tradicionalmente considerados vulnerables en lo que se refiere a las tasas altas de suicidio, tales como jóvenes, enfermos mentales, marginados sociales, toxicómanos»⁵⁰; debiendo añadirse, claro está, la masificación de aquéllas.

En las dos primeras semanas del año en curso, en Francia por ejemplo, se contaron catorce suicidios; treinta y nueve hasta el 1 de abril, incluyendo nueve más del propio personal penitenciario. Un país que tiene un grave problema de sobrecapacidad carcelaria y cuya tasa de suicidios es cercana a veinte por cada diez mil internos –ciento quince suicidios en 2008–; la más alta de la Unión Europea. Esto ha provocado que en mayo pasado los principales sindicatos penitenciarios franceses amenazaran con el bloqueo de las prisiones; ralentización de traslados, entrada de abogados, etc.

La situación en otros países de la Unión, como Alemania, sin llegar a los niveles de Francia, resulta asimismo preocupante.

En España, para tratar de abordar este problema, se aprobó en 2005 el Programa Marco de Prevención de suicidios. Dicho Programa estableció la figura de los internos de apoyo (alrededor de mil en nuestros centros penitenciarios) que vienen desempeñando un papel muy relevante en esta prevención al estar pendientes de forma continua de los reclusos que pueden tener algún riesgo en este sentido de conformidad. Estos internos deben presentar una adecuada capacitación, actitud y motivación, situación estable en el Centro, buen comportamiento y sin traslado previsible; asimismo debe restarles para el cumplimiento definitivo o fecha de concesión de la libertad condicional, un tiempo superior a un año y no deben haber sido sancionados ni tener en su historial autolesiones o tratamiento psiquiátricos continuados por enfermedad psiquiátrica; lógicamente también quedan excluidos los reclusos consumidores de drogas. Desde la articulación de esta figura se ha reducido sensiblemente el número de suicidios en prisión (cuarenta en 2004, treinta y tres en 2005 –año en que se crea la figura– veinticinco, en 2006, catorce en 2007 y diecinueve en 2008). No obstante, 2009 ha sufrido un importante repunte, retornando a las cifras de 2004, pues en apenas cinco meses se han suicidado quince reclusos en diferentes centros penitenciarios, ninguno de los cuales estaba sujeto al Programa. Esto ha provocado que desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se instara a la revisión en los centros penitenciarios de los programas articulados.

⁵⁰ Instrucción 14/2005 (programa Marco de Prevención de Suicidios), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

c) Drogas y centros penitenciarios

Íntima vinculación, con lo hasta aquí abordado, tiene el tema de las drogas en prisión; una realidad palpable y un problema de compleja resolución al que deben hacer frente los sistemas penitenciarios europeos.

Un importante porcentaje de los reclusos tiene problemas de drogodependencia y, como ha detallado el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías en el último informe publicado, en general existe un escaso desarrollo de programas de atención en prisión⁵¹. En todo caso, en los últimos años han sido varios los países (seis en total) que han reformado recientemente su normativa en orden a permitir los mismos; a título de ejemplo, Dinamarca lo ha hecho otorgando a los reclusos que fueren consumidores de drogas la posibilidad de recibir atención de forma gratuita.

En el caso de España se calcula que la mitad de los reclusos existentes (alrededor de setenta y seis mil) son drogodependientes. Una encuesta realizada en 2006 puso de manifiesto que cerca del ochenta por ciento de las personas que ingresaron en prisión presentaron un consumo activo de alguna sustancia psicoactiva en el mes anterior a su entrada en prisión⁵². Existen programas de tratamiento de desintoxicación y deshabituación que son utilizados por un buen número de reclusos.

Según datos dados a conocer por la titular de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su comparecencia ante la Comisión Mixta para el Estudio del Problema de las Drogas, en 2008 se produjeron alrededor de cuatro mil incautaciones de droga en los centros penitenciarios; en 2004 apenas llegó a dos mil incautaciones. Entre 2004 y 2007 se han producido ciento sesenta y nueve fallecimientos por consumo de drogas; más de cuarenta anuales⁵³. Este mismo año, 2009, en el centro penitenciario de Zuera fallecieron tres reclusos de un mismo módulo en apenas seis días, consecuencia de la entrada de una partida adulterada de droga en el recinto; curiosamente, en ese mismo centro funciona un módulo libre de droga que ha sido puesto como ejemplo en multitud de ocasiones. Desde Instituciones Penitenciarias se están potenciando programas de intervención psicosocial en reclusos en tratamiento de metadona o programas de deshabituación.

Algunos países (Inglaterra, Chequia, Escocia...) prevén, por razones de seguridad y salud, la posibilidad de someter a determinados grupos de detenidos a pruebas de detección de consumo de drogas⁵⁴.

No hay que dejar de lado que muchos de estos reclusos sufren asimismo problemas de salud vinculados a su consumo y a su dependencia; así, hepatitis B y C o

⁵¹ Informe 2008. *El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías)*.

⁵² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 4 de abril de 2009.

⁵³ No se incluyen en esta estadística los fallecimientos producidos en las prisiones de Cataluña.

⁵⁴ Informe 2007. *El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías)*.

el VIH/SIDA. En el caso de España los programas de prevención han reducido de manera importante los internos afectados por estas enfermedades (por ejemplo mediante los –realistas– programas de intercambio de jeringuillas).

Al hilo de esta cuestión es interesante destacar que en abril de este año, España fue condenada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la muerte de un recluso, enfermo de SIDA, para el que la familia había solicitado en su momento la libertad condicional por su estado de salud. La resolución del Comité obliga al Estado a ofrecer a los familiares del fallecido «una reparación apropiada, incluida una indemnización adecuada a la violación que se ha producido»⁵⁵.

VI. LAS ALTERNATIVAS A LA RECLUSIÓN Y LA REVOLUCIÓN TELEMÁTICA

Como apunta certeramente BUENO ARÚS se tiene tan enraizada la idea de que la prisión constituye una institución arraigada en nuestro sistema social de premios y castigos que nos cuesta un verdadero esfuerzo reflexionar sobre el carácter histórico de la misma derivada de la evolución racionalizadora del derecho punitivo; evolución que todavía persiste no faltando las voces que postulan su supresión⁵⁶. El hecho de que históricamente se haya contado con lugares de retención de las personas acusadas o culpables de la comisión de un delito no implica que su concepción haya sido siempre la misma⁵⁷.

No obstante esta idea, lo cierto es que los sistemas penitenciarios europeos están potenciando desde tiempo atrás, con importantes diferencias entre unos y otros sistemas, el incremento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad antes que optar por la pena de reclusión; una experiencia que está teniendo una valoración general muy positiva. Inglaterra, Francia y Alemania son los países en los que se está haciendo un uso más extenso de esta figura⁵⁸.

En España se está haciendo todavía escaso uso de esta modalidad existiendo una deficiente oferta de plazas por partes de las diferentes administraciones. Con-

⁵⁵ Para un estudio más profundo de este caso, véase, NISTAL BURÓN, F.J., «Las muertes por enfermedad en prisión. Los elementos esenciales definidores de la responsabilidad de la Administración penitenciaria (a propósito de la condena del Comité de Derechos Humanos de la ONU a España por la muerte de un recluso por SIDA)», *La Ley*, 7215, 2009.

⁵⁶ «Prólogo», TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 11.

⁵⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 23.

⁵⁸ Dentro de la amplia bibliografía existente sobre esta cuestión, véase, a título de ejemplo, ALBRECHT, H.J., KALMTHOUT, A. (eds), *Community sanctions and measures in Europe and North America*, Iuscrim, Freiburg, 2002; una breve reseña comparatista en nuestra doctrina puede verse en, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 23-39; también, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005.

templada como pena leve (de uno a treinta días) o menos grave (de treinta a ciento ochenta días) no puede imponerse contra la voluntad del penado, y obliga a su cooperación (no retribuida) en determinadas actividades de utilidad pública⁵⁹. Éstas pueden ser de muy diverso tenor, especialmente las vinculadas con el delito cometido.

En la última década se ha producido un incremento exponencial de las medidas alternativas. Específicas reformas legales que han transformado determinadas faltas en delitos tienen buena parte de culpa. De menos de mil personas condenadas en el año 2000 al cumplimiento de medidas alternativas se pasó a cuarenta mil en 2008⁶⁰, y ochenta mil en 2009⁶¹; la gran mayoría por delitos de tráfico. Porcentualmente, comparando las cifras de personas sometidas a medidas alternativas con las que se encuentran en prisión, no es de las más elevadas de Europa, encabezando la lista los países escandinavos.

Como ha apuntado Mercedes GALLIZO «nuestra gran tarea pendiente es en parte también una tarea pedagógica hacia la sociedad en general y hacia las instituciones en particular, que es el convencimiento de que un sistema penal alternativo es realmente eficaz en la consecución de la paz social, es más sano desde la perspectiva de una ética social y más productivo económicamente mas ello sólo es posible desde la corresponsabilidad de las diferentes administraciones⁶².

Si hablamos de crisis de los sistemas penitenciarios indefectiblemente tenemos que hacer referencia a los medios telemáticos como alternativa a la pena de prisión. Lo que hace años se antojaba pura ciencia ficción (recordemos, a título de ejemplo, aquellos brazaletes de la conocida novela de William F. NOLAN y George CLAYTON JOHNSON, *La Fuga de Logan*) es hoy una realidad consolidada, con múltiples ramificaciones y perspectivas.

Un proceso imparable⁶³, condicionado en buena medida por las propias tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios y asimismo, aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción. La vigilancia telemática, que permite un control a distancia, es la alternativa principal a las penas privativas de libertad; como primera providencia implica un menor coste económico y menor necesidad de personal.

⁵⁹ Código Penal (arts. 33 y 49).

⁶⁰ Véase, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

⁶¹ Los últimos datos de que tenemos noticia (junio de 2009) cifran en 84.326 las personas que están cumpliendo medidas alternativas (cifras dadas a conocer con ocasión de las XVIII Jornadas de los magistrados de Vigilancia Penitenciaria).

⁶² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

⁶³ Como apunta GONZÁLEZ RUS, «La cuestión no es tanto pronunciarse a favor o en contra de la custodia domiciliaria bajo vigilancia electrónica, sino determinar en qué casos y bajo qué garantías individuales debe producirse su incorporación al sistema penal penitenciario», «Control electrónico y sistema penitenciario», *VII Jornadas penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1994, pág. 84.

Junto a ello, y por encima de ello –destacaríamos nosotros–, permite el mantenimiento de los lazos familiares, relaciones sociales y laborales. Con lo que nos encontramos, sin duda, ante «una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad»⁶⁴. De cualquier forma hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a la justicia y eficacia del sistema jurídico⁶⁵ y la salvaguardia de los derechos del penado.

Tres son las variables que determinarán el éxito del sistema, el personal de supervisión, los métodos y las posibilidades⁶⁶.

Fue Reino Unido el primer país europeo en el que se aplicaron medidas telemáticas para presos preventivos (sistema de vigilancia de arrestos domiciliarios) aunque esta experiencia, iniciada a finales de los años ochenta, no fue satisfactoria por lo rudimentario de la tecnología⁶⁷; en la década de los noventa, con la habilitante *Criminal Justice Act*, la situación cambia radicalmente obteniendo resultados positivos⁶⁸.

A partir de este momento diferentes países europeos (los países nórdicos serán casi coetáneos al Reino Unido) continuarán esta estela pretendiendo buscar en la mayor parte de los casos una solución al problema de la sobreocupación carcelaria o utilizarlo, los menos, como instrumento de resocialización; así, Francia, Suecia, Bélgica, Holanda, Escocia, Países Bajos, Portugal, etc.⁶⁹ Dos perspectivas de acercamiento, por tanto, control vs. reinserción.

En el caso de España desde 2001 (con la pobre cobertura del Reglamento Penitenciario⁷⁰) se sigue un programa de vigilancia remota de internos, mediante pulse-

⁶⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática ¿el fin de los muros en las prisiones? Una análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005, p. 47; también, OTERO GONZÁLEZ, M.P., *Control telemático de penados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁶⁵ SARTOR, G., «Inteligencia artificial y Derecho», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, 1995, pp. 197 y ss.

⁶⁶ SCHOEN, B., «Administrative supervision of prison administration», *Monitoring Prison Conditions in Europe*, Paris, 1997, p. 93.

⁶⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 104 y ss.

⁶⁸ POZA CISNEROS y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS resaltan que esta experiencia vino precedida de estudios rigurosos, una adecuada selección y la previsión de programas pilotos, «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», *Revista del Poder Judicial*, n° 65, 2002, p. 262, *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 109 y 110 respectivamente. Desde otra perspectiva PARÉS I GALLES apunta lo primitivo del sistema de pulseras articulado así como sus deficiencias técnicas, «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», *Revista del Poder Judicial*, n° 46, 1997, p. 262.

⁶⁹ Un detallado estudio sobre algunas de estas experiencias puede verse en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., págs. 87 a 130.

⁷⁰ Artículo 86. Salidas del Establecimiento. 4. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de

ras, permitiendo que el penado pueda dormir en su domicilio. La aplicación de este régimen (conforme dispone la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁷¹) encuentra justificación en «la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto», aplicándose los siguientes criterios para valorar su utilización: haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento; la existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Es interesante destacar también que la reforma del Código Penal de hace poco más de un lustro⁷² introdujo como importante novedad la «pena de localización permanente» que al decir de su exposición de motivos pretende dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología, evitándose asimismo los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. Hay que destacar igualmente, desde el plano de la víctima, la importancia de las previsiones del artículo 48 del Código Penal, así como lo que nos puede deparar el anunciado proyecto de ley de libertad vigilada⁷³.

Más allá de que determinados y puntuales sucesos han sembrado la duda en un sector de la opinión pública acerca de su utilidad, lo cierto es que sus ventajas resultan evidentes (de más de siete mil penados que han hecho uso de este instrumento apenas se ha producido un fracaso de un dos por ciento) y han provocado que desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se abogue por la intensificación de su uso, no en vano los proyectos de creación de nuevos centros penitenciarios no parece que puedan resolver el grave problema de masificación existente. Ello teniendo siempre en cuenta que este instrumento tiene que asociarse a los correspondientes y necesarios tratamientos.

modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales. Como apunta POZA CISNEROS, «su legalidad es discutible en cuanto la monitorización implica una restricción a derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de la persona y, por tanto, su regulación debería ser objeto de Ley Orgánica y no de mero Real Decreto», «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», cit., pp. 59 y ss.

⁷¹ Con anterioridad, Instrucción 13/2001 («Aplicación del artículo 86.4 RP»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁷² Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre; Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; Instrucción 13/2005 («Procedimiento de Ejecución de la pena de localización permanente»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁷³ Sobre este proyecto, véase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos», *Revista General de Derecho Penal*, nº 11, 2009.

Puede señalarse por último que en la reunión del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009 se ha aprobado una partida de diecinueve millones de euros para la contratación por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de un servicio de monitorización, seguimiento y vigilancia de presencia o ubicación de internos mediante pulseras, sistemas GPS, etc.

VII. LAS TENDENCIAS PRIVATIZADORAS

El elemento económico no debe dejarse de lado al abordar estas cuestiones como fácilmente puede comprenderse aunque no puede elevarse como criterio guía de la actuación penitenciaria. La propia articulación histórica de las prisiones se encuentra vinculada a esta cuestión, no en vano, en palabras, nuevamente, de BUENO ARÚS, «el origen histórico de la prisión como pena sistemática utilizada responde a la aparición de las sociedades mercantilistas en el marco de los estados renacentistas o prerrenacentistas; la prisión existe cuando hay dineros para edificar prisiones, y no sólo como una exigencia principal de la filosofía ilustrada o de las doctrinas correccionalistas»⁷⁴.

En España en 2005 se aprobó el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios (proyectado hasta 2012) que tendrá un coste de más de mil millones de euros en la presente legislatura⁷⁵ (los presupuestos de este año han recogido un incremento de un seis por ciento en materia penitenciaria). Un proyecto de ampliación de plazas que, no obstante, con las cifras de crecimiento anual que se producen, a largo plazo resultará insuficiente. Hasta el momento ya han sido cuatro los centros penitenciarios finalizados, a lo que habría que unir trece centros de inserción social.

El coste diario de mantenimiento de un recluso, más aún en épocas de crisis, suele ser objeto de intenso debate. Recientemente, los datos publicados, correspondientes al primer trimestre de 2009, por *Corrections Corporation of America*, que gestiona de forma privada, con importantes beneficios, más de sesenta centros penitenciarios en Estados Unidos, han llevado a la comparación de ese modelo con el modelo o modelos europeos. La comparación, no obstante, se ha hecho en términos meramente económicos, coste de un recluso en una prisión vs. coste de un recluso en otro; una cifra desnuda que no abunda en ninguna otra cuestión: programas de tratamiento, condiciones de vida, alimentación, higiene, salud, etc.⁷⁶ No parece que

⁷⁴ «Prólogo», TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 13.

⁷⁵ Los nuevos centros se ubicarán en Andalucía, Castilla y León, Ceuta, Islas Canarias, Murcia, Navarra, Valencia y País Vasco.

⁷⁶ Como muestra, un botón: el mismo mes en el que se ha publicado esta «cuenta de resultados» una Comisión Federal sobre Violaciones en las prisiones estadounidenses ha dado a conocer que más de sesenta mil reclusos son violados cada año.

éste sea un adecuado elemento comparativo, cuando menos desde los patrones de la reinserción y la protección de los derechos fundamentales.

Las Reglas Penitenciarias Europeas no son ajenas al debate sobre la introducción del sector privado en el ámbito penitenciario y señalan así (Regla 88) que «En aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas, en dichos establecimientos deben de aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas».

En muchos países esta tendencia es ya una realidad y comienza a debatirse en otros tantos su adopción, sobre la perspectiva de la eficiencia económica⁷⁷.

Este mismo mes en España (donde el debate va por otros lados) un artículo de prensa apuntaba las ventajas de la externalización de estas cuestiones, poniendo como ejemplo los datos publicados este año por *Corrections Corporation of America*, *supra* citado⁷⁸. Como ya apuntamos, no creemos que nos encontremos ante un buen elemento comparativo adecuado, salvo que dejamos de lado la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social⁷⁹. Como se ha señalado, en una idea que compartimos, «la privatización implica un pasaje hacia un sistema de control más impersonal y automatizado, en el cual los niveles de persona se reducen al máximo, a fin de maximizar beneficios. Existe poco interés intrínseco en las organizaciones privadas por suministrar a los internos programas constructivos y beneficiosos. Los contratistas privados no tienen mucho interés en reducir los niveles de reincidencia, por el contrario, es más probable que ellos se beneficien del reciclaje de prisioneros»⁸⁰. Junto a ello, un peligro: la eventual modificación de las leyes penales para favorecer la privación de libertad a la «busca» del negocio; en palabras de SANZ DELGADO «El negocio estaba hecho. Y eso ha sido así en los Estados Unidos de América y en otros ordenamientos afines»⁸¹.

Compartimos así las reflexiones plasmadas en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea de 1998 que apuntaba que resulta «extremadamente peligroso y totalmente contrario a las costumbres europeas que el Estado deje de interesarse por la suerte de sus presos y subcontrate la

⁷⁷ MATTHEWS, R., *Privatizing criminal justice*, Sage, London, 1987; VAGG, J., *Prison Systems*, Clarendon Press, Oxford, 1994, en nuestra doctrina, ofreciéndose un estudio histórico y comparatista de la participación privada en el ámbito penitenciario, véase, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000.

⁷⁸ «Mantener un preso en España es un 46% más caro que en EEUU», *Libertad Digital*, 26 de junio de 2009.

⁷⁹ Sobre las consecuencias de la privatización en las condiciones de las prisiones véase, LUKEMEYER, A., MC CORKLE, R.C., «Privatization of prisons», *The American Review of Public Administration*, vol. 36.2, 2006, págs. 189 y ss.

⁸⁰ MATTHEWS, cit. en RIVERA BEIRAS, J. (coord.), *Política criminal y sistema penal*, Anthropos, 2005. Véase, también, DEL ROSAL BLASCO, B., «La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm 12, 1998 (número extraordinario).

⁸¹ SANZ DELGADO, E., «Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario», *La El rapto de Europa*, 2007, pp. 31 y ss.

administración de sus centros penitenciarios a empresas cuyos intereses no coinciden exactamente con los intereses de toda la sociedad. Evidentemente no se trata de criticar la subcontratación, mediante licitación, para el suministro de servicios como las comidas, el lavado y el planchado, el mantenimiento de los locales, etc. Pero, la ejecución de las largas penas previstas por la ley no debe ponerse en manos de empresarios que suministran un servicio con el fin de obtener beneficios. Las leyes generales del mercado tienen sus límites en ámbitos que se refieren a la cohesión social de un país, a lo que ésta tiene de verdaderamente fundamental. Digámoslo claramente, *there are things that money can't buy*»⁸².

VIII. A MODO DE APUNTE FINAL

La situación de los diferentes sistemas penitenciarios europeos es todavía deficiente. Masificación, falta de medios materiales y personales, conflictividad, etc. Esta situación resulta común a la totalidad de los sistemas, por más que existen notables diferencias entre unos y otros especialmente significativas en el caso de algunos de los países incorporados a la Unión en los últimos años.

Por citar algún ejemplo de nuestros países cercanos, que no son en todo caso los que peor situación reflejan, cabe destacar que tiempo atrás el Senado francés elaboró un informe sobre sus centros penitenciarios. El título no puede resultar más ilustrativo: las prisiones, una humillación para la República⁸³. Varias fueron las propuestas articuladas en dicho informe: luchar contra la masificación penitenciaria, rehabilitar y mejorar las instalaciones penitenciarias, favorecer el trabajo penitenciario con la reinserción del recluso como norte, etc. En la actualidad la situación sigue siendo muy deficitaria⁸⁴ y de hecho este mismo mes se ha puesto de manifiesto con el bloqueo auspiciado (concretado en retrasos en los traslados de detenidos, excarcelaciones...) por los principales sindicatos penitenciarios franceses. Un informe elaborado recientemente por el Observatorio Internacional de Prisiones ha destacado problemas de hacinamiento, violencia, degradación de las condiciones sanitarias así como un permanente aumento del número de suicidios. Portugal tampoco ha salido bien parado en un reciente informe elaborado este año por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa: denuncias de malos tratos a los internos, connivencia de funcionarios en el tráfico de drogas, etc. Un informe que también recoge un dato terrible y nos pone de manifiesto el carácter «desocializador» de sus centros penitenciarios: un elevado porcentaje de los reclusos drogodependientes no lo eran antes de su entrada en los mismos.

⁸² Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

⁸³ Prisons: une humiliation pour la République (*Rapport* n° 449 –1999-2000–).

⁸⁴ Véase, «Les prisons francaises parmi les pires d'Europe?», *L'humanité*, 11 de junio de 2009.

El sistema penitenciario español no es ajeno a esta crítica. No obstante lo cierto es que puede afirmarse sin dificultad que nuestro país se encuentra sin duda en el pelotón de cabeza, siendo un claro referente en multitud de cuestiones, infraestructuras, seguridad, programas de tratamiento, actividades, etc. No obstante esto, aquí conviene ver el vaso medio vacío para poder seguir avanzando en todas las cuestiones pendientes, que son muchas, pudiendo citarse entre ellas, en nuestro caso concreto, la salud mental penitenciaria⁸⁵.

Para terminar, hacer nuestras las palabras de TÉLLEZ AGUILERA y GARCÍA ARÁN cuando afirman, respectivamente, que el mejor sistema penitenciario no es el que potencia más sus aspectos represivos sino el que, sin dar la espalda a éstos, los regula haciéndolos compatibles con los derechos de los internos⁸⁶ y que no existe un buen sistema de ejecución penal sin buen sistema de penas; cualquier buena intención o propuesta de mejora del entorno penitenciario tiene los días contados si el sistema penal en su conjunto sigue optando por la cárcel como la principal respuesta frente al delito, si se deja dominar por la siempre irracional reivindicación de la retribución y el castigo⁸⁷.

RESUMEN: Se abordan en este trabajo algunos de los problemas comunes a los sistemas penitenciarios europeos que tienen sin duda en la masificación uno de sus principales caballos de batalla. El constante aumento del número de reclusos, unido a deficientes infraestructuras, así como otros factores, como el elevado número de internos con patologías mentales o el importante porcentaje de reclusos extranjeros, determina que las prisiones no permitan en modo alguno uno de sus objetivos: la reinserción de los internos, pudiendo aspirarse todo lo más, como señala la doctrina de forma reiterada, a que, cuando menos, no desocialicen.

PALABRAS CLAVE: Prisión. Exclusión social. Masificación. Salud Mental. Alternativas a la prisión.

⁸⁵ Las conclusiones de la II Conferencia Temática Mundial de Psiquiatría Legal y Forense han destacado las serias deficiencias en materia de salud mental penitenciaria en nuestro país destacándose la labor desarrollada en otros como Bélgica, Canadá o Reino Unido.

⁸⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., «Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n° 1818, 1998, p. 19.

⁸⁷ GARCÍA ARÁN, M., «La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo», *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 30, 2006, p. 6.

ABSTRACT: This work deals with widespread penitentiary issues in European prisons, leaded by the overcrowding of prisons. The ongoing increase of the number of inmates, the deficient infrastructures, the high number of inmates with mental illnesses, and/or the elevated percentage of foreign inmates determine that the prison system is not capable to accomplish one of its more important goals: the prisoners' rehabilitation. In that situation, the only expected, positive and plausible goal would be at least not to increase prisoners' desocialization, a common consequence of incarceration pointed out in most of the prison literature.

KEY WORDS: Prison. Social exclusion. Overcrowding. Mental health. Alternatives to the prison.

LA UNIÓN EUROPEA: ¿UN SISTEMA POLÍTICO EXPORTABLE?

ALFREDO ALLUÉ BUIZA
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Introducción. II. Proceso constituyente. La legitimación democrática en su origen. III. Instituciones representativas. IV. El equilibrio e interrelación de poderes en la adopción de normas comunitarias. V. Derechos fundamentales y defensa de la democracia. VI. División horizontal de poderes. El papel de las regiones en el proceso de construcción europea. VII. El sistema de garantías. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva democrática, un sistema político ha de identificarse necesariamente con un sistema político constitucionalizado. Desde esta premisa no es aceptable la tesis de Karl SCHMITT por la cual una Constitución es un mero documento que determina normas, procesos y poderes en el Estado, sea cual sea el tipo de Estado al que nos estamos refiriendo. De este modo, identificaríamos Estado de Derecho y Estado «con» Derecho, siendo imposible discernir un régimen democrático de otro que no lo sea o adolezca sustancialmente del valor de la libertad.

Por el contrario, el sistema político constitucionalizado juridifica el principio democrático, ya que la democracia es una categoría jurídica y no sólo opera como concepto político o como un mero programa político orientativo por muy relevante que éste sea. Por lo tanto, para que un sistema político esté constitucionalizado debe de estar indefectiblemente dotado de:

- Una legitimación democrática, es decir que se haya manifestado previamente y sin limitación alguna el pueblo soberano como poder constituyente a través de un proceso constituyente.
- Que las Instituciones que se conformen sean representativas.

– Que estén garantizados los derechos; en definitiva el derecho de resistencia de los ciudadanos. Recordando el paradigmático art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se hace necesario configurar límites del poder del Estado en el seno de la sociedad políticamente organizada.

– Igualmente, la garantía de límites entre los propios poderes, a través de una división horizontal de poderes, desde la perspectiva del equilibrio y la interrelación entre ellos. Insistimos en la idea de límite del poder político como elemento nuclear de la democracia. De ahí que se haga necesario establecer un orden de distribución competencial. Posiblemente (aunque no es un presupuesto obligado para la configuración jurídica de la democracia), y con todas las reservas, se haga necesario una distribución vertical de los poderes a través de la descentralización política, mediante la regionalización o la federalización en sus múltiples variantes.

– Articulación de un sistema de normas jurídicas sobre la base del reconocimiento del «rule of law», que se derivan de la Constitución como norma suprema y suprallegal.

– Un sistema de garantías esencialmente jurisdiccionales.

Pues bien, estos presupuestos que no descubren nada, pues son indubitadamente reconocidos por el constitucionalismo contemporáneo, y aproximándonos a ellos, podremos valorar si la Unión Europea expresa un sistema político constitucionalizado. En definitiva, si estamos ante un sistema político democrático o existe un acusado «déficit», donde la tan manida, y un tanto falsa tesis del Profesor PESCATORE (mito o leyenda urbana que nos cautivó en su día doctrinalmente a todos, sin apenas excepciones) simplemente expresa un cúmulo de imperfecciones (que no significa que hablemos de «democracias imperfectas», pues desgraciadamente es otra cosa) todavía no superadas en los casi sesenta años de este proceso de integración comunitaria. Simplemente, insistimos, son imperfecciones, como las que pueda tener cualquiera de los Estados constitucionalizados, en sus diferentes variantes, adheridos a la Unión Europea.

Remontándonos a la fundación de las Comunidades Europeas, el punto de partida, como todos saben, era la de una Europa empobrecida y mutilada geográficamente. La tesis de determinados asesores del Presidente TRUMAN de reducir a Alemania a ser un país subalterno cultural y económicamente, «regando sus campos con sal», en una reedición por elevación de las leoninas cláusulas de Versalles, afortunadamente, no prosperó. La forma de evitar la consolidación de la autarquía económica y la emergencia otra vez del nacionalismo político, sobre todo en Alemania, se realiza a través de dos hitos fundamentales: la activación del Plan Marshall, en las antípodas de la estrategia de la subalternidad para los vencidos y la Declaración del católico lorenés Robert SCHUMAN, realizada en el salón de l'Orloge del Quai d'Orsay, el 9 de mayo de 1950.

Esta Declaración de SCHUMAN (que junto con otros católicos como ADENAUER, MONNET y ALCIDE DE GASPERI representan a los «padres» de la Integración Europea) adolece a primera vista de cierto monocromatismo: una Unión de la producción del carbón y del acero franco-alemán. Declaración sin ninguna épica y muy poco utópica, pero desde nuestro punto de vista su monocromatismo es la mejor arma arro-

jadiza contra el verdadero monocromatismo de Auschwitz. Su contenido, como afirma el Embajador BASSOLS, era «un salto a lo desconocido», pero la idea de crear un diminuto mercado común de solo dos productos encerraba una idea conmovedora a cinco años de la finalización de la Guerra: que la solidaridad de producción pondría de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania sería impensable e improbable.

La Declaración Schuman encierra en su contenido toda una pedagogía de europeísmo que se hace necesaria no solo en los años cincuenta sino en todas las décadas de la Integración. Pedagogía que se confronta con las voces que hablan a la ligera de la «Europa de los mercaderes» y que permite profundizar en el sentido profundamente democrático de la Integración, como no podía ser menos desde ese cristianismo social de los padres fundadores de las Comunidades Europeas.

Dice la Declaración: Europa no se hará de golpe, se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho. La reunión de las naciones europeas exige eliminar la oposición secular de Francia y Alemania. La acción emprendida debe corresponder, en primer término a estos dos países». De este modo, se generó, como diría MONNET (el cual en sus últimos días manifestó que no iniciaría una Integración a través de la economía sino a través de la cultura) con la creación de la CECA (hoy ya desaparecida) un paso técnico, dentro de una estrategia de pequeños pasos, llamada también estrategia «funcionalista». Sin embargo, sus novedosos procedimientos de actuación, bajo intereses comunes, originaron una revolución silenciosa en las mentalidades humanas, relativizando el concepto secular de la soberanía a favor del principio de la competencia.

MONNET, que nunca renunció a la política de «pequeños pasos», logró, como se ha dicho, «persuadir a los hombres de negocios, funcionarios, políticos y sindicalistas de que una aproximación de esta envergadura a los problemas políticos y económicos podía funcionar, y que las ventajas políticas y económicas de esta Unión eran inmensas en relación con el mantenimiento de una situación de división y, una vez convencidos, pasarían a estar preparados para seguir avanzando». Como afirman Enrique LINDE y Pilar MELLADO, el pragmatismo «será desde entonces uno de los caracteres que servirán para identificar el proceso de construcción europea. La CECA era un pequeño, pero firme paso para la construcción de la casa europea con pequeños pero sólidos cimientos».

Todos los claroscuros de la fundación de las comunidades Europeas y su lento proceso de evolución (silla vacía de Francia, fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, los obstáculos puestos en el camino por la izquierda comunista francesa de THOREZ, el nacionalismo de DE GAULLE, la resistencia de Gran Bretaña a la integración, etc.) han sido meros obstáculos coyunturales que no han impedido que podamos hablar en la actualidad (más allá del proyecto constitucional fallido, de la eficacia prolongada en el tiempo del Tratado de Niza o las incertidumbres del Tratado de Lisboa para su entrada en vigor) de una Unión Europea en fase de constitucionalización. Analizando los parámetros anteriormente señalados uno por uno podremos aproximarnos a esta idea.

II. PROCESO CONSTITUYENTE. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA EN SU ORIGEN

Las grandes y sustanciales reformas de los Tratados de París y Roma han sido realizadas desde el período que abarca el Acta Única Europea, que entró en vigor en 1987) hasta el Tratado de Lisboa, actualmente en fase de ratificación. Frente a las anteriores modificaciones del Derecho originario (esencialmente el Tratado de Fusión de Ejecutivos de 1965) éstas se han realizado (si bien desde la perspectiva de la legitimación intergubernamental) sobre la base de consolidar el Derecho originario como un ordenamiento constitucional europeo.

Puede parecer extraño que un constitucionalista confunda Tratados Internacionales con Constituciones. Pero si huimos del nominalismo vemos que ha habido paradigmas constitucionales con procesos constituyentes dotados de un fuerte componente jurídico-internacional. Así, el Congreso de Filadelfia generó una Declaración jurídico-internacional en 1776 que permitió la emergencia de constituciones en las colonias y, posteriormente, la Constitución Federal. Igualmente, con la Ley Fundamental de Bonn su proceso constituyente se conforma sobre un país devastado, con una dificultad de generar un acuerdo constituyente sólido, en todo caso tutelado por las potencias occidentales ocupantes cuyas relaciones se regían por el Derecho internacional, aunque, es verdad, que en los Länder el pueblo alemán ratificó el proyecto (Baviera votó en contra).

Sea Constitución, Tratado o Tratado Constitucional, el instrumento normativo originario del que se dote la Unión Europea, estamos ante un proceso constituyente continuado, con una emergencia de poderes constituyentes «*sui generis*» que son más claros en el caso de las Convenciones para la elaboración de la Carta de Derechos o del Proyecto de Constitución Europea; o larvados, con sus propias especificidades, en los procesos de ratificación de los Tratados, no sólo de reforma, sino también de adhesión (que en definitiva son también de reforma) como pueden ser a título de ejemplo los *refrenda* en Dinamarca e Irlanda en diferentes períodos históricos, la negación por dos veces del Pueblo Noruego a ratificar el Tratado de Adhesión firmado por sus gobernantes, también, por muy modesto que sea el objeto, el Referéndum de Groelandia para abandonar las Comunidades Europeas. Del mismo modo, las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal Alemán, como puede ser la última referida a la necesidad de acometer innovaciones legislativas para adecuarse al Tratado de Lisboa), las Declaraciones del Consejo Constitucional Francés ante las primeras elecciones al Parlamento Europeo, o las de nuestro Tribunal Constitucional (Declaración del Tratado de Maastricht y su adecuación al art. 13 de nuestra Constitución y la Declaración del Proyecto de Constitución Europea en cuanto afectaba al art. 9 de la Constitución Española).

Además, en los procesos tradicionales de reforma de los Tratados se ha ido, de alguna manera, mutando su carácter intergubernamental por una participación activa en la decisión de reforma del Parlamento Europeo. Esta Institución ya había manifestado un «*indirizzo político*» constituyente, en una suerte de aporía, en una serie de proyectos constitucionales, como fue el Proyecto de Tratado inspirado por

Altiero SPINELLI en 1984 o el Proyecto de Constitución Europea de COLOMBO a principios de los años noventa. Ambos Proyectos planteaban una Europa constitucionalizada a dos velocidades, permitiendo a los Estados integracionistas avanzar aún más en dicho proceso y racionalizaban «constitucionalmente» los Tratados a través de pocas normas y ordenadas de manera sistemática.

Sin duda, como hemos dicho, la estrategia constituyente de la Eurocámara, legitimada a raíz de su primera elección directa en 1979, suponía un callejón sin salida en tanto en cuanto los Tratados no establecían cláusulas de reforma donde el Parlamento Europeo pudiera gozar de la iniciativa de reforma. Sin embargo, estos Proyectos inspiran las sucesivas reformas de los Tratados y además sirven para que en un futuro se pueda reconocer al Parlamento europeo su participación activa en la reforma del Derecho Constitutivo comunitario.

De este modo, creemos que, con sus avances y retrocesos, la Unión Europea está legitimada democráticamente desde la perspectiva de generación de un poder constituyente, al margen de que, por supuesto, entendamos, como hemos apuntado, el sistema de Convención como el instrumento privilegiado. Y no creemos, como piensa Mathie PETIHOME, que proponer constituciones europeas o tratados reformados signifique que si no hay un proceso claro de constitucionalización desde la óptica de los parámetros tradicionales de las constituciones liberales (soberanía popular, transferencia de la soberanía de los pueblos de Europa a un supuesto pueblo europeo, convención elegida democráticamente y no meramente nominada, ratificación popular posterior de sus trabajos) lo que se produce es una tendencia de despolitización del proceso político europeo.

Baste para refutar esta imaginativa y muy bien construida, pero un tanto errática teoría política, el análisis de nuestro proceso constituyente (aunque bien es verdad que el proceso conducente a la aprobación de la Constitución Europea en España dejó mucho que desear), ya que en 1977-78 no hubo formalización de una Asamblea constituyente y, sin embargo, fue un proceso muy politizado, al igual que en la Segunda República Española no hubo ratificación refrendataria y el proceso estaba totalmente politizado. Igualmente, se hace necesario observar la intensa politización con que se vivió el proceso de aprobación de la Constitución Europea en Francia que supuso algo tan extravagante como la ruptura coyuntural del Partido Socialista Francés, o en Holanda, con los problemas planteados con el entendimiento perverso del multiculturalismo en los casos Pim Fortuim, Van Gogh o Hirsi Ali. Igualmente Chequia, donde existe un fuerte componente antieuropeísta en la opinión pública o el no menos paradigmático de Irlanda.

Creo que es una tesis un tanto reduccionista entender que «despolitización» es la tendencia a tomar decisiones que no han sido el resultado de una competición política entre distintas alternativas ideológicas. Sustentar la tesis de la despolitización en la confrontación diárquica entre izquierda y derecha parece ignorar un nuevo fenómeno político cual es la generación intensa (muy por encima del arco pluralista de los Estados que conforman la Unión Europea) de ideologías transversales con una implantación parlamentaria en el ámbito europeo.

3. INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS

El Parlamento Europeo es una Institución comunitaria que expresa una elección democrática de primer grado, representa a más de 500 millones de ciudadanos, agotando ya seis legislaturas. Distribuye sus escaños a través de un sistema de proporcionalidad regresiva (art. 99.5 del Tratado, con el inconveniente de no disponer de un procedimiento electoral uniforme (mandato que ya existía en el viejo art. 138 del Tratado de Roma) y, ni siquiera goza, como reconoce el actualmente en vigor Tratado de Niza, unos mínimos procedimentales comunes. Esta situación se ha atenuado con la reforma del Acta de 1976 en el año 2002 estableciéndose la prohibición del doble mandato y reconociéndose, como decimos, el sistema proporcional, pero con múltiples variaciones en cada Estado; sin que se atisbe la posibilidad del establecimiento progresivo por legislaturas a efectos porcentuales de la lista única transnacional en todo el territorio europeo.

Las elecciones al Parlamento Europeo tienen el handicap de un elevado índice de abstención, pues sus campañas electorales hacen que dichos procesos se conviertan en unas «elecciones nacionales de rango secundario» (siendo un ejemplo negativo las últimas elecciones en España donde el debate político ha alcanzado mínimos históricos por la pobreza intelectual de nuestra clase política, empeñada en debatir «a cara de perro») con una ausencia total de pedagogía en la explicación a los electores del proceso político de integración y de la importancia del Parlamento Europeo en el proceso de integración. Así, la participación, que en 1979 fue de un 63%, y se dijo entonces que estábamos en un «ejercicio de aprendizaje», ha supuesto con el paso del tiempo todo lo contrario. Viendo el caso español, en 1987 fue del 69% siendo aquéllas unas elecciones «en solitario», es decir no vinieron acompañadas de elecciones en el ámbito europeo ni de otras elecciones autonómicas, municipales o generales. Se inicia una fase descendente que se inaugura en 1999, con un 49,8%, 2004 con un 45,6% y 2009, con un 44%. Destacando Polonia, Chequia y Eslovaquia, entre un 28% y 38% (la gran esperanza estaba en los países del Este supuestamente entusiasmados con el advenimiento de la democracia, manteniéndose nuestro país en la media europea en un 46%. De este modo sólo hay mayor participación si hay coincidencia con procesos electorales nacionales o en Estados donde se «criminaliza» la abstención, como es el caso de Bélgica.

Sin embargo, se ha avanzado mucho en la legitimación parlamentario-partidista de la otra Institución de naturaleza comunitaria, como es la Comisión Europea. La exigencia consuetudinaria, que ya recoge el Tratado de Lisboa y que se tipificaba en el Proyecto de Constitución Europea de que el Presidente de la Comisión exprese la ideología de la Cámara recientemente elegida, significa un gran paso en el proceso de politización.

Además, la investidura de la Comisión supera con mucho la legitimación parlamentaria de los procesos de investidura nacionales, como puede ser la establecida en nuestro art. 99 de la Constitución, pues el Parlamento Europeo no sólo coparticipa en la elección del Presidente de la Comisión, sino que es una Institución determinante en la elección-examen de los Comisarios designados por el entramado in-

tergubernamental (caso Buttiglione), con un control-legitimación muy superior al de los regímenes del parlamentarismo racionalizado, donde la relación entre Presidente o Primer Ministro investido y los Ministros es meramente fiduciaria.

Es verdad que la Unión Europea, por el contrario, tiene en su haber un cúmulo de «Instituciones no mayoritarias», en la novedosa acepción acuñada por PETITHOMME. Aunque nos preocupa más la existencia de órganos auxiliares de legitimación de segundo o tercer grado desde la perspectiva de la democracia, como puede ser el Comité de las Regiones, o de legitimación corporativa como es el Comité Económico y Social. Sin embargo creo exagerado pensar que las llamadas «instituciones no mayoritarias» despolitizan las políticas europeas al ser órganos formados por miembros nominados y no elegidos con un alto nivel de autonomía y que determinan la despolitización de aspectos esenciales para la Integración como es la política monetaria, al adoptarse decisiones altamente trascendentes por Instituciones «remotas» como es el caso del Banco Central Europeo o el Tribunal de Justicia (que siendo ésta última Institución más o menos «remota» para la opinión pública es el mecanismo esencial de cierre del sistema propio de un sistema constitucional, además de que su jurisprudencia ha sido muy expansiva a favor del principio democrático en la Unión Europea y, a mayor abundamiento, el Tratado de Lisboa establece, si bien mínimamente, una participación del parlamento Europeo en su nominación). Hemos de decir que ésta es una cuestión que se residencia también en el ámbito nacional. Los Estados han tenido Instituciones «no mayoritarias» con un gran poder de decisión como, por ejemplo en nuestro caso, el Banco de España.

No obstante, estamos de acuerdo en que hay órganos «no mayoritarios» ejecutores de las políticas comunitarias cuya actividad puede justificar la tesis del «déficit democrático». Nos referimos a la llamada «Comitología» que se deriva de la posibilidad de que el Consejo delegue sus competencias de ejecución a favor de la Comisión, tal y como se reconoce en el Tratado, pudiéndose establecer Comités formados por tecnocracias auxiliares de los propios Estados (consultivos, de gestión o reglamentación) que ejercen un control intergubernamental de alta intensidad (sobre todo los de reglamentación) sobre la Institución Comunitaria.

Pero ha habido avances en el control parlamentario más allá de estas tecnocracias intergubernamentales. La COSAC, los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo e incluso comisiones parlamentarias o específicas en asuntos europeos de parlamentos territoriales han tomado posiciones a favor de un control democrático de la actividad de la «Comitología» o, por lo menos que estas Instituciones puedan estar informadas de su actividad.

Pero a lo mejor es bueno, y entiéndase como una mera reflexión, rozando la «*boutade*», visto el deterioro de la clase política, no sólo española, sino también europea, que sea legítimo defender una dimensión técnica o burocrática del proceso de Integración, que en definitiva aparte algo a los políticos (ungidos por el «sacramento» de la representación) de la capacidad de terciar en los problemas y en buscar soluciones.

Como dice Carlos TAIBO, los políticos toman decisiones a corto plazo mediatizados por los requerimientos electorales (y de la amenaza diaria de la primera pági-

na de los grandes rotativos, apuntamos nosotros); mientras que transferir el poder político a expertos comunitarios no sería tan dramático, ya que contrariamente, como dice TAIBO, «favorecería la coherencia temporal de las políticas públicas y prevendría la segmentación y la suma de medidas potencialmente contradictorias».

IV. EL EQUILIBRIO E INTERRELACIÓN DE PODERES EN LA ADOPCIÓN DE NORMAS COMUNITARIAS

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el proceso de decisión comunitario residía, en última instancia, en el Consejo, Institución de legitimación intergubernamental. Pero desde los años setenta, el Parlamento Europeo originó mutaciones «constitucionales» de envergadura. Las mutaciones, quiebras o trastornos constitucionales, en poco o en nada se compadecen con la idea constitucional, pues suponen una desactivación de determinadas normas del derecho originario por la fuerza de procedimientos consuetudinarios o por meras reformas del derecho derivado o de normas sobre la producción normativa, como es el Reglamento del Parlamento Europeo. Así, la Eurocámara, que hasta entonces era una Institución meramente consultiva, procedió a reformar su Reglamento interno, apoyándose en una jurisprudencia favorable del TJCE (Asuntos «Chemiefarma» e «Isoglucosa»), en la idea de evolucionar hasta convertirse en una autoridad colegisladora.

Más allá del reproche jurídico, esta mutación tenía un cierto sustrato jurídico, pues se apoyaba en los procedimientos de concertación para la adopción de disposiciones presupuestarias puestos en práctica en los años setenta, significando éstos un sistema de acuerdos «*ad extra*» del procedimiento, dilatando el mismo con el fin de alcanzar un consenso, mediante las relecturas y conciliaciones que fueran necesarias. Este sistema de concertación se lo apropia para sí el Parlamento Europeo, mediante la reforma reglamentaria de 1981, institucionalizando la llamada «reconsulta» parlamentaria.

Lo más importante no es que se diera mayor importancia al Parlamento en el procedimiento consultivo, sino que, aunque parezca paradójico, la mutación deriva indefectiblemente en una reforma del Derecho originario, al ser una técnica, si bien reglamentaria, que inspira las grandes reformas de los Tratados a partir del Acta Única (Procedimiento de Cooperación) y, sobre todo que se refleja en Maastricht en el Procedimiento de Codecisión (futuro Procedimiento legislativo ordinario) que confiere al Parlamento Europeo la categoría de Institución colegisladora.

La institucionalización de un Comité de Conciliación en la última fase del proceso legislativo entre el Parlamento Europeo y el Consejo nos recuerda a las viejas técnicas de concertación puestas en marcha en décadas anteriores. Significando un avance en la consideración de que un Parlamento debe de legislar, el problema se plantea en la determinación de la base jurídica como vía de escape del Consejo para evitar la acción colegisladora del Parlamento Europeo. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha sido muy rigurosa, evitando cambios injustificados de ba-

ses jurídicas que permitan al Consejo sustraer ámbitos materiales de la codecisión parlamentaria.

Se ha criticado este procedimiento por su farragosidad, y puede ser cierto; pero hay que tener en cuenta que cuanto más complejo es un procedimiento legislativo en mayor medida se garantiza el control parlamentario, pues pensamos que el verdadero control (al margen de los controles «fetichistas» como las preguntas parlamentarias) de una Asamblea consiste en enmendar o rechazar la dirección política del ejecutivo, que se traduce jurídicamente en Proyectos de Ley, y, en el caso comunitario, en las iniciativas de la Comisión o en las posiciones comunes del Consejo.

V. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

La primera pregunta que nos debemos de hacer es por qué es necesario conformar una Carta de Derechos en la Unión Europea, existiendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos al que están indefectiblemente adheridos todos los Estados miembros de la Unión. Se ha dicho que es conveniente una visualización de los derechos, siendo un anacronismo seguir manteniendo que el Derecho Originario encierra unos supuestos principios materiales no escritos. Además parece conveniente actualizar derechos «envejecidos» en el Convenio y en las propias Constituciones de los Estados miembros, como pueden ser los derechos del menor, personas mayores, conciliación de la vida familiar y vida profesional, derecho a una buena administración o el derecho de acceso a los documentos.

Otra ventaja que se deriva de la formalización de los derechos es asumir el riquísimo acervo jurisprudencial del TEDH, mediante mecanismos de articulación TEDH-TJCE. Se hace necesaria por lo tanto la previa adhesión de la Unión Europea al Convenio como tal organización a fin de superar las posibles divergencias en las regulaciones de derechos en la búsqueda al menos de un «efecto equivalente» que impida, como así ha sido, reticencias en los Tribunales Constitucionales y en los propios Tribunales de la Unión y del Consejo de Europa. La Carta es un elemento nuclear para la construcción de la ciudadanía europea.

Además hacer una Carta de Derechos que se incluya formalmente en el Derecho Originario, como ocurrirá con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la convierte en parámetro interpretativo de las instancias jurisdiccionales nacionales. Así, la LO 2/2008 española que es el instrumento de ratificación de la adhesión reproduce la Carta de Derechos de la Unión Europea.

En lo que concierne al principio de defensa de la democracia, la Unión Europea parece apostar muy seriamente por construir un sistema de «democracia militante» o democracia resistente, que, por necesidades sociales imperiosas, y con las debidas garantías atendiendo al principio de proporcionalidad caso por caso, se puedan negar los beneficios de la libertad a quienes pretenden destruirla. Tal es el sentido de la cláusula de «abuso del derecho» del artículo 54 de la Carta que es una reproducción literal del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A nuestro entender, los ámbitos de protección para conformar una democracia en la Unión que se resista a ser destruida, son los siguientes: la defensa del europeísmo como significado de la confianza en occidente y sus valores. La resistencia a los procesos de indigenización y al relativismo multiculturalista, evitando una Europa sin raíces. El reconocimiento, lógicamente, de la igualdad, pero también de la alteridad, en el sentido de que nuestro sistema democrático es esencialmente superior, más allá de los inconvenientes que pueda tener. Esto conlleva la necesidad de evitar visiones hemipléjicas de los totalitarismos que a lo más, sólo conducen a su banalización.

En este último aspecto, en la Unión Europea se han dado algunos pasos importantes (acompañados por desgracia de posiciones timoratas como el caso de las caricaturas danesas sobre Mahoma y otras posiciones condescendientes con el islamismo) como ha sido el debate acerca de la negación a LE PEN de la Presidencia de edad del Parlamento Europeo por su posición negacionista del Holocausto o la regulación jurídica en el Derecho originario de la posibilidad de sanciones por posicionamientos antidemocráticos de los Estados miembros, o la contención del pluralismo a través de un control material de los programas de los partidos políticos a escala europea reconocidos en el art. 191 del Tratado de Niza, a los efectos de su financiación.

Este último aspecto es relevante, pues más allá de los medios y las actividades delictivas de ideologías totalitarias, sí se pueden perseguir dichas ideas si no contribuyen a la formación de una conciencia europea o no defienden en sus programas y estatutos los valores democráticos o los derechos humanos. Es decir, en lo que concierne a la financiación sí puede haber una discriminación que afecte a la extensión del pluralismo mediante un control finalista de las formaciones políticas de ámbito europeo. Este criterio va mucho más allá de la asentada Jurisprudencia del TEDH que arranca con las sentencias del «Partido de la Prosperidad» turco y desemboca en las recientes sentencias de dicho Tribunal de 30 de junio de 2009, casos Batasuna y organizaciones sucesoras fraudulentas, que, por imperativos de defensa de la democracia se puede reconocer que no se vulnera el art. 11 del Convenio (Derecho de asociación) cuando se ilegalice formaciones políticas de carácter liberticida.

VI. DIVISIÓN HORIZONTAL DE PODERES. EL PAPEL DE LAS REGIONES EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA

No es imprescindible, como hemos dicho, en principio, la necesidad de la descentralización para que un sistema político se configure como democrático. En el caso europeo no nos referimos a la regionalización de las políticas comunitarias dentro de la llamada Cohesión Económico y Social, que reconoce, lógicamente, el hecho regional europeo, sino que hacemos en este caso referencia a si es imperiosamente necesario configurar jurídica e institucionalmente a la Unión Europea sobre el hecho regional.

En este sentido oponemos ciertas resistencias: en primer lugar, el Comité de las Regiones es un mero órgano consultivo que puede derivar a medio plazo en una Institución y con una potestad colegisladora. En segundo lugar, el peligro de una ampliación de dicho Comité a los Parlamentos de regiones con competencias legislativas, generándose una especie de bicameralismo regional, lo que significaría una ampliación orgánica e institucional que, como la levadura, hincharía de cargos públicos representativos el entramado institucional de la Unión. Además, la irrupción de los parlamentos regionales (como ardientemente desean la CALRE o la NOR-PEC) en el concierto institucional traería graves distorsiones cuando todavía no se ha consolidado el control del principio de subsidiariedad por los Parlamentos nacionales (alertas rápidas, etc.).

Finalmente, vemos con extremadas cautelas la formación autónoma del hecho europeo en las Cartes regionales y en los Estatutos de Autonomía, que las más de las veces, son susceptibles de subvertir el más elemental sistema de relaciones entre fuentes, no solo en el ámbito nacional sino en el propio derecho comunitario (circunscripciones regionales para las elecciones al Parlamento europeo, acceso al TJCE como sujetos legitimados, generación de oficinas de representación o delegaciones permanentes, etc.).

En todo caso, si fuera necesario que el fenómeno regional coparticipara en el concierto institucional comunitario, debería hacerse a través de las propias innovaciones constitucionales y legislativas de los propios Estados miembros. Es decir, circunscribir la mayor o menor descentralización en esta materia al propio orden interno de los Estados (como ha sido nuestro caso con la creación de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea, en el marco de nuestra Representación Permanente).

VII. EL SISTEMA DE GARANTÍAS

Por último, y de manera muy breve, hacer referencia a las garantías jurisdiccionales, que es un elemento definitorio esencial de un sistema político como sistema constitucionalizado. Y no sólo las garantías jurisdiccionales del Tribunal de Justicia, sino de las garantías institucionales como la del Defensor del Pueblo. Ya lo hemos dicho: El TJCE ha sido un auténtico motor de la Integración comunitaria y de la configuración de la Unión como un cúmulo de Comunidades de Derecho. Además, más allá de los problemas por la «rebelión» de Tribunales Constitucionales, como el Alemán, a configurar mecanismos de articulación, o del propio TEDH o, incluso del TJCE a no reconocer la necesidad de Adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el sistema de garantías jurisdiccionales de la Unión se ha ampliado en su sentido democrático, generándose nuevas instancias y confiriendo nuevos sujetos legitimados.

CONCLUSIÓN

Estamos ante una Unión Europea indubitadamente democrática, que es original en su génesis y evolución, pero que no se diferencia esencialmente de los estándares constitucionales de los Estados miembros, y que en un futuro se diferenciará menos (el Presidente de la Unión o el Ministro de Asuntos Exteriores, por poner algunos ejemplos); sin que en realidad tenga demasiado sentido establecer analogías. De este modo si hay déficit, es, en suma, el déficit que se detecta en los sistemas democráticos en su conjunto.

Y volviendo al título de estas reflexiones: ¿a dónde es susceptible de exportarse este sistema? Creemos que debería inspirar cualquier iniciativa de integración política y económica que surja entre las naciones. No siendo necesario preocuparse en demasía sobre si este sistema atiende a una consolidada tradición constitucional y democrática de los sujetos que la integran. Si vemos nuestro pasado, sólo cinco años antes de la Declaración Schuman a la que nos hemos referido, Europa era un campo de batalla y la historia democrática de sus naciones, salvo excepciones, era más bien débil, donde el triunfo del antiparlamentarismo era moneda de uso corriente. Y sólo cuatro años antes de la reforma contenida en el Tratado de Maastricht el totalitarismo comunista no parecía tener fin en un ámbito territorial y poblacional inmenso que hoy está integrado en la Unión. Además, en estos casi sesenta años de Integración, los Estados adheridos han disfrutado del mayor período de paz y progreso que se conoce en la historia europea (pongamos por el contrario, el caso de la desmembración y la guerra civil en la antigua Yugoslavia).

Desde este punto de vista, ¿por qué no ser optimistas? Presentemos este proceso apasionante de la Integración Europea como un logro que ha de ser dirigido a la humanidad en su conjunto.

RESUMEN: El «déficit democrático» se ha convertido en un tópico en el discurso teórico y político sobre la Unión Europea. Este artículo pretende superarlo y mostrar que, en cambio, el sistema comunitario es un sistema político más exportable que criticable/digno de ser transferido. La Unión Europea es un sistema constitucionalizado. Está legitimado democráticamente. Sus instituciones son representativas. Garantizará derechos con la entrada en vigor de la Carta Europea. Tiene una división horizontal de poderes. Tiene un orden competencial. Un sistema de categorías jurídicas que se derivan de los Tratados. Un sistema de garantías constitucionales. Desde esta perspectiva es falsa la noción de «déficit democrático». Simplemente existen imperfecciones propias de las construcciones institucionales democráticas. Tal vez estas imperfecciones son más notables en la Unión Europea por su doble legitimidad.

PALABRAS CLAVE: Legitimación parlamentaria. Proceso constituyente. Instituciones «no mayoritarias» equilibrio de poderes. Derechos fundamentales defensa de la democracia.

ABSTRACT: Democratic deficit' has become almost a cliché in theoretical and political discourse about the European Union. This paper tries to get over it and demonstrates that however, the european system is a political system more exportable than criticizable/worthy to be transferred. The European Union is a 'constitutionalized' system. It is democratically legitimized. Its institutions are representative. When the Charter of Fundamental Rights of The European Union comes into force some rights will be ensured. The European system is based in a horizontal division of powers. It has a distribution of powers framework, a system of legal categories which derive from the Treaties and also a system of constitutional guarantees. From this point of view the concept of 'democratic deficit' is false. There are just the typical defects of the democratic institutional constructions. Perhaps these defects are more remarkable in the European Union due to its double legitimacy.

KEYWORDS: Parliamentary legitimation. Constituent process. Non-majoritarian institutions.

LA UNIÓN EUROPEA: ¿ES POSIBLE QUE EL SUEÑO DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA NO SE CONVIERTA EN UNA PESADILLA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho Administrativo. UNED

Jean MONNET a Valéry GISCARD:

*Ud. lo ha entendido, Francia es demasiado pequeña
para solucionar sola sus problemas*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los optimistas sistemáticos y los negacionistas internos y externos. III. Las ampliaciones de la Unión: de los objetivos fundacionales a la huida hacia delante. 4. Los amigos de la Unión Europea. 5. ¿Es posible seguir construyendo la Unión Europea?

I. INTRODUCCIÓN

Creo que en las circunstancias actuales es legítimo preguntarse si el proyecto europeo sigue por la vía que se construyó entre 1949 y 1992, o si hacia la mitad de la década de los 90 tomó un rumbo que pudiera haber pasado desapercibido para la generalidad de los europeos: de manera que pudiéramos creer que vamos hacia un destino cuando estamos ya en otro diferente.

Valorar con acierto los acontecimientos históricos cuando se está inmerso en ellos presenta grandes dificultades, resultando mucho más fácil la valoración *a posteriori*, cuando los acontecimientos son historia y se convierten en indisponibles para los miembros de la comunidad política y en disponibles para la comunidad científica. Elucubrar sobre el futuro de una organización política es ventajista, por-

que por muy arriesgadas que sean las opiniones que se viertan sobre el mismo, el veredicto sobre su acierto exige el paso del tiempo.

Acontecimientos recientes son suficientes para no caer en la tentación de hacer las veces de un oráculo. En efecto, la crisis financiera internacional en que vivimos sumergidos estos últimos años es un buen ejemplo de la incapacidad de previsión de los humanos. Muy pocos están en condiciones de acreditar que fueron capaces de prever la gran crisis que se avecinaba, y a ciencia cierta no fueron escuchados¹; pues en otro caso la catástrofe hubiera sido evitada o paliada. Aunque, por sorprendente que pueda parecer, los causantes de la crisis (o los colaboradores necesarios de la misma) se han presentado en los escenarios nacionales e internacionales, sin rubor alguno, como los nuevos redentores de la humanidad. Desde una perspectiva analítica las «crisis económicas» presentan ventajas considerables en relación con las que podríamos llamar «crisis de sistemas políticos», en la medida en que las primeras se producen en períodos mucho más breves que las últimas; aunque la mayoría de los caracteres son coincidentes en ambas, de modo que es posible a través de las primeras comprender las segundas.

Volviendo al tema que nos ocupa, tengo que decir que albergo la íntima sensación de que el rumbo de la Unión Europea cambió hace más de una década. Y, a la vez, no tengo claro que el complejo sistema ferroviario de las ideas y organizaciones permita dar marcha atrás, o alcanzar una encrucijada en que sea posible reenforzar este proyecto hacia el destino primigenio de la Unión en que seguimos creyendo muchos europeos.

No es mi intención situarme en la cómoda atalaya del pesimismo, sino en una posición realista que considero necesaria para poder enfocar la solución de la crisis de nuestros días. Digo de nuestros días porque estoy persuadido de que la historia es una sucesión de crisis en que tan sólo cambian los protagonistas y la intensidad de las mismas.

Para construir mi tesis en esta materia utilizaré un artilugio: el de los «amigos» y los «enemigos» que espero que haga más fluido mi razonamiento. Y entrecomillo amigos y enemigos para significar que se trata de una utilización eufemística del maniqueísmo, una suerte de relación dialéctica cuya síntesis es la situación actual de la Unión. La opción es peligrosa porque, evidentemente, los calificativos amigos y enemigos serían fácilmente intercambiables. No dudo que los que considero enemigos de la Unión pueden pensar que ellos son los amigos de la Unión, ni que los supuestos amigos sean realmente sus enemigos. En el debate de las ideas nadie está en posesión de la verdad. De manera que la concepción de cuál deba ser el futuro de la Unión se instala en el escenario de las opciones políticas. Y, muy probablemente, ni los amigos son del todo amigos, ni los enemigos son del todo enemigos; aunque algunos pretendan situarse en alguna de esas posiciones conscientemente.

Considero, también lo anticipo, que lo adecuado en estos momentos es hacer un ejercicio de realismo constructivo que permita seguir con la construcción europea.

¹ Este sería el caso de Nassim Nicholas TALEB, en su libro *El Cisne negro: el impacto de lo altamente improbable*.

II. LOS OPTIMISTAS SISTEMÁTICOS Y LOS NEGACIONISTAS INTERNOS Y EXTERNOS

Los grandes proyectos tienen grandes enemigos por lo que, cómo no, la Unión Europea los ha tenido y los seguirá teniendo en el futuro. Enemigos en el interior y en el exterior; tan preocupantes unos como otros.

El análisis del proceso de construcción europea se ha caracterizado por concitar visiones optimistas y visiones negacionistas. El optimismo ha sido desde los orígenes de la Unión una cualidad de sus mejores líderes. Cualidad que ha permitido afrontar y superar los numerosos obstáculos que ha sido necesario enfrentar a lo largo de más de cinco décadas. Pero, los optimistas moderados, o los optimistas pragmáticos, los que saben ponderar adecuadamente las dificultades que debe superar la construcción europea no deben confundirse con los que pudiéramos denominar *optimistas sistemáticos*. Estos últimos, que son legión en los últimos tiempos, suceda lo que suceda, sólo hacen lecturas positivas del proceso de construcción europea. Así, por ejemplo, un número considerable de dichos optimistas celebraron con entusiasmo la elaboración y firma del Tratado constitucional, Tratado que fue presentado como algo excelso: la culminación de los sueños de los europeístas. Y, cuando el Tratado entró en crisis, con el no de franceses y holandeses, siguieron irradiando un gran optimismo. Para ellos nada estaba perdido, el proceso de ratificación del Tratado constitucional seguía adelante, y alardeaban del constante incremento del número de los Estados miembros que continuaban ratificando el Tratado constitucional con posterioridad al no francés. Así, cuando el proyecto constitucional había sido abortado los optimistas sistemáticos seguían anunciando la buena nueva del próximo nacimiento de la Constitución europea.

Cuando un Consejo Europeo enterró sin mayor ceremonial el Tratado constitucional los optimistas sistemáticos consideraron que bien enterrado estaba. Y celebraron con igual entusiasmo la llegada de un nuevo tratado. El Tratado de Lisboa fue para los optimistas sistemáticos la mejor de las soluciones. Una muestra de realismo sensacional. Y cuando Irlanda dijo no al Tratado de Lisboa el optimismo no decayó. En definitiva, para los optimistas la experiencia demostraba que Irlanda había repetido con éxito el referéndum sobre el Tratado de Niza y: ¿por qué no iba a repetir con éxito el referéndum sobre el Tratado de Lisboa? Y cuando Irlanda ha exigido para someter el Tratado de Lisboa a un nuevo referendun la aceptación de concesiones que van contra la línea de flotación del proyecto constructivo, de nuevo, los optimistas sistemáticos han visto en dicha cesión un ejemplo del pragmatismo que caracteriza a la Unión desde sus inicios. Para los optimistas sistemáticos volvemos a estar en el mejor de los mundos.

En el otro extremo se encuentran los *negacionistas internos*. Éstos, simplemente, están en el proyecto europeo pero se proclaman euroescépticos o, lisa y llanamente, se declaran partidarios de que sus respectivos Estados dejen la Unión, o postulan que se dinamite el proyecto por otros medios. Y aprovechan todos los escenarios institucionales para hacer exhibición de sus recelos sobre la Unión, de modo explícito o implícito. Entre los primeros, los menos sagaces, se encuentra por ejem-

plo KLAUS, el presidente de la República Checa. Un ejemplo significativo de cómo es posible incorporarse a una organización esperando tan sólo obtener beneficios con el mínimo esfuerzo y con el máximo desprecio. Otros más sagaces, entre los que destacan los políticos británicos de todas las corrientes, están poniendo desde su incorporación a la Unión palos en los ejes del proyecto europeo, con objeto de desdibujarlo cada vez más; con la finalidad de aproximarlos cada vez más a una zona de libre cambio, y alejándolo paulatinamente de un proyecto político solvente. Pero los dirigentes del Reino Unido y la República Checa no están solos, otros muchos gobiernos de los Estados miembros tienen posiciones parecidas ante el proceso de construcción europea: más mercado y menos unión política².

Los negacionistas se han opuesto a cualquier avance relevante de la Unión que no sea en el plano estrictamente económico, y sólo han aceptado algunos pequeños pasos adelante cuando la realidad mandaba dar un gran salto. Así, por ejemplo, los negacionistas, a un lado y otro del atlántico, han intentado abortar la moneda única, aunque no lo han conseguido. Conscientemente, británicos, daneses y suecos sabían que su oposición al euro podía debilitarlo; debilitar a la Unión y fortalecer el dólar, y en todo caso abortar cualquier paso en la dirección de la unidad política. Lo único que han conseguido, sin embargo, es que sus monedas pierdan peso paulatinamente. Y no parece descabellado anticipar que cuando los británicos fracasen en su intento de preservar la libra como una moneda de primer nivel, solicitarán la entrada del Reino Unido en la zona euro; probablemente con el propósito de debilitarlo desde dentro, habida cuenta de que no han podido debilitarlo desde fuera.

Los negacionistas consiguieron imponer sus líneas rojas en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, finalmente, cuando la Carta se ha convertido en un documento limitado, se han quedado al margen de su aplicación³. Los negacionistas han impedido, desde el Tratado de Maastricht, que la Unión tenga competencias significativas en materias como la política exterior, la política energética y un largo etcétera.

Los ejemplos de excesos de optimistas sistemáticos y negacionistas son muy abundantes y sobradamente conocidos. Y, a mi parecer, tanto unos como otros son un obstáculo para el avance del proceso de construcción europea.

III. LAS AMPLIACIONES DE LA UNIÓN: DE LOS OBJETIVOS FUNDACIONALES A LA HUIDA HACIA ADELANTE

El proyecto europeo llevaba implícita su expansión desde su misma gestación. Los seis Estados fundadores nunca pensaron que la CEEA la CEE o la CEEA fue-

² En esta línea es esclarecedor el artículo de Jiri PEHE, «Las raíces de la crisis en el Este», en el diario *El País*, de 27 de abril de 2009, pág. 25.

³ Ver el Protocolo núm. 4 del Tratado de Lisboa «sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido», o el Protocolo núm. 21 «sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al Reino Unido y a Irlanda», o el Protocolo 22 «sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia», o el Protocolo 23 «sobre la posición de Dinamarca».

ran organizaciones cerradas desde su fundación en lo relativo a sus contenidos o al número de sus miembros. De manera que las sucesivas ampliaciones han respondido a una concepción originaria que aspiraba y debe seguir aspirando a que se incorporen a la Unión todos los Estados que puedan considerarse europeos. El problema, tras las últimas ampliaciones es el de determinar los confines de Europa y el ritmo que debía y que debe llevarse a cabo de incorporación de nuevos Estados miembros. La respuesta a estas preguntas lleva implícito el futuro mismo de la Unión, como tendremos oportunidad de analizar.

La primera ampliación de las Comunidades Europeas, que incorporó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a Irlanda⁴ y a Dinamarca, merece juicios bien diferentes. Así, Dinamarca ha objetado siempre el proyecto político de la Unión, mientras que, por otra parte, puede considerarse un gran impulsor del mercado único. Sin duda, una suerte de actitud defensiva de un pequeño estado, con limitada relevancia internacional, que siente la vecindad de Alemania como una amenaza a su soberanía. El caso de Irlanda, un joven estado europeo, es, por un lado, bastante coincidente con el caso danés, en lo que hace referencia a su irrelevancia internacional. Y, por otra parte, tiene muy reciente su carácter de colonia británica que debe tenerse en cuenta para comprender gran parte de sus posiciones en la política europea e internacional. El caso de Gran Bretaña es el más relevante. Su actitud en relación con la Unión no se presta a dudas. Sus gobiernos nunca fueron partidarios de que las Comunidades fueran más allá de un proyecto económico con limitaciones. Su concepción del asociacionismo europeo se plasmó con claridad al crear la EFTA; una zona de libre cambio que pretendía competir con las Comunidades Europeas. Sólo cuando dicho proyecto fracasó solicitó la entrada en las Comunidades Europeas, dejando en la estacada a algunos de sus socios. De manera que la solicitud de incorporación del Reino Unido a la Unión no tuvo lugar como consecuencia de haberse producido un giro radical en la concepción británica del escenario europeo, sino que, fracasado su proyecto de zona de libre cambio, se alió con sus enemigos ideológicos con la intención de reconducir el proyecto europeo a sus concepciones antieuropeístas. Los gobiernos de Gran Bretaña han sido un freno permanente a la realización del proyecto europeo tal y como fue pensado por sus fundadores, y no parece que su posición haya cambiado o vaya a cambiar a medio plazo.

La tarea del Reino Unido es sistemática e inteligente aunque entregada a su decadente y trasnochada visión geopolítica de la mayoría de sus políticos. Actúa el Reino Unido en relación con Europa tal y como hizo en su política exterior colonial en los siglos XIX y primer tercio del siglo XX: versiones variadas de la política de «divide y vencerás». Los británicos todavía no han asimilado que ya no son un imperio, y que su supuesta relación especial con los EEUU, ideada por el maquiavélico W. CHURCHIL, para impedir, entre otras cosas, el avance de la Unión, no es sino un truco de malavarista con el que ni han convencido a los norteamericanos ni con-

⁴ La conversión de las elecciones europeas en un asunto de política interna explica la alta participación de los ciudadanos irlandeses y daneses en las elecciones europeas (57,6% y 59,52% respectivamente).

fundido a los europeos. El problema del Reino Unido es que su activismo es meramente destructivo. El Reino Unido es, sin duda, la china en el zapato europeo. Sólo DE GAULLE, por razones que no pueden asumirse, consideró que admitir al Reino Unido era un error. Y, aunque no se pueda coincidir con el citado general, sí es posible coincidir en que la permanencia del Reino Unido en la Unión supone un obstáculo insuperable para seguir avanzando en la dirección de una Europa política como gran actor político en el escenario internacional. Jean MONNET se equivocó cuando apostó fervientemente por la incorporación del Reino Unido a las Comunidades⁵. Y si, finalmente, Tony BLAIR es designado presidente del Consejo Europeo, el sueño de los británicos de convertir a la Unión Europea en una zona de libre cambio, en el caso de que no lo sea ya, estará más cerca que nunca.

Las incorporaciones a la Unión, y el posterior posicionamiento ante el proceso constructivo europeo, de Grecia, España, Portugal, Austria, Suecia y Finlandia son bien diferentes⁶; la intensidad de su adhesión al proyecto europeo parece directamente proporcional a su alejamiento del frío polar⁷. Se trata de un grupo de países que, salvo Suecia, forman parte de la zona euro y que apoyan el proceso constructivo europeo, sin que pueda detectarse una oposición abierta y contraria a seguir avanzando en la construcción europea.

A la altura de los años 90, como consecuencia del Acta Única y del Tratado de Maastricht los objetivos principales de la Unión fueron el mercado interior y el euro. Proyectos que se llevaron a cabo dentro de la década; aunque el mercado interior no haya culminado todavía y la adopción del euro supusiera la primera evidencia de disidencia incontestable y grave del Reino Unido, Dinamarca y Suecia con el proyecto europeo⁸.

Pero, con todo, en la Unión Europea con 15 Estados miembros los disidentes eran una minoría incapaz de frenar el impulso que daban al proyecto Alemania y Francia; verdaderos motores de la Unión hasta muy recientemente. El nuevo sistema de trabajo que se ensayó para elaborar la Carta de los Derechos Fundamentales, el de convención, fue una muestra esperanzadora de que la Unión seguía ejecutando el proyecto ideado por los fundadores. Pero, la incapacidad de incorporar la Carta de

⁵ Vid. Sus Memorias.

⁶ Un indicador interesante en el porcentaje de participación en las últimas elecciones al Parlamento Europeo. Sólo Portugal ha tenido una participación inferior al 40%, a saber: Grecia (52,63%), España (46%), Suecia (43,8%), Austria (42,4%), Finlandia (40,3%), Portugal (37,03%).

⁷ Suecia no se incorporó al euro en su primera fase al no cumplir los parámetros de Maastricht y posteriormente, cuando alcanzó dichos parámetros, el pueblo sueco rechazó la incorporación de Suecia al euro.

Los Estados fundadores, a excepción de los Países Bajos que se ha ido aproximando cada vez más a las posiciones británicas a las que se añaden componentes xenófobos preocupantes, superan en todo caso el 40% se encuentra entre los más participativos. Destacan Luxemburgo (91%) y Bélgica (90,39%), a los que siguen Italia (66,46%), Alemania (43,3%) y Francia (40,48%). En todo caso es preocupante el descenso en la participación de alemanes y franceses.

⁸ El caso de Grecia no es comparable en la medida en que no se incorporó desde su inicio a la zona euro por no cumplir algunos de los requisitos exigidos por el TCE.

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los Tratados fue el preludio de un cambio significativo de rumbo: una inflexión nacionalista que se puso de manifiesto con toda su crudeza en la elaboración de Tratado de Niza en 2000.

El no Irlandés al Tratado de Niza debiera haber encendido definitivamente todas las luces de alarma. Era un hecho sin precedentes (al margen del caso de Dinamarca en relación con el Tratado de Maastricht, de menor gravedad). Sin embargo, la Unión se embarcó en la elaboración de una Constitución sobre la que se cernieron dudas desde que la Convención comenzara a funcionar. Y sucedió lo inesperado, Francia y Holanda, fundadores de las Comunidades Europeas, dijeron no a la Constitución, haciendo innecesario que los enemigos más rotundos del proyecto constitucional, muchos más de los que podían suponerse, tuvieran que impedir en última instancia su entrada en vigor. ¿Qué se puede esperar de un proyecto con el que ni siquiera los fundadores están de acuerdo? Y ningún Estado miembro se atrevió a plantear que Francia y Holanda debían repetir el referéndum; tal y como lo hiciera pocos años antes Irlanda.

Si retrocedemos unos años atrás comprobaremos que un requisito previo para las nuevas ampliaciones de la Unión a 15 había sido establecer con claridad el rumbo de la Unión. Así, se previó la aprobación de la Constitución Europea previamente a la gran ampliación de la Unión al este y al sur de Europa. Pero el caso es que cuando la Constitución zozobró los Estados miembros de la Unión, en una muestra de irresponsabilidad sin precedentes, en vez de frenar el proceso de ampliación, para poner orden en una organización sin rumbo cierto, aceleraron la ampliación. Era el escenario soñado por los británicos y sus secuaces; una forma sencilla de dinamitar el proyecto constructivo. En efecto, se admitieron nuevos socios antes de definir el rumbo de Europa; nuevos socios que en su mayor parte acababan de recuperar su independencia en relación con la Unión Soviética, pero que antes de la Segunda Guerra Mundial estuvieron bajo la égida de los extinguidos imperios austrohúngaro, turco, alemán o francés. El observador menos conspicuo podría haber previsto que los nuevos miembros no verían con buenos ojos una nueva pérdida de la soberanía recientemente conquistada. De manera que si se les daba la oportunidad de afirmar su identidad iban a manifestarse en la dirección contraria a la construcción política europea que, sin duda, supone nuevas cesiones de competencias soberanas desde los Estados miembros a la Unión. En definitiva, las últimas ampliaciones, salvo algunas excepciones, han fortalecido la corriente nacionalista y, en consecuencia, que la Unión acentúe su inclinación hacia una zona de libre cambio recelosa de cualquier avance del proceso constructivo⁹: por-

⁹ A salvo de las excepciones de Malta (78,81%), Chipre (59,4%), Letonia (52,56%) y Estonia (43,2%), esto es, de los países con menor población, el resto de los Estados recientemente incorporados ocupan, con el Reino Unido (34,27%), Países Bajos (36,5%) y Portugal (37,03%) los lugares más bajos en cuanto a participación de los ciudadanos en la elecciones al Parlamento Europeo de 7 de junio de 2009: Eslovaquia (19,64%), Lituania (20,91%), Polonia (24,53%), Rumania (27,4%), República Checa 28,22%), Eslovenia (28,2%), Hungría (36,29%), Bulgaria (37,49%).

que no debe olvidarse que sigue vigente la vieja regla de que cualquier paso decisivo de la Unión debe ser fruto de la unanimidad de los Estados miembros.

La puntilla al proceso constructivo sería la incorporación de Turquía, por cierto apoyada por B. OBAMA y por todos sus antecesores, que acarrearía problemas muy superiores a los que tenemos en la actualidad. La mayor de las objeciones no es que Turquía sea un país claramente asiático e islámico. El mayor de los problemas es que resulta inverosímil que Turquía se encuentre en condiciones de incorporarse al proceso de construcción política. Los entusiastas de la incorporación de Turquía son sin duda los negacionistas de la Unión Europea, pues la incorporación de Turquía a la Unión inclinaría de manera definitiva el proyecto europeo hacia una singular zona de libre cambio. Pero no menos problemáticas serían las incorporaciones de los países balcánicos o de Islandia.

Afortunadamente no todo es de color grisáceo en la Unión. Con frecuencia los Estados miembros son capaces de afrontar retos como el de seguir profundizando en el mercado interior¹⁰, o de reconocer el fracaso de las políticas nacionales de control de sus sistemas financieros, adoptando medidas audaces como la de crear un Sistema Europeo de Supervisores Financieros integrado por tres nuevas Comisiones Europeas de Supervisión. Aunque habrá que esperar a ver cómo se concreta dicho sistema a finales de 2009. Del mismo modo puede celebrarse la previsión de creación de una Asociación Oriental integrada por la Unión y los países europeos y asiáticos que constituyen la frontera oriental de la Unión (Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, República Moldova y Ucrania). Y lo mismo puede decirse de la asociación con los Estados africanos y de Oriente Medio de la cuenca mediterránea en la Unión Euromediterránea. Esto es, una nueva estrategia de fomento de las buenas relaciones de vecindad que permita avanzar en lo relativo a la creación de un gran mercado y, a la vez, poner freno a nuevas ampliaciones que podrían calificarse de huida hacia delante o, más certeramente, de apuesta por el colapso total de la Unión.

IV. LOS AMIGOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como todas las organizaciones la Unión tiene problemas exógenos y endógenos. Sin embargo, el problema no es que haya problemas, el problema es no saber identificarlos, o identificarlos y no saber solucionarlos. Algo de esto último sucede a la Unión Europea en la coyuntura actual.

Para entender el proyecto europeo hace falta tener en cuenta al menos dos parámetros, el de su trayectoria y la coyuntura presente interna e internacional. La historia de la Unión es cada vez más conocida. La ingente bibliografía al respecto¹¹ y,

¹⁰ La *Directiva de servicios en el mercado interior* es una de las numerosas directivas que pueden citarse en esta dirección.

¹¹ Ver una relación de bibliografía significativa en E. LINDE Y OTROS, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2006.

en particular, las memorias de algunos de sus protagonistas principales nos permiten sintetizar lo sucedido¹². A grandes trazos podría decirse que el nacimiento de las Comunidades Europeas es el resultado de la coincidencia: por una parte, de la voluntad de reconstruir Europa de un grupo de dirigentes políticos surgidos de la Segunda Guerra Mundial¹³, a los que siguieron la inmensa mayoría de los europeos; y, por otra parte, de la necesidad geoestratégica de Estados Unidos, consecuencia de la Guerra fría, de bloquear el avance de los soviéticos y del socialismo interno en Europa. Sin tener en cuenta estos dos parámetros geopolíticos no es posible entender los primeros pasos de la Unión Europea. Y, del mismo modo, sin tener en cuenta los parámetros geopolíticos actuales será difícil comprender la crisis que atravesamos en la actualidad.

Pero, además, en el orden interno, una Unión Europea fuerte, políticamente hablando, significaría que los gobiernos de los Estados miembros, así como los partidos políticos que los sustentan, dejarían su posición central y pasarían a ocupar una posición periférica. Porque, una Unión fuerte, sea cual sea el modelo político-organizativo en que se concrete, supondría la transferencia de importantes poderes desde los Estados miembros a la Unión y, con toda seguridad, la pérdida de peso político de los Estados nacionales. Una Europa fuerte exigiría que políticos de primera fila se dedicaran a los quehaceres comunitarios, a diferencia de lo que sucede en la actualidad en que la Unión se nutre de políticos o personalidades de segunda o tercera fila, cuando no sirve de lugar de retiro para los que antaño fueron políticos de cierta relevancia.

Por eso creo que los «amigos» de la Unión Europea somos los que en la línea de los fundadores creemos que ha llegado *la hora final de los nacionalismos*, de los Estados-nación europeos. Y esto por una razón que es del todo evidente: en la actual coyuntura internacional los Estados-nación europeos no pueden ya ser actores ni relevantes ni eficientes frente a los retos financieros, comerciales, culturales, medioambientales, defensivos, y otros tantos, que nos acucian. Una de las características de nuestra época, la de la globalización, es que todo se mueve a escala planetaria. En un mundo globalizado las reglas las van a imponer las grandes potencias, con gran peso demográfico, económico, financiero, innovador y defensivo. Se lo decía Jean MONNET a Valéry GISCARD D'ESTAING: «Sí, Ud. ha comprendido que Francia es demasiado pequeña para resolver sola sus problemas».

Pongamos como ejemplo la política exterior. Observemos cómo las Naciones Unidas, un escenario en que están representados la inmensa mayoría de los Estados

¹² Particularmente valiosas son las memorias de J. MONNET y J. DELORS.

¹³ En la construcción de las Comunidades Europeas, MONNET, SCHUMAN, ADENAUER, DE GASPERI, y toda una generación de estadistas que se empeñaron en vencer la inercia histórica que nos podría conducir a una tercera guerra mundial. Y no menos decisivos fueron en sucesivas etapas constructivas H. SCHMIT, V. GISCARD, F. MITERRANT, H. KHOL o DELORS. Sin la determinación de estos últimos sería difícil explicar la conversión de la Unión en un mercado interior, la adopción de la moneda única, o la transferencia a la Unión de competencias en materia de política exterior y de defensa, en materia de la cooperación policial y judicial en materia penal, o en otras tantas políticas que aborda el Tratado de Maastricht.

del planeta, se ha visto desplazada por organismos más ligeros, reducidos e informales en que sólo están presentes los grandes operadores internacionales. Se trata de organismos que no se fundan en tratados convencionales sino en el consenso informal. El G-8, que iniciara esa nueva dinámica a finales del pasado siglo, es un club integrado por Estados Unidos y sus aliados (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, Canadá y Japón), así como Rusia tras el fin de la Guerra fría. Dicho organismo informal puso de evidencia que a las grandes potencias Naciones Unidas les resultaba incomoda, entre otras cosas por su contumaz ineficiencia para afrontar y solucionar los nuevos retos.

A principios de este siglo los miembros del G-8 se han sentido desbordados por la nueva realidad creando el G-20, más realista, que integra a potencias como China, India, Brasil, Indonesia y México y otras tantas emergentes. Por lo demás, junto a las caducas e ineficientes organizaciones internacionales del pasado no hacen sino surgir otras organizaciones informales más ligeras y más eficientes de carácter continental o intracontinental. Nuevos escenarios para la resolución eficiente de los problemas que nos afectan. Y, a la postre estas nuevas organizaciones informales han creado estados de primera categoría, estados de segunda categoría y estados de tercera categoría.

¿Cómo se sitúa Europa ante estos nuevos escenarios? Aparentemente, la Unión Europea estaría sobrerrepresentada¹⁴ en algunos de los más importantes, pues en el G-8 la mitad de los miembros serían Estados miembros de la Unión (Alemania, Francia, Italia y Reino Unido), y algo similar sucedería en el G-20¹⁵. Pero, tras la aparente sobrerrepresentación, Europa pone de evidencia cada vez más su debilidad frente a las grandes potencias. Europa no tiene una sola voz, equiparable a las de los grandes actores de la escena internacional, sino pequeñas voces que apenas se escuchan y que, en no pocas ocasiones, suelen ser contradictorias. Europa, para el resto de las grandes potencias, unas veces es un rumor lejano y en otras ocasiones se parece a una jaula de grillos. La fragmentación de la energía europea hace las delicias de las grandes potencias porque en el tablero internacional, como en tableros nacionales, la ley del divide y vencerás sigue estando vigente. Ningún actor internacional desea que se incremente la competencia. De manera que el multilateralismo no es el fruto de convicciones, o no es sólo fruto de las mismas, como casi nada en el marco internacional, sino el fruto de intereses o debilidades, y probablemente el anuncio de la recomposición del equilibrio de fuerzas en el escenario internacional.

Por lo demás, la resistencia de las grandes superpotencias a que se altere el *status quo* no necesita grandes explicaciones. Resulta obvio que si la Unión Europea recibiera, tan solo, las competencias de los Estados miembros en materia de políti-

¹⁴ La aparente sensación de sobrerrepresentación se deduce de todas las grandes organizaciones internacionales, aunque en algunas de ellas sea evidente que una única voz sea fundamental. Éste sería el caso de Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

¹⁵ En el caso del G-20, además de los cuatro Estados miembros de la Unión que se integran en el G-8 han participado también España y Países Bajos, así como la Unión Europea como tal.

ca exterior y de defensa se produciría una gran conmoción en el tablero internacional. Y, si además se añadieran a la anterior la política económica, la política energética y la política medioambiental muchos pensarían que se avecinaba el cataclismo.

Las debilidades de la Unión son claras, también, en el orden interno: no acaba de aclararse la división de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Se advierte un déficit competencial en materias como la política exterior, la política económica, la política medioambiental y la política energética; el sistema institucional es insuficiente. El propio mercado interior hace aguas y la crisis financiera internacional ha puesto de evidencia el inadecuado desequilibrio entre la política monetaria y la política económica de la Unión Europea. En efecto, mientras que en la Unión se ha centralizado la política monetaria, con evidentes beneficios, y pese a las críticas de corte nacionalista, de las competencias de política económica siguen siendo titulares los diferentes Estados miembros; que sólo han transferido a la Unión débiles competencias de coordinación. La ausencia de competencias eficientes de la Unión Europeas en materia económica ha impedido que la Unión afrontara la crisis financiera de un modo global y efectivo. Así, los Estados miembros tan sólo han escenificado una supuesta coordinación para afrontar la crisis, cuando realmente no han hecho otra cosa que dar por buenas las medidas adoptadas en todos y cada uno de los Estados miembros; pese a la disparidad, las contradicciones y la vulneración flagrante de los Tratados por los Estados miembros, particularmente en lo concerniente a la vulneración del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, las reglas de la competencia y la prohibición de ayudas de estado. La Comisión Europea incapaz de liderar la respuesta a la crisis ha tenido uno de los papeles más bochornosos que se recuerdan en la historia de la Unión: una muestra más de la dimensión intergubernamental de la Unión que la aleja de su proyecto primigenio. Si bien, la máxima responsabilidad de la crisis por la que atraviesa la Unión se debe a la oposición clara y rotunda de un grupo de Estados que no quieren seguir progresando, *los nacionalismos de cortas miras*, con los que, en no pocas ocasiones, colaboran los que son favorables a seguir avanzando en la creación de una entidad política de carácter supranacional.

V. ¿ES POSIBLE SEGUIR CONSTRUYENDO LA UNIÓN EUROPEA?

No está de más preguntarse con cierta frecuencia: ¿por qué más Unión Europea? Pues, de otro modo, parecería que seguir avanzando en el proceso constructivo europeo sólo responde a la dinámica elemental de ganar poder en la esfera internacional. El tan manido ejemplo de la necesidad de encontrar un equilibrio entre el gigante económico y el enano político no deja de ser un discurso burocrático, falto de razón, de atractivo y de consistencia.

Necesitamos más Europa porque es preciso afrontar los grandes retos planetarios de nuestro tiempo, como son, entre otros, el calentamiento del planeta, la crisis energética, el terrorismo, la inmigración, las relaciones financieras, la pobreza en el tercer mundo o los derechos fundamentales. Esto es, retos que no pueden abordarse

con éxito, ni por los Estados miembros individualmente ni a través de relaciones bilaterales¹⁶. Sin embargo, la Unión Europea no se está preparando para ocupar una posición destacada en el concierto internacional, más allá de ese lenguaje eufemístico que inunda las declaraciones, conclusiones, y otras tantas manifestaciones de las instituciones europeas.

Es más que suficiente destacar dos de las causas de las dificultades para seguir la construcción de Europa de acuerdo con el proyecto de los fundadores. En primer lugar, las clases políticas nacionales son un obstáculo infranqueable para la construcción europea; clases políticas que, no debe olvidarse, han conseguido que los ciudadanos europeos se retraigan cada vez más en su participación en las elecciones al Parlamento Europeo¹⁷. Y, las clases políticas nacionales son un impedimento para la construcción europea porque si se transfiriera a la Unión, con carácter definitivo e irrevocable, la soberanía en determinados asuntos como la defensa, relaciones exteriores, mercado interior, política monetaria, política económica, política energética, política medioambiental y política social, las estructuras nacionales sufrirían una pérdida de poder muy significativa. Las clases políticas de los Estados miembros, que son las que tendrían que promover un cambio de esa naturaleza, no parecen dispuestas a perder las parcelas de poder más vistosas y convertirse en una suerte de estados federales, o de comunidades autónomas de primer nivel. Sólo grandes estadistas estarían dispuestos a hacerse esa especie de *haraquiri* político, pero: ¿dónde están esos grandes estadistas?

En segundo lugar, los motores de la Unión, Francia y Alemania, parecen haber desertado de su compromiso originario. No olvidemos que Francia es la causa de los mayores fracasos en la historia de la construcción Europea, primero impidió la Europa de la Defensa, y recientemente el rechazo de la Constitución Europea. Y Alemania, ha dejado de ocupar el liderazgo que ostentaba hace sólo unos años¹⁸. Los gobernantes europeos parecen preferir ser cabeza de ratón antes que cola de león.

La Unión Europea se parece, cada vez más, a una organización en que sus miembros eligen su posición a la carta, tanto en la política monetaria, como en la política social, en la política de defensa, en la política de seguridad, y en otras tantas: la Europa de las muchas velocidades es una realidad que no hará sino fortalecerse con el Tratado de Lisboa y con la excepción Irlandesa. De manera que, ni

¹⁶ Así lo reconocen los Estados miembros, sin ir más lejos el Consejo Europeo del pasado 9 de junio de 2009 abordó algunos de esos retos. Pero las conclusiones de la presidencia parecen un canto al sol, porque la Unión Europea no dispone ni de los instrumentos institucionales ni materiales suficientes para abordar dichos retos.

¹⁷ No deja de resultar sorprendente que la historia de la participación ciudadana haya sido inversamente proporcional al aumento de peso real del Parlamento Europeo en la Unión, así en las primeras elecciones al Parlamento Europeo la participación ciudadana fue superior al 60% mientras que en las pasadas elecciones al Parlamento Europeo supuso el 43%.

¹⁸ En esta línea se sitúa J. FISCHER, ver al respecto «Europa, en marcha atrás» y «Alemania se desentendiende Europa», en *El País*, respectivamente de 5 de marzo de 2009, p. 27 y de 14 de junio de 2009, p. 37.

desde la posición más optimista es posible considerar vigente el viejo proyecto de una Unión Europea como una entidad política sustantiva. La Unión Europea ha perdido el rumbo, y sólo nos daremos cuenta cuando el proyecto naufrague estrepitosamente.

Probablemente hoy les diría Jean MONNET a los líderes europeos: ustedes no han comprendido que sus países son demasiado pequeños para solucionar solos sus propios problemas.

Pero, lejos de toda desesperanza creo que es el momento de plantearse la refundación de Europa, de acuerdo con la teoría de los círculos concéntricos a que me he referido en otras ocasiones: el núcleo duro, o la Europa política; el segundo círculo, o la Europa Económica; el tercer círculo, círculo de la vecindad o zona de libre cambio. Sólo desde un núcleo reducido de estados, dispuestos a transferir a la Unión las competencias necesarias para abordar los grandes retos a que tantas veces se hace referencia.

RESUMEN: En este trabajo el autor sostiene que la Unión Europea ha abandonado el proyecto primigenio consistente en crear una unión política, y que en la actualidad la Unión Europea no es sino un singular mercado interior con algunas flecos en materias como la política exterior y otras tantas políticas de sesgo intergubernamental.

Para alcanzar la anterior conclusión se analizan algunos aspectos reveladores de la reciente historia de la Unión, entre ellos: a los optimistas sistemáticos y a los negacionistas de la Unión; a las ampliaciones de la Unión; al modo en que se están abordando los retos internos y externos; a la incapacidad para concurrir con una sola voz en los escenarios internacionales; y al creciente nacionalismo de los Estados miembros.

El autor considera que para volver al proyecto primigenio de la Unión, que permitiría abordar con éxito los retos de nuestro tiempo, es necesario refundar la Unión, postulando la teoría de los tres círculos concéntricos. Un primer círculo, o núcleo duro, el de la unión política al que pertenecerían un grupo reducido de Estados miembros; un segundo círculo, el del mercado interior, al que pertenecerían el resto de Estados miembros, así como otros estados europeos que todavía no se han incorporado a la Unión; y un tercer círculo, el de vecindad, que incorporaría a los vecinos de todas las latitudes, y que se configuraría como una singular zona de libre cambio.

PALABRAS CLAVE: Amigos de la Unión Europea. Ampliaciones de la Unión Europea. Clases políticas nacionales. Nacionalismos. Negacionistas. Optimistas sistemáticos. Proyecto primigenio de unión política. Retos de la Unión Europea. Teoría de los tres círculos concéntricos.

ABSTRACT: In this paper the author argues that the EU has abandoned the Project primal work of creating a political union, and now the European union is but a single market with some fringes in some area as foreign policy and as many intergovernmental political bias.

To reach that conclusion discusses some revealing aspects of the recent history of the Union, including: a systematic optimists and the deniers of the Union for the enlargement of the Union, the way they are addressing challenges at home and external, to the inability to compete with one voice in international arenas and the growing nationalism of the Member States.

The author believes that to return to the primal of the Union project, which would successfully tackle the challenges of our time, we must reestablish the Union, postulating the theory of the three concentric circles. A first circle, or core, that of the political union that would belong to a small group of Member States, a second circle, the internal market, to which belong the other Member States and other European states that have not yet joined the Union, and a third circle, the neighborhood, which would incorporate the neighbors of all latitudes, and is configured as a single free trade area.

KEYWORDS: Friends of the European Union. EU enlargements. National political classes. Nationalism. Deniers. Optimistic systematic. Project primal political union. Challenges of European Union. Theory of three concentric circles

