

# La Constitución para Europa <sup>1</sup>

Sumario: I. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: UNA FASE DECISIVA EN LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE EUROPA.—II. EL TRATADO, ¿ES UNA CONSTITUCIÓN?—III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO.—3.1. A modo de evolución histórica.—3.2. Los derechos fundamentales se integran en la Parte II del Tratado constitucional.—3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.—3.4. Las garantías jurisdiccionales.—IV. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: UNA DIVISIÓN DE PODERES CON UN PARLAMENTO MÁS RELEVANTE.—V. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—VI. LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN.—VII. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS REGIONES.—VIII. EL ESPACIO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD: DE LO INTERGUBERNAMENTAL A LO COMUNITARIO.—8.1. Los principios generales de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia.—8.2. Las políticas sobre los controles en las fronteras, asilo e inmigración.—8.3. La cooperación judicial en materia civil.—8.4. La cooperación judicial en materia penal.—8.5. La cooperación policial.—IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: UNA FASE DECISIVA EN LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE EUROPA

El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (en adelante, *Tratado constitucional* o *Constitución europea*) es una fase más en el proceso de construcción política de Europa iniciado tras el fin de la II Guerra Mundial y cristalizado por vez primera en el Tratado de Roma de 1957, por el que se creó la Comunidad Económica Europea, con el objetivo, entonces, de establecer un mercado común europeo. Pero el Tratado constitucional de 2004 es una fase decisiva porque, tras las iniciativas de unión política llevadas a cabo en los tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) y Niza (2000), el Tratado que ahora se encuentra en fase de ratificación por los 25 Estados miembros se estructura

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra.

<sup>1</sup> Una versión de este trabajo será publicada en lengua catalana en la Revista Jurídica de Catalunya.

ya con una lógica constitucional. Es decir, de acuerdo a los parámetros propios de una singular organización política de Estados consorciados, la Unión Europea (UE), dotada de personalidad jurídica y con voluntad política de configurarse como un sujeto político en la esfera internacional.

Se trata de un proceso histórico configurado de acuerdo con la voluntad de los Estados y basado en la legitimidad democrática de éstos. Los Estados han sido y son los protagonistas a partir de una relación de carácter *intergubernamental* que ha llegado a un estadio de progresiva *comunitariedad*. El protagonismo de las instituciones comunes de la UE es cada vez mayor y un buen ejemplo, con sus luces y sus sombras, es el Tratado constitucional o Constitución, que ha de regir la vida política de la UE los próximos años.

El proceso de elaboración de la Constitución se ha llevado a cabo a través de una Convención de indudable base democrática, en la que bajo la presidencia del ex Presidente de la V República francesa, Valéry Giscard d'Estaing, se ha reunido representantes de las instituciones de la UE y de los Estados para elaborar un Proyecto que ahora se encuentra en fase de ratificación por los Estados miembros, en una parte de los mismos por referéndum de los ciudadanos convocados al efecto, y en otros por decisión de los Parlamentos representantes de la soberanía popular.

La Convención ha supuesto una especie de *Estados generales* europeos reunidos a fin construir un estatuto constitucional para la ciudadanía europea. Si bien la denominación convención puede asimilarse a la histórica Convención americana que dio lugar a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, es evidente que el paralelismo resulta muy forzado. Las trece colonias independizadas de la metrópoli británica surgieron de una realidad pre-estatal sin una trayectoria histórica de unión política de los representantes de las comunidades que reunieron en la Convención para establecer una Constitución de los Estados Unidos. Por el contrario, la Unión Europea surge de una base estatal históricamente consolidada tras las revoluciones burguesas británica y francesa, los procesos de unidad nacional de Italia y Alemania del último tercio del siglo XIX, las dos guerras mundiales de las que surgieron nuevos Estados independientes y nuevos Estados democráticos, etc., todo lo cual hace inviable pensar en la idea de la construcción política europea y su expresión jurídico-constitucional, con abstracción de los Estados que hoy conforman Europa. En este sentido, si se puede hablar de proceso constituyente europeo hay que referirse al mismo, como un proceso singular en el que el protagonismo estatal es inevitable. Pero, como veremos más adelante, también otros procesos constituyentes ofrecen su propia especificidad, tributaria siempre de la historia.

El resultado ha sido un tratado constitucional al que no es banal denominarlo también como Constitución. Las razones se exponen en las páginas que siguen.

## II. EL TRATADO, ¿ES UNA CONSTITUCIÓN?

El derecho originario europeo ha sido construido desde los inicios, de acuerdo a la lógica establecida por los Estados. La relación intergubernamen-

tal entre los componentes de la antigua CEE y la actual UE ha sido una de las señas de identidad más significativas del proceso de formación económica y después política de la UE. El Tratado internacional ha sido la forma jurídica a través de la cual se ha expresado la institucionalización de Europea. Así, desde sus inicios, el Derecho comunitario ha sido especialmente tributario del Derecho internacional y las razones que han avalado esta realidad se han debido al protagonismo ejercido por las instituciones de los Estados sobre las, en su tiempo, incipientes instituciones europeas. Sin embargo, la configuración de Europa como una entidad dotada de personalidad jurídica tal como así lo declara el Tratado constitucional (art. I-7) supone, hasta ahora, la expresión de una institucionalización jurídica en la que el Derecho comunitario surgido del proceso de integración europea ha ido adquiriendo una entidad propia, una evidente autonomía de las categorías dogmáticas del Derecho Internacional que permiten explicar una nueva realidad jurídica con base en nuevos conceptos jurídicos, como son los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y otros surgidos de la relación de preeminencia del Derecho comunitario sobre el ordenamiento de los Estados en materias de su competencia. Esta sustantividad del Derecho comunitario permite ya denominar el derecho originario de la Unión Europea como Derecho constitucional europeo. Las razones para que ello sea así parten de la existencia de elementos suficientes para considerar que el Tratado constitucional, con los matices que se quieran, responde a las exigencias básicas que permiten definir, de acuerdo con el principio racional-normativo del constitucionalismo contemporáneo, el concepto de Constitución. Dos argumentos permiten sostener que el Tratado constitucional, es un texto escrito que cumple, en esencia, con el canon del constitucionalismo surgido del Estado liberal-democrático que inspira las Constituciones de los Estados miembros de la UE: uno es *formal* y se fundamenta en idea de supremacía jurídica, y el otro es *material* y se justifica en razón a un contenido basado en una —cierto es— singular división de poderes y en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En efecto, desde un punto de vista formal, el Tratado constitucional establece un principio general de primacía del Derecho europeo, sobre el Derecho de los Estados, en los siguientes términos: «*La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*» (art. I-6). Se trata, no obstante, de una primacía que no tiene carácter general, sino que opera parcialmente, es decir, en aquellos ámbitos materiales del ordenamiento en los que la UE dispone de competencias, ya sean éstas exclusivas o compartidas. El Tratado constitucional es norma jurídica preeminente y además determina el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico europeo. Por tanto, el derecho europeo se configura como un ordenamiento jurídico singularizado.

Desde un punto de vista material se hace necesario evocar el canon que supone el célebre texto de la Declaración revolucionaria francesa que reconoció los *Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789* y que hoy es parte integrante de la Constitución de la V República de 1958: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pou-*

*voirs déterminée, n'a point de constitution.*» Pues bien, el Tratado constitucional asegura en su Parte II una amplia Carta de Derechos fundamentales como límite a la acción de los poderes públicos (de la UE y de los Estados) y también a la actividad de los particulares, junto a un sistema de garantías jurisdiccionales que habrá de descansar en la interrelación de tres pilares: la garantía de los Tribunales estatales, la que proporcione el Tribunal de Justicia de la UE y, a su vez, la que asegure el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la medida que el Tratado Constitucional establece en su artículo I-9.2 la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Y el Tratado constitucional articula una organización institucional que se asemeja, con diferencias específicas, a una singular separación de poderes (Parte I, Título V y Parte III, Título VI, Cap. I), a saber: un Parlamento elegido por sufragio universal que ha visto acrecentados sus poderes, tanto en la función legislativa como en la de control; el Consejo Europeo, con funciones de impulso y dirección política; el Consejo de Ministros con poderes también legislativos y ejecutivos; la Comisión Europea con funciones de ejecución y gestión y el Tribunal de Justicia de la Unión que ha de ejercer una doble función jurisdiccional: por una parte, devenir la jurisdicción constitucional de la Unión y, por otra, y junto con los órganos dependientes del Poder Judicial de los Estados miembros, configurar el Poder Judicial de la Unión.

El procedimiento de reforma previsto en el artículo IV-443 y siguientes (en especial, el 445) establece un criterio de revisión constitucional basado en la regla de la unanimidad exigible en el Consejo Europeo. Son los Estados, individualmente considerados, los que determinarán con su consentimiento la eventual reforma de la Constitución europea. Ciertamente, éste es un ejemplo claro en el que la lógica intergubernamental que ha presidido la construcción europea se mantiene en demérito de la lógica comunitaria.

Además, el Tratado constitucional permite la separación de un Estado miembro (art. I-60), otra singularidad del modelo constitucional que propone, atípica en la estructura interna de los Estados compuestos que integran actualmente la UE.

En consecuencia, éstos son los trazos esenciales que permiten razonablemente utilizar el concepto de Constitución para referirse al Tratado constitucional, a pesar de la singularidad que supone que la Constitución de la UE no se sustente en la existencia de un *demos* propio (no hay un pueblo europeo pero sí unas condiciones básicas de ciudadanía) ni tampoco en una base estatal: la UE no es un Estado, sino una entidad dotada de personalidad jurídica integrada por una agrupación de Estados organizada con una perspectiva que probablemente habrá de ser de carácter federal.

Desde luego, todo lo expuesto hasta ahora no es óbice para introducir algunos elementos que necesariamente han de coadyuvar a relativizar una posición que se muestre excesivamente concluyente sobre los trazos constitucionales del Tratado firmado en Roma en diciembre de 2004. En primer lugar, porque formalmente la denominación empleada por la Convención presidida por el presidente francés V. Giscard d'Estaing ha sido la de tratado y el procedimiento establecido para su incorporación al ordenamiento jurídico esta-

tal es el que establezcan las Constituciones de los Estados miembros. En este sentido, la dependencia del Tratado constitucional a lo que establezcan las constituciones de los Estados miembros es notoria.

En segundo lugar, se ha afirmado que mal puede concebirse como Constitución al resultado de un proceso que en nada se asemeja a un proceso constituyente, fruto de un acto originario de soberanía, ya que se apuntaba en el apartado anterior, el Tratado constitucional ha sido la consecuencia de un proceso de síntesis, de construcción en fases, que hasta ahora ha llegado a un estado que tampoco ha de entenderse como definitivo. Sin embargo, el concepto de proceso constituyente es —entre otros— un buen ejemplo que obliga a analizar la construcción jurídica europea sin encorsetamientos dogmáticos y desvinculado de las categorías clásicas de la Teoría de la Constitución. Porque, por ejemplo, el concepto de poder constituyente es especialmente metajurídico. Se trata de una noción más propia de la Teoría Política en la que las variables históricas sirven mucho más que las categorías asentadas por la dogmática jurídica para explicar su contenido. En este sentido, un somero repaso a los procesos constituyentes europeos no proporciona respuestas muy distintas a la noción clásica, según la cual un acto originario del pueblo soberano traslada al depositario de la soberanía popular, el Parlamento, la decisión constituyente de dotarse de una Constitución. En este sentido, por ejemplo, no es lo mismo el proceso de elaboración de la Constitución de Portugal de 1976, tras el derrocamiento de la dictadura salazarista por la revolución de 25 de abril de 1974, que la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn, en una Alemania ocupada por los aliados que son los que, a la postre redactan —especialmente los asesores jurídicos de los Estados Unidos— la Constitución de la Republica Federal. Tampoco son asimilables los procesos constituyentes de la Republica Italiana, surgida tras un referéndum por el que se rechaza la monarquía y se adopta la forma republicana de gobierno, tras el hundimiento del régimen fascista y, por ejemplo, el que da lugar, finalmente, a la Constitución española de 1978, surgida tras un proceso legal que no rompe con el ordenamiento jurídico franquista, sino que a partir de éste se aprueba una ley puente —la Ley para la Reforma Política de 1977— que, en función del resultado surgido de las primeras elecciones democráticas de 17 de junio de 1977, determina una reforma de las Leyes Fundamentales de la dictadura de Franco, una reforma que concluye con la aprobación de la Constitución, que en sí misma fue el primer elemento de ruptura jurídica con la *legalidad* anterior. Y así, podríamos continuar, por lo que negar al Tratado su dimensión constitucional por la ausencia de un proceso constituyente clásico resulta ser un argumento especialmente débil.

Mayor relevancia en este sentido puede tener el hecho de que, por ahora, la UE no dispone de un aparato administrativo de gobierno sólido y completo en todos los ámbitos materiales; así, por ejemplo, todo lo que concierne al *ius puniendi* son todavía los Estados los que ejercen el poder, sin perjuicio de que en el futuro, el Parlamento europeo pueda ejercer su potestad legislativa armonizadota en relación a determinados tipos delictivos (arts. III-270 a 274). O que su presupuesto sea comparativamente muy inferior al conjunto

de los Estados miembros. O que la UE carezca de un Poder Judicial propio y que éste lo aporten los Estados miembros. O, en fin, que el proceso jurídico de integración venga predeterminado por las normas de apertura previstas en las Constituciones estatales (Jiménez Asensio). Pero todo ello no impide sostener que, en razón a una serie de variables esenciales, el Tratado constitucional supera el canon exigible para considerar razonablemente que responde a las características propias de una Constitución.

### III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hecho en Roma el 29 de octubre de 2004, introduce un elemento definitorio de su contenido constitucional: el reconocimiento de derechos y libertades, dotados de garantías jurisdiccionales

Sin duda, una de las novedades de mayor relieve que presenta respecto de lo que hasta hoy conforma el Derecho originario de la Unión, es la incorporación en su Parte II de la Carta de Derechos Fundamentales que fue proclamada en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000. Con ello, el Tratado cumple con uno de los requisitos exigibles a un texto con pretensiones de ser una Constitución: el reconocimiento de derechos y libertades de los ciudadanos para que de esta forma quede limitada la acción de los poderes públicos. Se trata de una condición ineludible del constitucionalismo racional normativo establecida en los albores del primer liberalismo, cuando en el artículo 16 de la célebre Declaración revolucionaria francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano se establecía que carece de Constitución aquel país en el que los derechos no son garantizados ni la división de poderes asegurada. El Tratado constitucional cumple con esta condición, siendo ésta la primera ocasión en la que el Derecho europeo así lo hace, situándose por tanto en la órbita propia de una norma de naturaleza constitucional. Sin embargo, se trata de una excepción en el proceso de construcción de la Europa política. Porque hasta ahora los Tratados que han conformado el Derecho comunitario y que son el armazón del futuro Derecho constitucional, si bien no han ignorado los derechos y libertades como referente interpretativo, es lo cierto que han operado bastante al margen de los derechos y libertades de la ciudadanía.

#### 3.1. A modo de evolución histórica

Es preciso recordar sumariamente que la Europa comunitaria del antiguo mercado común reflejada en el Tratado de Roma de 1956 se articuló en base a las cuatro libertades que han caracterizado la construcción de la unión económica, es decir, las libertades de circulación de trabajadores, mercancías, ser-

vicios y capitales. Los tratados comunitarios apenas han contenido referencias a los derechos fundamentales y, en todo caso, nunca hasta la aprobación del Tratado constitucional de 2004 han previsto el reconocimiento explícito de una declaración de derechos propia para la antigua Comunidad Europea o después de la Unión. Con el aval de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJ), se consideraba que ello era competencia de los Estados: a este respecto, se ha entendido que la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados sentada en la sentencia *Costa/Enel* de 1964, imponía que el Derecho comunitario garantizase los derechos fundamentales. Desde luego, se trataba de un planteamiento muy esquemático y, por supuesto, enormemente inseguro sobre la efectividad de las garantías jurisdiccionales que Europa podía ofrecer frente a la aplicación de su propio ordenamiento a fin de preservar los derechos y libertades.

Un primer punto de inflexión sobre esta acomodaticia tendencia de la jurisprudencia comunitaria se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia contenida en el caso *Stauder* (1969), en cuya fundamentación jurídica se señala acerca de la posición jurídica de los derechos en el sistema jurídico de la CEE que los mismos *forman parte de los principios del Derecho comunitario*. En la misma línea se inscriben posteriores resoluciones del mismo TJ en las que se establece que los derechos fundamentales han de ser deducidos de las tradiciones constitucionales de los Estados (caso *Handelsgesellschaft*, 1979) o, incluso, de los Tratados internacionales, y entre éstos, en especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma (1950) —CEDH—, como apuntaba la STJ del caso *Nold* (1974).

Pero, no obstante, estos esfuerzos de la jurisprudencia comunitaria por situar a los Tratados fundacionales en una lógica proclive a reconocer límites a la aplicación del Derecho comunitario, más allá de las fronteras de las cuatro libertades clásicas, la desconfianza mostrada por algunos Estados hacia la efectividad de las garantías jurisdiccionales ofrecidas por la Comunidad Europea frente a la aplicación de su derecho, hicieron que —por ejemplo— tanto en Italia (en la sentencia de la Corte Costituzionale en el caso *Frottini* (1973)— como sobre todo en Alemania, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, dictada en el caso *Solange I* (1974) se pusiesen de manifiesto las reservas frente a las posibilidades garantistas ofrecidas por los tratados europeos. Así, se establecía que mientras Europa no ofreciese a los ciudadanos alemanes un nivel o estándar de garantía para sus derechos equivalente al que ya les proporcionaba la Constitución germánica y sus instituciones jurisdiccionales, había de continuar siendo el Tribunal Constitucional de la RFA el órgano que garantizase sus derechos fundamentales.

La advertencia contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal *Solange I* hizo reaccionar de nuevo al TJCE, quien pocos años después, en su sentencia dictada con motivo del caso *Hauer* (1979) mostró su disposición a reconocer los derechos contemplados en las tradiciones constitucionales de los Estados y, de forma más precisa, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial a los derechos de propiedad, libertad profesional, inviolabilidad de domicilio, libertad económica, derechos de la personalidad,

protección de datos personales, la libertad de opinión, la libertad de prensa, la libertad religiosa y de confesión, la libertad de investigación científica, protección de la familia, derechos fundamentales procesales y, desde luego, el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. Consecuencia de esta nueva posición de la jurisdicción de Luxemburgo, su homóloga de Karlsruhe dictó una nueva sentencia con motivo del caso *Solange II* (1986) que permitió al Tribunal Constitucional alemán considerar que la jurisprudencia comunitaria, a través de la acción pretoriana del TJCE, había desarrollado una serie de criterios que permitían asegurar a los ciudadanos alemanes un grado de garantía jurisdiccional de sus derechos homologable con el dispensado por el sistema alemán.

Sin embargo, y tras los avances en la institucionalización en una primera fase de la unión política de Europa, con motivo del proceso de ratificación por los Estados del Tratado de Maastrich (1992), de nuevo la jurisdicción constitucional alemana volvió a expresar sus reticencias acerca de las garantías relativas a los derechos fundamentales, al establecer en su sentencia de 12 de octubre de 1993 relativa al Tratado de la Unión Europea (TUE), su reserva de competencia a fin de asegurar la garantía general de un estándar indisponible de derechos, que se extendía incluso sobre los actos derivados directamente de los órganos comunitarios. En términos generales se pronunció en este sentido la Corte Costituzionale italiana.

Pero en todo caso, este proceso pone en evidencia que a pesar de las reservas estatales, el TJCE ha ido creando una jurisprudencia en materia derechos que ha acentuado su labor garantista, más allá de la protección de las cuatro libertades clásicas que dieron luz a la unión económica y aduanera en Europa. De tal forma que si bien hasta el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión de 2004, no ha habido una declaración sistemática de derechos exigibles frente a la aplicación del Derecho comunitario por los órganos de la Unión y de los Estados, a partir la actividad jurisdiccional del TJCE sí que se ha ido construyendo un sistema de protección de derechos que ha abarcado aquellos tan relevantes como el derecho a no ser sometido a trato discriminatorio, en especial con establecimiento de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, la libertad de asociación y la protección del secreto comercial. Además, tras la entrada en vigor del TUE de Maastrich se incorporaron al acervo comunitario los derechos de ciudadanía (derecho de sufragio activo y pasivo) así como se aseguró el respeto a los derechos fundamentales tal como éstos eran garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH; Roma, 1950) y en las tradiciones constitucionales de los Estados.

Este planteamiento suscitó la asunción de un reto al que la UE había de dar respuesta: su adhesión al CEDH de 1950. Pero, sin embargo, el TJCE declaró en su Dictamen 2/94 que la garantía de los derechos no constituía una esfera propia de la competencia de la UE, razón por la cual la adopción de las normas contenidas en el citado Convenio de Roma comportaba incorporar una competencia extraña a los Tratados originarios, por lo que, salvo la reforma previa de éstos, no era posible la adopción de una declaración propia de derechos. En este contexto, ya se hacía ineludible la revisión del Derecho ori-



ginario y así lo manifestarían diversos Consejos Europeos, sobre todo el de Colonia (1999), en el que se acuerda visualizar una Carta de derechos fundamentales de la Unión, y en el de Tampere se decide aprobar un procedimiento de elaboración a través de una Convención. Finalmente, el año siguiente, en el Consejo de Niza, si bien fracasa el intento de incorporar la Carta a la parte dispositiva de los Tratados, se decide que sea proclamada en diciembre de 2000, a la espera de mejores circunstancias de orden político que, a la postre, son las que se concitaron para aprobar el *Tratado por el que instituye una Constitución para Europa, aprobado en Roma el 29 de octubre de 2004*.

### **3.2. Los derechos fundamentales se integran en la Parte II del Tratado constitucional**

En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en 2000 ha sido incorporada en su integridad en el Tratado constitucional, con el añadido de una Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, que fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta. Han sido actualizadas por el Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen —matiza la citada Declaración— un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

Su contenido y estructura es esencialmente tributario de las aportaciones del constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial: las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de Italia, la Ley Fundamental de Bonn y el preámbulo de la Constitución de la IV República Francesa, así como las contenidas en las democracias del sur de Europa que hoy forman parte de la Unión (Grecia, Portugal y España), han sido un referente tenido en cuenta por la Convención que elaboró la Carta. En este sentido, es preciso constatar que su contenido no introduce grandes innovaciones respecto de las tradiciones constitucionales europeas, a excepción, entre otros pocos ejemplos, de la constitucionalización del derecho a una buena administración (art. II-101).

La proclamación de la Carta en 2000 supuso revertir el sentido del Dictamen 2/1994 del TJCE por el que se resolvía que la regulación de los derechos fundamentales no formaba parte de las competencias de la Unión. Con su incorporación al Tratado constitucional de Roma de 2004 se consolida uno de los aspectos más relevantes de éste, cual es el institucionalizar un límite al poder de la Unión y de los Estados cuando aplican el Derecho europeo. Los derechos son límites al poder tanto de las instituciones públicas como a las acciones de los particulares. De esta forma la Carta supuso la configuración de un *Bill of Rights* europeo que ha permitido visualizar el límite al poder a través de los derechos, que ya la jurisprudencia de Luxemburgo había iniciado bastantes años antes a través de su acción pretoriana. La

institucionalización de los derechos supone, sin duda, un crecimiento de la legitimidad democrática de la Unión (Alonso García) y le ha de permitir disponer de un marco constitucional propio para el desarrollo de políticas públicas en materia de derechos fundamentales. El reconocimiento explícito de una declaración de derechos es una forma de fortalecer la integración y la legitimación del ordenamiento europeo en su conjunto (Cappelletti, Secombe y Weiler).

Por otra parte, la relevancia que para el continente europeo ha tenido en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha hecho que el Tratado constitucional establezca explícitamente que la Unión se adherirá al CEDH, sin que por esta causa las competencias de la Unión se vean modificadas. Tanto los derechos y libertades que forman parte del CEDH, como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. I-9, apartados 2 y 3).

Con la entrada en vigor del Tratado constitucional, la ciudadanía europea verá aumentados los referentes normativos que ha de asegurar sus derechos y libertades: a lo previsto en las Constituciones de los Estados miembros y en los Tratados y Convenios internacionales, hay que añadir lo dispuesto en la Parte segunda del Tratado. Esta diversidad plantea, sin duda, la posibilidad de una diferencia de grado de protección o de estándar de garantía; y es evidente que para dar respuesta a un problema que de producirse sería insostenible, el Tratado establece que *«ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como las Constituciones de los Estados miembros»*.

### 3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

*La naturaleza de los derechos reconocidos.* En su Preámbulo, la Carta sitúa a la persona como sujeto destinatario básico de la actividad de los poderes públicos de la UE y de los Estados miembros. Es decir, cuando la UE crea un espacio de libertad, seguridad y justicia (la ciudadanía europea), es la persona, el individuo, el núcleo básico de la su actuación y, por tanto, el único sujeto de derechos. No obstante, ello no es obstáculo para que la idea de grupo o identidad colectiva pueda ser también entendida como un bien jurídico susceptible de protección. Así, se afirma que la preservación de los valores comunes en los que funda la Carta de la UE se basa en *«...el respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa...»*, lo cual parece habilitar la idea de que la Carta no sólo se funda en los derechos de la persona individual, sino asimismo también en aquellos otros que, siendo también de titularidad indi-

vidual, presentan, no obstante, una indudable dimensión colectiva, vinculada —sobre todo— a la identidad nacional de una colectividad o grupo humano. Parece como si al referirse a los pueblos de Europa, la Carta asuma que los viejos Estados nacionales europeos integran en su territorio o fuera del mismo, realidades nacionales diversas que no coinciden con el Estado-nación institucionalizado en las Constituciones estatales en el que se encuentran enclavados y que, por tanto, estas realidades requieran de protección en lo que concierne a su cultura y tradiciones. Ahora bien, siendo ello factible, y, por tanto, asumiendo que la Convención que elaboró la Carta no desconocía la realidad plurinacional en algunos de los Estados de la UE, el Preámbulo se cuida mucho de precisar que esta realidad lo es sin perjuicio del respeto a «*la identidad nacional de los Estados miembros*», con lo cual la Carta se aleja de cualquier planteamiento que pueda cuestionar el binomio Estado-nación institucionalizado en los Tratados fundacionales de la UE. Finalmente, esta difícil con-junción entre la realidad estatal y la pluralidad nacional interna se conjuga con un escrupuloso respeto a las diversas formas de descentralización política diseñada por las respectivas Constituciones de los Estados europeos: «*La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto —a— la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local...*»

La Carta aborda las cuestiones referidas a la *titularidad* en relación con cada uno de los derechos fundamentales de acuerdo al carácter individual de aquélla: así, la Carta emplea expresiones como «toda persona» o «todo ciudadano», de manera tal que no ofrece dudas acerca de la titularidad individual de los derechos. Si acaso, los aspectos más controvertidos que pueden derivarse son los relativos a la titularidad de algunos de estos derechos fundamentales por las personas jurídicas.

Los derechos reconocidos por la Carta pueden integrarse en tres grupos diferenciados, que se identifican con los que, en general, las Constituciones de los Estados miembros de la UE reconocen: los derechos individuales y de participación; los derechos sociales que requieren un nivel específico de prestación por los poderes públicos y que suponen la gran novedad en el ámbito del Derecho europeo, que por vez primera incorpora derechos de esta naturaleza jurídicamente exigibles. Y, finalmente, constitucionaliza los nuevos derechos referidos a la protección de la bioética (art. II-63); la protección de los datos personales (art. II-68); la salvaguarda del medio ambiente (art. II-97) e, incluso, el singular derecho a una buena administración (art. II-101). Por tanto, la Carta se aproxima a los derechos fundamentales entendiéndolos no sólo como una garantía o límite frente a los poderes públicos, y en especial del legislador, sino también como objetivos a cumplir por parte del Estado. Si en el CEDH la aceptación de los derechos sociales sólo resultaba por vía indirecta, en la Carta su reconocimiento es explícito.

La finalidad de los derechos reconocidos que permiten justificar los límites a los mismos no sólo es la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás, sino también alcanzar los objetivos de interés general reconocidos por la UE. Por tanto, además de la protección de los intereses de orden individual, la Carta obliga —o mejor, podrá obligar al TJCE— a proteger inte-

reses de orden general que se habrán de imponer a aquellos que eventualmente puedan defender los Estados miembros.

*Los derechos individuales y de participación.* En materia de derechos civiles y políticos, la Carta se ha encontrado con un referente importante como es la CEDH. Los avances conseguidos a través de la aplicación de la misma desde 1950 y, especialmente, mediante la interpretación jurisdiccional del TEDH, no podrán ser obviados cuando se trate de fiscalizar la actuación de los poderes públicos comunitarios y estatales en aplicación del Derecho comunitario. Esta jurisprudencia constituye —en palabras del propio TEDH— «*un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales*», de manera que sean garantizados «*unos derechos que no son teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos*» (Sent. *Matthews c/Reino Unido*, de 18 de febrero del 1999).

La diferencia más sustantiva entre los derechos individuales y los de participación política es que, en general, los primeros son reconocidos a las personas mientras que los segundos tienen como titulares activos sólo a los ciudadanos europeos. De esta forma, la Carta aleja a los residentes extranjeros de la participación política, sin perjuicio —claro está— de lo que al respecto puedan establecer las Constituciones de los Estados en determinados niveles de la representación política. Por tanto, en cuanto a la titularidad de los derechos de participación y más en general —según la denominación empleada en el texto— de los derechos de ciudadanía (Título V, art. II-99 a art. II-106), la Carta establece un criterio de geometría variable (Simon). Así, el ciudadano europeo es el único titular del derecho de sufragio en su doble faceta activa y pasiva a las elecciones al Parlamento Europeo y a las municipales (arts. II-99 y II-100); del derecho de acceso a los documentos (art. II-102); a la garantía no jurisdiccional que proporciona el Defensor del Pueblo (art. II-103); al derecho de petición (art. II-104) y la protección diplomática consular (art. II-106). Mientras que la titularidad se amplía a todas las personas en el ejercicio del derecho a la buena administración (art. II-101); al derecho a dirigirse en las lenguas de los Tratados a los poderes públicos de la UE (art. II-101); a la libertad de circulación y residencia, aunque en el caso de los extranjeros, sólo como una posibilidad dependiente de la decisión de la Administración pública, en la medida en que se dispone que «*se podrá conceder...*» a favor de «*los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro*» (art. II-105).

La enumeración de derechos fundamentales se entiende como un nivel o estándar mínimo que debe ser asegurado frente a los actos de las instituciones europeas o estatales en aplicación del Derecho comunitario, sin perjuicio de un mayor nivel de garantía que puedan proporcionar las legislaciones de los Estados. Así lo establece el artículo II-113 de la Carta ya invocado en el apartado anterior.

En general, el contenido de los derechos fundamentales reconocidos es especialmente tributario del Derecho internacional, del CEDH y, por supuesto, de las previsiones normativas —en ocasiones a veces de forma absolutamente mimética— de las Constituciones de los Estados. Ciertamente, y aun siendo un texto de nueva planta en la historia del Derecho comunitario, la Car-

ta de Derechos Fundamentales no ha sido elaborada *ex novo* porque la jurisprudencia del TJCE ya ha venido realizando una labor interpretativa de gran relieve. Y uno de los ámbitos en los que ésta se ha manifestado de forma más decisiva ha sido el relativo a la garantía de la igualdad frente a los actos discriminatorios.

El *derecho a no ser discriminado* (art. II-81). Este precepto introduce, entre otros límites, la prohibición de discriminación por razón de pertenencia a una minoría nacional. Asimismo, el artículo I.4.2 del Tratado constitucional establece que «*en el ámbito de aplicación de la Constitución, y sin perjuicio de sus disposiciones particulares, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad*». Esta reserva a favor del derecho de los Estados podría habilitar un cierto margen de maniobra para tratamientos diferenciados en virtud de la nacionalidad. El reto que se le plantea a la Unión Europea se centra en evitar que las diferencias que puedan establecerse en materia de derechos de libertad básicos, sobre todo con relación a los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión, no respondan a criterios de proporcionalidad. No obstante, en principio hay que considerar que constituye un límite a esta tentación lo preceptuado en el artículo II-83 de la Carta en la medida en que establece que «*La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*». Es evidente que, atendido el contenido de la Carta y los criterios de titularidad de los derechos ya señalados, tal respeto no puede quedar constreñido sólo a la cultura, la religión y la lengua de los Estados miembros.

Respeto a la diversidad en materia lingüística, ésta tiene sus límites en las lenguas que ostentan la condición de oficiales en las instituciones comunitarias, es decir, en las lenguas comunes de los Estados. Por el contrario, aquellas otras que son cooficiales en un territorio determinado de los respectivos Estados, no gozan, por ahora, del mismo estatuto. En este sentido, habrá que entender que la protección a la que se refiere la Carta se ha de traducir en políticas públicas de fomento. En términos más concretos, el régimen lingüístico de la UE queda delimitado a aquellos idiomas que tienen el carácter de oficiales en el espacio europeo, lo cual ha de permitir que «*toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua*» (art. II-101.4).

En lo que concierne a la *igualdad entre hombres y mujeres* (art. II.83), la Carta acepta la adopción de medidas de discriminación positiva para paliar discriminaciones por razón de sexo: «*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*» Con ello la Carta se sitúa en la línea adoptada por la jurisprudencia del TJCE, en el caso *Abrahamson* (St. de 7 de julio del 2000), que desarrolla la posición ya adoptada en el caso *Marshall* en 1998, que a su vez mataba los criterios empleados en el caso *Kalanke*.

Pero, sin lugar a dudas, en materia de derechos la aportación más novedosa que se contiene el Tratado constitucional es la relativa a la constitucionalización de los derechos sociales. En efecto, cuando la Carta fue proclamada en el Consejo de Niza en 2000, destacó ya entonces por un hecho de especial relieve e insólito en el Derecho comunitario: la incorporación de un impor-

tante catálogo de derechos sociales específicos que exigen de los poderes públicos un especial nivel de procura asistencial. No hay que olvidar, en este sentido, que con excepción de la libertad sindical, la CEDH no reconoce otro derecho de esta naturaleza, si bien la realidad jurisprudencial ha sido mucho más compleja en la medida en que ya desde su sentencia de 9 de octubre de 1979, el TEDH reconoció la vinculación entre los derechos civiles y políticos con los derechos sociales (Sudre).

El Título IV de la Parte II del Tratado constitucional codifica bajo el rótulo de solidaridad un importante catálogo de derechos sociales (Jacque), entre los que cabe reseñar los siguientes: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y acción colectiva; derecho de acceso a los servicios de colocación; protección en caso de despido injustificado; condiciones de trabajo justas y equitativas; prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo; derecho de la vida familiar y la vida profesional; seguridad social y ayuda social; protección de la salud; acceso a los servicios de interés económico general; protección del medio ambiente y protección de los consumidores. Se trata de un reconocimiento de derechos, algunos de ellos propios del ámbito de las relaciones jurídico-laborales, que se recoge el Tratado con un especial detalle y concreción muy superior a lo que sobre ellos mismos prevén las Constituciones de los Estados miembros.

No obstante, hay que señalar que en algunos de estos derechos la Carta se muestra absolutamente subordinada a las prescripciones vigentes, tanto en el Derecho comunitario como en las legislaciones nacionales de los Estados, con lo cual el valor jurídico que pueda tener la Carta en el futuro queda muy condicionado e, incluso, puede resultar superfluo en lo que respecta a derechos como la protección de la seguridad social y la ayuda social o el acceso a los servicios de interés general. La fórmula de remisión que habitualmente se incorpora a la tutela de estos derechos es aquella según la cual la protección del derecho en cuestión —por ejemplo, la seguridad social— se establece de acuerdo a «...las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales». Y la legislación estatal destinataria de esta remisión es, sobre todo, la legislación de extranjería que es la que —a su vez— predetermina las condiciones para la aplicación a los extranjeros de lo previsto en la legislación sectorial (sanidad, asistencia social, etc.) de las condiciones de goce de los derechos de prestación social a las que pueden acogerse. Y si ésta fuese restrictiva, el riesgo de consolidar ciudadanos de dos clases, en función de la nacionalidad, puede traducirse en una realidad tangible. Un buen ejemplo de ello, ya lo plantea la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, en la redacción surgida de su modificación por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, cuando hace depender el ejercicio de derechos fundamentales de un requisito administrativo —no establecido en la Constitución— cual es el de haber obtenido la autorización de estancia o residencia en España.

En el capítulo de los nuevos derechos, destaca por su singularidad el que la Carta denomina *el derecho a una buena administración* (art. II-101). Su justifi-

cación se basa en la preceptiva justiciabilidad de los actos de la Administración Pública de acuerdo con unos determinados principios de organización y funcionamiento que la deben presidir. De acuerdo con ello, la Carta establece que en el procedimiento administrativo se debe reconocer el derecho de audiencia al interesado cuando un acto administrativo le afecte negativamente; el derecho de acceso al expediente; el deber de la Administración de motivar sus decisiones; y, asimismo, se incorpora también la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones.

Los derechos que permiten delimitar la *ciudadanía europea* se encuentran reconocidos en el Título I de la Parte II (arts. II-99 a II-106). El *estatus* jurídico general de la ciudadanía, en tanto que es uno de los objetivos de la Unión, significa que toda persona que disponga de la nacionalidad de un Estado miembro posee, simultáneamente, la ciudadanía de la Unión y la que le corresponde por ser nacional de un Estado miembro, sin que la primera sustituya a la segunda (art. I-10). La manifestación jurídica de este *status* de ciudadanía europea se concreta en: el derecho de sufragio activo y pasivo, tanto en las elecciones al Parlamento Europeo como en las elecciones municipales; en el ya citado derecho a una buena administración; en el derecho de acceso a los documentos de las instituciones y órganos de la Unión, cualquiera que sea su soporte; el derecho de acceso a una garantía no jurisdiccional como es el Defensor del Pueblo; el derecho de petición ante el Parlamento europeo; la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros y, finalmente, el derecho a la protección diplomática y consular en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que el ciudadano es nacional, por parte de la representación de cualquier otro Estado miembro que sí disponga.

La constitucionalización de los derechos y de sus garantías jurisdiccionales, que son abordadas en la tercera parte de este trabajo, se complementa con la institucionalización del *Defensor del Pueblo*, como magistratura de persuasión para fiscalizar los casos de mala administración en los que se encuentren implicados órganos de la UE, excepción hecha del TSJC en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (art. II-103).

### 3.4. Las garantías jurisdiccionales

Cuando la Carta europea de Derechos Fundamentales fue proclamada en Niza, era evidente que esta decisión política suponía un límite a las pretensiones más optimistas que perseguían incorporar su contenido al Tratado que entonces se aprobaba; es decir, integrarla en el Derecho originario de la Unión. Tal opción no fue posible, con lo cual su eficacia jurídica no era entonces efectiva, pero ello no impidió que su parte dispositiva fuese invocada como parámetro interpretativo por órganos jurisdiccionales en algún Estado miembro (Díez-Picazo). Éste fue el caso de la STC 292/2000, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la *Ley Orgánica 15/1999*,

de 13 de diciembre, de *Protección de Datos Personales*, en la que el Tribunal Constitucional español acudió en un *obiter dictum* a las previsiones de la Carta en relación a la llamada libertad de autodeterminación informativa, incluso en fechas ante de la citada proclamación en el Consejo de Niza.

Con su incorporación íntegra en la Parte II del Tratado constitucional, a la que hay que añadir la *Declaración específica relativa a las explicaciones que sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, la ciudadanía europea ya dispone de una Declaración de derechos y de un sistema de garantías jurisdiccionales para la tutela de sus derechos frente a las disposiciones legislativas y administrativas y actos de las instituciones de la Unión y de los Estados que apliquen Derecho europeo.

El ámbito de aplicación de la Parte II es el de la actividad de los órganos de la Unión y de los Estados cuando, en efecto, aplican del Derecho europeo, en el marco del respeto al principio de subsidiariedad, es decir, de acuerdo con las competencias de cada administración y siempre que los objetivos de la Unión, no tratándose de competencias exclusivas de la misma, no puedan ser alcanzados de forma suficiente por el ente administrativo más próximo al ciudadano (art. I-11). De tal forma que la articulación de las garantías del cumplimiento de los derechos y principios reconocidos en el Tratado, no supone una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho la Unión, más allá de las competencias que ésta ya dispone (art. II.111).

En cuanto al *alcance e interpretación de los derechos y principios*, el Tratado establece que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos habrá de ser establecida por ley, la cual deberá respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades (una cláusula de evidente inspiración fundada en las Constituciones de Alemania y de España) y dentro del respeto al principio de proporcionalidad. Estas limitaciones sólo podrán introducirse siempre que sean necesarias y respondan a objetivos de interés general reconocidos por la Unión.

Es evidente, que el contenido de esta Parte II —fruto de las tradiciones constitucionales que incorpora— es similar a las Constituciones de los Estados y al CEDH. Respecto de éste, el Tratado establece que en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere el Convenio, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión proporcione una protección más extensa. En un sentido similar también se pronuncia la Carta, cuando se trata de la correspondencia de su contenido con las tradiciones constitucionales, estableciendo que los derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

Tras la aprobación del Tratado constitucional en diciembre de 2004, a la Carta se le ha añadido —como se exponía con anterioridad— una Declaración relativa a las explicaciones a su contenido, que en la medida en que contienen criterios jurisprudenciales ya asentados por el Tribunal de Justicia de la Unión, han de ser concebidas como un criterio interpretativo adicional a este *bill of rights* de Europa.

Acerca del *nivel de protección* que ha de proporcionar el Tratado a los derechos y libertades reconocidos por la Carta, ésta ya estableció que ninguna de



sus disposiciones podrá ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos y libertades reconocidos por el propio Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros de la misma y, en particular, el CEDH, así como las Constituciones de los Estados miembros. Con esta cláusula del Tratado constitucional se pone de manifiesto la realidad plural del abigarrado sistema de garantías de derechos en la Unión, integrado, sobre todo, por la tríloga que componen la Carta, el CEDH y las Constituciones de los Estados, a la que también hay que añadir, en un segundo nivel, los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia (art. II-114). Parece, pues, que de acuerdo con el principio general hermenéutico del *favor libertatis*, las eventuales contradicciones que pueden plantearse en cuanto al grado de protección del que haya de gozar un derecho en un caso concreto, habrán de ser resueltas mediante la aplicación de la norma más favorable.

Finalmente, la Carta establece la prohibición del abuso de derecho, de tal forma que nunca podrá ser interpretada en el sentido de que cualquier titular pueda dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos (art. II-114).

La articulación del sistema de garantías de los derechos y libertades, plantea cuestiones de especial controversia, de las que —entre otras— cabe reseñar las siguientes: la relevancia de la adhesión de la Unión al CEDH (art. I-9,2), que ha de permitir la asunción del importante acervo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo; la controvertida relación entre el Derecho constitucional de la Unión y el Derecho constitucional de los Estados que, probablemente, obligará a revisar la tradicional jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 64/1991, caso *Apesco*) que estableció la regla interpretativa por la que la jurisdicción constitucional no puede ejercer juicio de adecuación de las normas al Derecho comunitario y, finalmente, la funcionalidad de la cuestión prejudicial (art. III-365.4) promovida por el juez estatal ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, como garantía indirecta de los derechos fundamentales.

#### IV. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: UNA DIVISIÓN DE PODERES CON UN PARLAMENTO MÁS RELEVANTE

La organización de las instituciones de la UE ha sido un ámbito en el que las novedades introducidas por el Tratado constitucional son notables. Y, sobre todo, el procedimiento para la toma de decisión, con la ruptura de la regla de la unanimidad, de imposible aplicación en una UE de veinticinco Estados, ha devenido uno de los caballos de batalla más importantes de la Convención y que ha dado lugar a mayores controversias entre los Estados, en especial en el seno del binomio integrado por Alemania y Francia, sin el cual la UE carece de sentido. A destacar en esta nueva configuración institucional, el Consejo Europeo, al que se le dota de una presidencia estable; el Consejo de Ministros, cuya presidencia ha sido un importante caballo de batalla entre los Esta-

dos; la nueva organización de la Comisión Europea; el aumento de poderes del Parlamento; la institucionalización de la figura del Ministros de Asuntos Exteriores de la UE, además de la autonomía del Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas como órgano de control de la gestión financiera de la UE. Este conjunto institucional se estructura a través de una singular división de poderes, en la que la potestad legislativa es compartida por el Consejo de Ministros y el Parlamento, de acuerdo con una dirección política general que corresponde al Consejo Europeo y cuya ejecución es atribuida a la Comisión. Se trata de una forma de gobierno, con todas la diferencias propias del proceso de institucionalización europeo, relativamente asimilable a la forma parlamentaria de gobierno, pero singularizada por la notoria especificidad que ofrece un poder ejecutivo de naturaleza mixta, atendidas, por un lado, las funciones legislativas y propiamente ejecutivas que realiza y la base estatal que determina el procedimiento regulador de la toma de decisión. Es evidente que la categorías clásicas del Derecho constitucional empleadas para clasificar las formas de gobierno, sirven de poco para definir la organización institucional del gobierno europeo.

a) El *Consejo Europeo y el Presidente del Consejo Europeo* (arts. I-21 y 22, además del art. III-341), es el órgano compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y el Presidente de la Comisión. En los trabajos del Consejo también participará el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. El Presidente es elegido por los miembros del Consejo por un período de dos años y medio por mayoría cualificada, siendo su mandato renovable una sola vez. De esta forma, se termina con el costoso y disfuncional sistema de las presidencias rotatorias por seis meses. Se trata, en definitiva, de visualizar una autoridad representativa de la UE, con una cierta voluntad de permanencia. No obstante, como se verá más adelante, no resultará fácil la concreción político-institucional del Presidente de la UE, es decir, su configuración como interlocutor indiscutible ante otros representantes políticos, si nos atenemos a la diversidad de órganos europeos con funciones de representación de las políticas europeas, como es el caso del Presidente del Consejo de Ministros, el Presidente de la Comisión y el Ministro de Asuntos Exteriores.

El Consejo Europeo ejerce funciones de impulso para la definición y el desarrollo de las orientaciones y prioridades políticas generales. No le corresponde ejercer funciones legislativas y toma sus acuerdos por consenso, salvo que la Constitución determine otra cosa. Parece evidente que con esta naturaleza y funciones, se trata de un órgano que responde a una lógica intergubernamental.

b) El *Consejo de Ministros* (arts. I-24 y I-25; arts. III-342-346). Es el órgano de gobierno de la UE, pero a su vez es también órgano legislativo. Como órgano de gobierno, es decir, como parte de lo que podría denominarse el Poder Ejecutivo de la UE (que se ejerce con el concurso de la Comisión) se puede reunir en diversas formaciones, en función de la materia. La prepara-

ción de sus trabajos corresponde al Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados (COREPER). Sus decisiones las adopta por mayoría cualificada. Y su presidencia, salvo la relativa al Consejo de Asuntos Exteriores, corresponde a los representantes de los Estados miembros en el Consejo de Ministros, mediante un sistema de rotación. Sus actos y normas, salvo que se trate de recomendaciones o dictámenes, pueden ser objeto de control por el Tribunal de Justicia.

c) *El sistema de votación en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros* (art. I-25). Sin duda, ésta ha sido una cuestión central que ha ocupado a los Consejos Europeos tras la cumbre de Niza de 2000. La cuantificación de definición de la mayoría calificada, según el doble criterio de los Estados y de la población pretende aunar la doble legitimidad de la UE, basada en la voluntad de los ciudadanos y de los Estados, y ha dado lugar a la regla siguiente: la mayoría cualificada se obtendrá con el voto favorable, como mínimo, del 55% de los miembros del Consejo que, a la vez, incluya, al menos, a quince de ellos y, asimismo, represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la UE. Con lo cual, una minoría de bloqueo estará compuesta al menos por cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se habrá alcanzado. Tanto el Presidente del Consejo Europeo como el Presidente del Consejo de la Comisión no participan en las votaciones del Consejo Europeo.

d) *La Comisión Europea y su Presidente* (arts. I-26 y I-27; III-347 a III-352). Es el órgano ejecutivo del Gobierno de la UE. Su composición es amplia: está integrada por comisarios que representan a cada uno de los Estados miembros. Se ha renunciado a una Comisión restringida, que fue uno de los temas de controversia en el seno de la Convención entre europeístas y los sectores más pragmáticos. El Presidente es elegido por el Parlamento por mayoría de sus miembros, a propuesta por mayoría cualificada del Consejo Europeo, lo que le otorga una superior plus de legitimidad democrática.

Las funciones de la Comisión son las de promover el interés general de la UE; velar por la aplicación de la Constitución y de las medidas que se adopten en ejecución de la norma suprema. Asimismo, supervisa la aplicación del Derecho europeo bajo el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia; ejecuta el Presupuesto y gestiona los programas de gobierno; ejerce la programación anual y plurianual, la coordinación, ejecución y gestión. Finalmente, con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás previstos por la Constitución, asume la representación exterior de la UE. Esta representación también atribuida a la Comisión pone de relieve el abigarrado sistema institucional y las dificultades que en el futuro pueden plantearse para identificar un interlocutor bien definido e identificado de la UE en el ámbito de las relaciones internacionales.

e) *El Parlamento Europeo* (art. I-20 y arts. III-330 a 340). El Parlamento es el representante de los ciudadanos de la UE. Es elegido por sufragio uni-

versal desde 1979. Su poder se ha visto aumentado con la nueva regulación contenida en la Constitución, tanto en lo que concierne al ejercicio de la potestad legislativa (que comparte con el Consejo de Ministros) y, especialmente la presupuestaria, sino también en lo que concierne a la función de control sobre la Comisión.

El criterio de representación electoral es proporcional. El número de diputados no puede exceder de 750, con un mínimo de 6 diputados por Estado miembro, sin que ninguno de éstos disponga de más de 96 escaños. Su mandato es de cinco años. No se establece criterio constitucional sobre el alcance territorial de la circunscripción.

Dispone de iniciativa para solicitar a la Comisión la presentación de propuestas sobre cualquier asunto que a juicio del Parlamento requiera la elaboración de un acto de la UE para aplicar la Constitución. Puede crear comisiones parlamentarias de investigación.

Los ciudadanos pueden ejercer la iniciativa legislativa popular y el derecho de petición ante el Parlamento. Por su parte, éste nombra al Defensor del Pueblo, quien está facultado a recibir las quejas de los ciudadanos, relativas a los casos de mala administración en la actuación de los poderes públicos de la UE, con exclusión del Tribunal de Justicia.

En el ejercicio de la función de control, el Parlamento puede plantear una moción de censura, que si es aprobada por los dos tercios de los votos emitidos que representen, a su vez, la mayoría de los diputados que componen el Parlamento, los miembros de la Comisión deberán dimitir de sus cargos, así como también el Ministro de Asuntos Exteriores lo deberá hacer del cargo que ejercer en el seno de la Comisión.

f) *El Ministro de Asuntos Exteriores* (art. I-28). La creación de este nuevo órgano en el entramado constitucional de la UE fue objeto de amplio consenso en el seno de la UE. Es nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada y con la aprobación del Presidente de la Comisión Europea. Por el mismo procedimiento, el Consejo Europeo lo podrá cesar en el cargo.

Es el responsable de la política exterior y de seguridad común de la UE. Contribuye con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Hará lo propio respecto de la política común de seguridad y defensa.

Este Ministro preside el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores y, a su vez, es uno de los Vicepresidentes de la Comisión Europea.

Con esta diversidad de funciones no es improbable que pueda plantear futuras fricciones con el Presidente del Consejo Europeo.

g) *Otros órganos de la UE: el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas* (art. I-30 y art. III-382; arts. I-31 y III-384).

El *Banco Central Europeo* (BCE) y los bancos nacionales constituyen el sistema de Bancos Centrales. Con base en una moneda única, el euro, dirigen la política monetaria de la UE. Dispone de personalidad jurídica.

El Presidente, el Vicepresidente y los demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco son nombrados por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, previa consulta al Parlamento y al Consejo de Gobierno del BCE.

El *Tribunal de Cuentas* es el órgano que ejerce el control de la actividad financiera de la UE. Sus miembros son nombrados por el Consejo de Ministros previa consulta del Parlamento y de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado.

## V. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El Tratado constitucional estructura el sistema de fuentes del ordenamiento a partir del principio de preeminencia de la Constitución europea sobre el ordenamiento de los Estados miembros, tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el de las compartidas (art. I-6). Se trata de una preeminencia parcial que, no obstante, ha de acrecentarse de forma paralela a la progresiva expansión que el Derecho europeo experimente sobre el Derecho de los Estados en los más diversos ámbitos materiales.

El reflejo constitucional de la primacía jurídica sobre el Derecho de los Estados, puestos de relieve de forma paradigmática en la lejana Sentencia del TJ en el caso *Costa/Enel* de 1964, ha sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales de especial relevancia en Alemania y Francia, con motivo de la aprobación del Tratado de Maastrich. Como consecuencia —ya entonces— de la posición manifestadas por las respectivas jurisdicciones constitucionales, se produjo una reforma constitucional tendente a incorporar la posición de primacía del Derecho europeo en las Constituciones respectivas. Se trataba de institucionalizar la cláusula de apertura al Derecho comunitario, europeizando la Constitución. En España, la cuestión se ha planteado más recientemente, con motivo del proceso previo a la ratificación por las Cortes Generales en mayo de 2005, del Tratado constitucional. El Gobierno, en uso de la potestad que le confiere el artículo 95.2 de la CE requirió al Tribunal Constitucional a pronunciarse, esencialmente, acerca de: 1) la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y el artículo I-6 del Tratado (preeminencia del Derecho europeo); 2) a la vista de lo establecido en el artículo 10.2 CE (cláusula de apertura al Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales), la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los artículos II-111 y II-112, que forman parte de la carta de Derechos Fundamentales de la UE; la suficiencia o no del artículo 93 de la CE (cláusula de apertura y de integración al Derecho Internacional) a los efectos de prestación del consentimiento del Estado por el que se establece una Constitución para Europa. En su Decisión 1/2004, de 13 de diciembre, el TC negó que existiese contradicción entre los preceptos que fueron objeto de su requerimiento, razón por la cual estableció que el artículo 93 de la CE era suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido, por lo que, en consecuencia, no era preciso reformar la CE al respecto. Con este pronunciamiento, el TC reiteró el criterio por el cual, des-

pués de haber sido aplicados los efectos de la jurisprudencia *Costa/Enel* desde que España se integró en 1986 en la antigua CEE, la reforma de la CE en virtud del valor de primacía del Derecho europeo no resultaba jurídicamente necesaria. Sin embargo, también se ha visto en esta Decisión una oportunidad perdida para insertar de alguna forma la idea de Europa en la Constitución que hubiese resultado especialmente conveniente.

La Constitución europea ostenta la condición de norma jurídica y es, sin duda, la primera fuente del Derecho europeo; pero también es la norma que organiza el sistema de fuentes. Un sistema que, en parte, es la continuación —con una denominación distinta— del sistema anterior articulado en torno a los Reglamentos y las Directivas, pero también supone modificaciones sustanciales del sistema normativo que no siempre son de fácil conceptualización (Título V, Cap. I, arts. I-33 a I-39). La nueva configuración del sistema de fuentes ofrece la siguiente estructuración:

- Se establece una dificultosa distinción entre actos jurídicos y actos normativos.
- El derecho derivado se concreta, en primer lugar, a través de los actos legislativos, que están integrados por las Leyes y las Leyes marco, las primeras sustituyen a los Reglamentos y las segundas a las Directivas.
- El derecho derivado se concreta también, en un nivel inferior, en los actos no legislativos, los cuales se expresan a través de las decisiones y reglamentos.
- Se establece la categoría de Reglamentos delegados, por la que tanto las leyes como las leyes marco europeas podrán delegar en la Comisión, los poderes para completar o modificar determinados elementos no esenciales relativos a las citadas leyes. Esta doble función determinada a completar y modificar la ley de delegación, resulta especialmente ambivalente; por un lado, el Reglamento que complete ha de entenderse como norma que desarrolla o despliega, ubicada en una posición jerárquicamente inferior, pero, por otro, el Reglamento delegado que modifique, es evidente que estará innovando la ley por lo que se equipara al valor de esta última. Cabe entender que tendrá que ser el legislador quien decida cuándo procede el uso de uno u otro tipo de Reglamento delegado.
- Pero la categoría de los Reglamentos no se acaba en el ámbito de los actos no legislativos, sino que también se contiene en el terreno de los actos de ejecución: es decir, los actos de ejecución de la Unión revestirán la forma de Reglamento europeo de ejecución o de Decisión europea de ejecución. Se trata de una reiteración nominal que al aplicarse tanto a los actos de ejecución simple como a los actos de ejecución normativa, no ayuda a la clarificación de las categorías que integran el sistema normativo europeo.

Este sistema de fuentes se ha de proyectar sobre un sistema de distribución de competencias que se fundamenta en los principios de atribución, subsi-

diariedad y proporcionalidad (art. I-11), de acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario (art. I-6) ya expuesto con anterioridad. Según el primero, la UE actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la UE en la Constitución corresponde a los Estados miembros. En virtud del segundo, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la UE intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, regional o local. Mientras que el tercero obliga a las instituciones de la UE a que el contenido y la forma de la acción de la UE no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.

La tipología de estas competencias se articula a través de un sistema basado en competencias exclusivas de la UE, competencias compartidas que, de hecho, son competencias concurrentes y competencias de apoyo, coordinación y complemento, además de la específica competencia en materia de política exterior y de seguridad común y las de coordinación de las políticas económicas y de empleo (arts. I-11 a 18).

## VI. LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN

La Unión Europea no dispone de una organización de Poder Judicial propia en todas las instancias. Son los órganos dependientes del Poder Judicial de los Estados miembros los que configuran una parte sustancial de la infraestructura judicial europea, habida cuenta que el juez nacional no sólo lo es de su propio ordenamiento, sino también del Derecho europeo: a este respecto, la Constitución europea determina que *los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*. Por su parte, la arquitectura judicial propiamente dicha queda integrada por el Tribunal de la Justicia de la Unión Europea (art. I-29) —TJUE— que comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General (de Instancia) y los Tribunales especializados que la ley europea pueda crear.

El TJUE ejerce las funciones de tribunal de jurisdicción ordinaria europea, pero, a su vez, adopta una posición que es propia de una jurisdicción constitucional. A este respecto, y con relación a la primera condición, el Tratado constitucional establece que *garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución*.

La composición del TJUE es la de un juez por Estado miembro y estará asistido por abogados generales.

El TJUE se pronuncia sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas. Asimismo, lo hace también con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales de los Estados, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones. Por otra parte, el TJUE puede ejercer aquellas otras competencias que explícitamente establezca la Constitución.

Del régimen de su composición, organización y funciones que se concretan en la Parte III, artículos III-353 a III-381, cabe subrayar algunas cuestiones de especial relevancia:

- En cuanto a la composición del Tribunal de Justicia (uno por cada Estado miembro) han de ser nombrados de común acuerdo de los Gobiernos y del Tribunal General (cuyo número será determinado por el Estatuto del Tribunal de Justicia). Destaca el hecho que su nombramiento será hecho mediando la previa consulta de un comité que ha de pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de sus funciones (art. III-357). Este comité está compuesto por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General. Con ello se pretende, sin duda, añadir un plus de garantía de idoneidad de los futuros jueces, a fin de que no sólo opere el criterio del Estado proponente.
- Un segundo aspecto concierne al sistema de acciones judiciales, en especial las relativas a los recursos de anulación, de incumplimiento y la cuestión prejudicial.
- El recurso de anulación (art. III-365.4) permite a toda persona física y jurídica impugnar ante el Tribunal de Justicia los actos de los órganos de la UE de los que sea destinataria o que le afecten, así como también contra los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Quedan excluidos del ámbito material de este recurso los actos legislativos.
- A través del recurso de incumplimiento (art. III-362), el Tribunal de Justicia puede declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de la Constitución. En ese caso, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal. A este respecto, la Comisión es el órgano europeo competente para instar las acciones pertinentes en caso de inejecución de la sentencia, incluyendo una multa coercitiva.
- A través de la cuestión prejudicial (art. III-369) el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de la Constitución, así como de la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE, siempre que así lo plantee un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros si lo estima necesario para poder emitir el fallo en la causa que atiende en el ámbito de su jurisdicción. El planteamiento de la cuestión prejudicial no está sometido a plazo, aunque nada empece para que se establezca cuando se regule el Estatuto del Tribunal.

No obstante, hay dos ámbitos de especial relevancia en las políticas de la UE en los que el régimen de la cuestión prejudicial obedece a criterios especiales: la política exterior y de seguridad y la política concerniente al espacio de libertad, seguridad y justicia. En relación a la primera, el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse al respecto; sin embargo, la exclusión no es absoluta, porque sí



que está habilitado para hacerlo en los aspectos relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo. Y en cuanto a la segunda, el Tribunal carece de competencia para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni tampoco para pronunciarse sobre el ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público o de la salvaguardia de la seguridad interior.

## VII. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS REGIONES

La expresión *regiones* ha venido siendo utilizada en la terminología europea para denominar a todas las entidades en las que, a través de fórmulas constitucionales diversas (Estado federal, Estado regional, etc.), se organizan los Estados miembros de la UE. Estas entidades subestatales, denominadas regiones, son muy numerosas y representan realidades muy distintas. Unas son el resultado de una organización territorial del Estado sin mayores connotaciones; otras, por el contrario, son expresión de identidades culturales o, incluso, nacionales. Desde otra perspectiva, una parte de estas regiones son la consecuencia de la descentralización administrativa del Estado mientras que otras son entidades dotadas de autonomía política que les atribuye el ejercicio de la potestad legislativa.

La respuesta institucional que el Tratado constitucional ha dado a las diversas realidades que representan las regiones europeas ha sido más bien limitada, sobre todo si se atiende a las pretensiones que en su momento manifestaron aquellas que, junto al Estado al que están adscritas, disponen de capacidad legislativa propia.

Los Tratados que han configurado el Derecho europeo han reconocido las regiones europeas a través del Comité de las Regiones que, no obstante, no sólo ha sido un ámbito de representación de los entes regionales, sino también de las entidades locales. Desde 1992, con el Tratado de Maastrich, la UE ha posibilitado la presencia de las regiones en el ámbito de las instituciones de la UE. Y es con esta finalidad que también lo configura el artículo I-32.2 del Tratado constitucional: «*El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida.*»

El Comité de las Regiones ejerce funciones de orden consultivo en los términos que determina el artículo III-388 de la Constitución, en el sentido siguiente: «*...será consultado por el Parlamento Europeo, por el Consejo o por la Comisión en los casos previstos por la Constitución y en cualquiera otros en que una de dichas instituciones lo estime oportuno, en particular aquellos que afecten a la cooperación transfronteriza.*»

Ciertamente, en términos objetivos estas funciones quedan muy lejos de las pretendidas por aquellas regiones que disponen de capacidad legislativa propia, bien en el marco de los Estados federales o en el de otras variantes de descentralización política existentes entre los Estados que conforman la UE. En

este sentido, y siguiendo la lista expuesta por Alberti Rovira, el alcance de las demandas regionales formuladas por la Conferencia de Presidentes de Regiones con Poderes Legislativos en sus sesiones de 11 de octubre de 2001 y de 5-6 de junio de 2002, se ha ubicado en un contexto mucho más ambicioso, en cuanto que supone: el reconocimiento por la UE del respeto a la diversidad cultural y la identidad nacional de las regiones; una previsión expresa de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, con eficacia vinculante y con reconocimiento explícito del nivel regional; una clarificación y simplificación del sistema de relimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros; participación de estas regiones en el Consejo de Ministros de la UE; y, finalmente, la atribución de un *status* especial dentro de la UE para las regiones que comporte: el deber de ser consultadas por la Comisión Europea cuando ésta formule propuestas sobre asuntos cuya competencia interna les corresponde; participar en el procedimiento de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; acceder directamente al Tribunal de Justicia en caso de conflictos de competencias con la Unión; incorporar a los Parlamentos regionales en los procedimientos de participación de los Parlamentos estatales en los procesos europeos; tener en cuenta las regiones en la delimitación territorial de las circunscripciones electorales en las elecciones al Parlamento europeo, en los términos que en su momento expuso el Informe del Parlamento europeo (Informe Lamassoure), etc.

Es evidente que la configuración que de las regiones hace la Constitución europea determina un nivel muy modesto de reconocimiento de las regiones. En consecuencia, la participación de éstas en las instituciones europeas depende de lo que al respecto establezca el ordenamiento jurídico interno de los Estados. Así, en aquellos donde las instituciones centrales del Estado reflejan con mayor propiedad la estructura centralizada del mismo, las regiones (es decir, los *Länders*, regiones, comunidades, etc.) disponen de mayores posibilidades de participar y incidir en la formación de la voluntad estatal. Éste es el caso, sobre todo, de Bélgica y en menor grado de Alemania y Austria. En España se han iniciado los primeros pasos en este sentido, con los Acuerdos de diciembre de 2004 sobre la participación de las CCAA en el Consejo de Ministros y en el Comité de la Representantes Permanentes ante la UE. Pero la cuestión constitucional de fondo está pendiente de resolución hasta que la anunciada reforma constitucional del Senado convierta a la Cámara Alta en lo que debe ser pero no ha sido: una auténtica Cámara de representación territorial, a partir de la cual los órganos constitucionales sean la expresión institucional de un Estado políticamente descentralizado.

## VIII. EL ESPACIO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD: DE LO INTERGUBERNAMENTAL A LO COMUNITARIO

El Tratado constitucional regula el espacio de libertad, seguridad y justicia en el capítulo IV (del art. III-257 al art. III-277) del Título III («De la acción y las políticas internas»). Dicho espacio se integra en la decisiva Parte III del

Tratado, dedicada a la regulación específica de las políticas públicas de la Unión («De las políticas y el funcionamiento de la Unión»). Su contenido versa sobre las políticas de controles en las fronteras, asilo e inmigración; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial.

Las materias referidas al espacio de libertad, seguridad y justicia se enmarcan en el ámbito de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros [(art. I.14.)], aunque más bien habría que referirse a competencias concurrentes, en la medida en que sobre los mismos ámbitos materiales la UE y los Estados miembros ejercen idénticas competencias funcionales.

Esta política pública, tradicionalmente vinculada a las previsiones del derecho interno de los Estados y respecto del cual, la regulación comunitaria se ha limitado al ámbito de la cooperación intergubernamental, no obstante, su contenido actual permite sostener que el Tratado constitucional proporciona un superior grado de normatividad a la regulación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En efecto, para la puesta en marcha de este espacio, el artículo I-42 del Tratado constitucional establece la adopción de leyes y de leyes marco europeas al objeto de aproximar las legislaciones nacionales; la cooperación entre los Estados miembros sobre la base del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales; la cooperación operativa en materia policial, los servicios de aduanas y otros servicios especializados en el ámbito de la prevención y la detección de las infracciones penales. Asimismo, reconoce a los Parlamentos nacionales la facultad de participar en los mecanismos de evaluación de la Política de Europol y de las actividades de Eurojust. Y, finalmente, se reconoce a favor de los Estados miembros un derecho de iniciativa legislativa en estas materias. De esta forma, el Tratado constitucional asume las sugerencias formuladas en su momento por el grupo de trabajo X de la Convención consistentes en: el establecimiento de marco jurídico general común que reconozca las particularidades de este ámbito y la introducción de una separación entre las medidas legislativas y las operativas.

### **8.1. Los principios generales de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia**

De acuerdo con la formulación ya expresada en los anteriores TUE (1992 y 1997), el espacio de libertad, seguridad y justicia se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales atendiendo a las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros (art. III-257, ap. 1). Por tanto, nada nuevo al respecto.

Sin embargo, el apartado 2 de este precepto relativo a la política de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores plantea la cuestión del trato jurídico que reciban los nacionales de terceros países. El proyecto establece que respecto de los mismos la política comunitaria deberá estar basada en un tratamiento equitativo. Pero forzosamente, la concreción de este tratamiento nos remite a la legislación de extranjería que cada uno de los Estados miembros

dispone, circunstancia que obliga a plantearse la efectividad de la citada equidad. Pues hay razones suficientes para ponerla en duda, empezando por la legislación española al respecto, en especial, la surgida tras la reforma operada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre. Como ya se apuntaba en el apartado tercero de este trabajo, la remisión genérica a la legislación de los Estados, sin mayores condicionamientos puede habilitar la existencia de un doble régimen de ejercicio de los derechos, en función de la nacionalidad

Por otra parte, se establece un principio muy genérico a favor de que los Parlamentos de los Estados miembros participen en la evaluación por las autoridades nacionales de las políticas de la Unión, así como en el control político de Europol y Eurojust (art. III-260). A este respecto, está previsto que los Estados miembros «podrán participar...», pero se trata de una fórmula muy tenue y escasamente compulsiva que en principio puede servir de muy poco. En este mismo orden, no obstante, se prevé que respecto de la evaluación de las políticas se informará al Parlamento Europeo y a los Parlamentos de los Estados miembros, lo cual parece otorgar una mayor relevancia a la modesta posición que el Parlamento de la Unión ha tenido hasta ahora. En todo caso, parece que lo lógico es que el control sobre estos organismos comunitarios lo llevase a cabo el Parlamento Europeo, con absoluta preferencia.

La forma jurídica que adopta la regulación de estas materias es la del reglamento europeo o la decisión. Se trata, por tanto, de disposiciones de carácter general que carecen de naturaleza legislativa (art. III-263).

Toda la regulación de espacio de libertad seguridad y justicia se articula sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros sobre el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (art. III.262)

Y la iniciativa sobre las materias referidas a la cooperación en materia penal y policial corresponde, indistintamente, a la Comisión Europea o a la cuarta parte de los Estados miembros, en la línea de la propuesta formulada por el Grupo de Trabajo X (art. III-263).

Finalmente, nada impide para que los actos de los órganos de la Unión y los órganos de los Estados miembros, en aplicación de las previsiones de este Capítulo IV de la Parte III del Tratado, puedan ser objeto de control judicial por parte del Tribunal de Justicia. Así, y de acuerdo con lo que establece el apartado 3 de artículo I-29, le compete resolver sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, con arreglo a lo dispuesto en la Parte III. La legislación procesal comunitaria deberá hacer efectiva la tutela judicial que las partes legitimadas por el Tratado reclaman en defensa de los derechos que la Parte II ha reconocido. Sin duda, aquí reside uno de los retos más decisivos para la credibilidad de la futura UE.

## **8.2. Las políticas sobre los controles en las fronteras, asilo e inmigración**

Los objetivos a los que queda sujeta la política de la UE sobre el derecho de asilo, el control de fronteras y la inmigración, se basan en el estableci-

miento de criterios comunes con la finalidad de garantizar la ausencia de controles en el cruce de las fronteras interiores para todas las personas, con independencia de su nacionalidad; asegurar un control eficaz cuando se trate del cruce de las fronteras exteriores; y el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (art. III-265).

La regulación de este régimen de la libertad de circulación queda sujeto a la ley o a la ley marco europea, sin que el Tratado constitucional precise en qué supuestos será utilizada la primera o la segunda modalidad. Sea como fuere, la regulación de estas materias ya responderá a un régimen jurídico de plena normatividad. O al menos así hay que esperarlo, a reserva, claro está, del alcance del contenido efectivamente preceptivo de las futuras leyes

Algo muy semejante ocurrirá con la regulación del controvertido tema del derecho de asilo (art. III-266). No hay que olvidar en este sentido que la necesidad de establecer unas normas comunes mínimas acerca del reconocimiento del derecho de asilo fue planteada en Laeken en diciembre de 2001 y no se llegó a solución alguna. A causa del bloqueo producido, el Consejo Europeo requirió a la Comisión la reformulación una nueva proposición que en el Consejo de Sevilla se acordó que fuese adoptada ante de junio de 2003.

Su régimen jurídico se configura a partir del establecimiento de una política común sobre el asilo y la protección personal, en la que ya no deberá ser posible la adopción de medidas contrapuestas sobre supuestos iguales por parte de los Estados miembros de la UE. Evidentemente, ello siempre deberá ser con plena adecuación a lo prescrito por la *Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. La regulación del derecho de asilo se reserva también a la ley o a la ley marco, sin mayor precisión tampoco al respecto. Se trata de un criterio flexible que adquiere especial relevancia porque según sea el acto jurídico que se aplique —ley o ley marco— la disponibilidad de los Estados miembros para aplicar una medida varía considerablemente. Así, si se trata de una ley europea su aplicación es directa sin dejar margen a las autoridades del Estado para elegir la forma y los medios para hacerlo, que es justamente la facultad de la que disponen si se trata de una ley-marco (art. I-33). Es probable que la ley marco pueda ser una vía más ágil para mantener criterios comunes sobre la aplicación del derecho de asilo, pero a la vez será preciso contrastar los resultados a los que dé lugar a fin de que no se repitan situaciones de divergencia como las que, por ejemplo, enfrentaron a España y Bélgica con motivo del asilo otorgado a militantes de ETA.

El Tratado constitucional, no obstante, permite que a través del reglamento o decisiones europeos, el Consejo de Ministros de la UE, a propuesta de la Comisión, establezca medidas provisionales para que uno o varios Estados puedan hacer frente a situaciones de emergencia caracterizadas por la llegada repentina de nacionales de terceros países (art. III-267).

La ley europea o la ley marco europea vuelven a ser el idéntico instrumento jurídico que emplea el proyecto de Tratado para regular la política común de inmigración (art. III-267). Como se apuntaba con anterioridad, uno de los objetivos es el de asegurar un tratamiento equitativo a los residentes en la UE que

sean nacionales de terceros países. El riesgo que antes se señalaba basado en que la necesaria remisión a la legislación de extranjería pueda consolidar un doble régimen jurídico para nacionales comunitarios y para el resto, podría neutralizarse a través de unas prescripciones básicas de la ley marco, que impidan la diversidad normativa entre todos los Estados miembros. Éste es un reto al que la UE deberá hacer frente de forma inmediata. Sobre todo teniendo en perspectiva la próxima ampliación de la Unión a los Estados del Este europeo.

Por otra parte, no hay duda que en la política de inmigración la UE se juega su credibilidad como espacio de libertad y respeto a los derechos fundamentales. No es una situación fácil y lo es todavía menos con la ampliación que también afecta al espacio Schengen. Esto significa que con la incorporación de Polonia a la UE, la nueva frontera de la UE limita ya por el Este con tres países especialmente conflictivos y afectados por fenómenos graves de delincuencia como son Rusia, Bielorrusia y Ucrania. Sin olvidar, por supuesto, la también controvertida realidad que desde hace años supone la frontera española, en la que a sólo 14 kilómetros se encuentran las ciudades de Tarifa y Tánger, tras la cual la emigración magrebina y africana en general está presente.

Sobre este particular, el Tratado reserva el derecho de los Estados para establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países (art. III-267.5). Asimismo, es preciso destacar la creación prevista para mayo de 2005 de una Agencia europea para la gestión de los flujos migratorios.

### **8.3. La cooperación judicial en materia civil**

La cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza se basa en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. III-269). En este caso, el instrumento jurídico es también la ley o la ley marco, al objeto de garantizar, entre otras cosas, un alto nivel de tutela judicial efectiva, la cooperación en la obtención de pruebas, la notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, etc.

En su apartado 3, se establece la regla de unanimidad a cumplimentar por el Consejo de Ministros, previa consulta al Parlamento Europeo, para la aprobación de las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza.

### **8.4. La cooperación judicial en materia penal**

En esencia, la cooperación judicial en materia penal (art. III-270) se fundamenta en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales que incluye la adopción de medidas tendentes a la armonización del derecho penal material. El instrumento jurídico es también la ley europea o las leyes marco, con algunas excepciones a favor de la ley y el establecimiento de la regla de unanimidad para una buena parte de las

medidas a tomar por el Consejo Europeo. Asimismo, se deja abierta la puerta a la posibilidad de crear la institución de la Fiscalía Europea.

De forma más específica las previsiones de esta sección del Capítulo IV se concretan de la siguiente manera:

Por ley o por ley marco europeas se establecerán normas para: prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre Estados; se fomentará la formación de magistrados y personal de la administración de justicia, aspecto éste que puede resultar de especial interés, habida cuenta —como es el caso español— de la existencia de modelos anticuados de selección de jueces. Por otra parte, al objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, a través de leyes marco se establecerán normas mínimas relativas a: la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos, etc.

Los ámbitos materiales sobre los que la armonización del derecho penal se hace más necesaria son los referidos a los delitos de: terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. No se trata de una lista de tipos delictivos excluyente de otros que pueden ser incorporados, en función de la evolución de la delincuencia. La decisión corresponderá al Consejo de Ministros por unanimidad, previa aprobación por el Parlamento Europeo. En todo caso, al operar aquí la regla de la unanimidad (cabe entender que tanto para la armonización de los tipos penales previstos por el Tratado, como para los nuevos que puedan añadirse) no será nada fácil la obtención del objetivo perseguido, en especial si se tiene en cuenta la diversidad que a buen seguro han de plantear las legislaciones penales de los Estados de próxima incorporación.

La regulación de Eurojust esta sometida a reserva de ley y su misión es la de apoyar e intensificar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la persecución de la delincuencia grave.

## 8.5. La cooperación policial

La cooperación en este ámbito (arts. II-176-178) se centra en tres principios básicos: el acopio e intercambio de documentación, la formación del personal y el intercambio del mismo y la puesta en común de las técnicas de investigación.

El instrumento jurídico es la ley o la ley marco europeas. Y la regla de la unanimidad es el criterio de validez imperante, lo cual nos remite a la misma consideración hecha en el apartado anterior relativa a las dificultades de armonización con los Estados de próxima incorporación.

El régimen jurídico de Europol está sometido a reserva de ley europea. Y, por su parte, las condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes de los Estados miembros podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro se establecerán por ley o por ley marco europea del Consejo de Ministros, adoptada por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

## IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) Sobre el proceso de la Convención, véase el excelente trabajo de E. ROIG MOLÉS, «Continuidad y refundación; deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados», en E. ALBERTI y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

2) Sobre la relación entre tratado y constitución: R. ALONSO GARCÍA, *La Constitución europea (texto, antecedentes, explicaciones)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El Proyecto de Constitución europea y el sistema de fuentes del derecho», en E. ALBERTI y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; L. M.<sup>a</sup> Díez-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005; E. GÓMEZ CARMONA y otros coord., *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004; el número monográfico sobre La Constitución de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 8, UNED, Madrid, 2005; J. ALGUACIL e I. GUTIÉRREZ, *Instituciones de Derecho Comunitario. Materiales para el estudio (Apuntes)*.

3) Sobre los derechos y libertades y el sistema de garantías jurisdiccionales: J. GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad (Un estudio sobre el contencioso comunitario)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; R. ALONSO GARCÍA, «El triple marco de protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Madrid, 2001; P. JACQUE, «La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; D. SIMON, «Les droits du citoyen de l'Union», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; F. SUFRE, «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; M. CAPPELLETTI, M. SECOMBE y J. WEILER (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Berlin, 1986; D. O'KEEFE, «Is the spirit of article under Attack? Preliminary References and a Admissibility?». *European Law Review*, 23, 1988; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario Derivado*, Civitas, Madrid, 2002; A. SÁIZ ARNÁIZ, «La carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales; ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, INAP, Madrid, 2001; M. CARRILLO, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», en J. VIDAL-BENEYTO (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Dikynson, Madrid, 2005, pp. 199-216.

4) Sobre las instituciones europeas: Paz Andrés SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El sistema institucional en la Constitución Europea: ¿Más legitimidad, eficacia y visibilidad?», en E. ALBERTI (dir.) y otros, *El proyecto de nueva Constitución euro-*



pea (*Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*), Tirant lo Blanch, València, 2004; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

5) Sobre las fuentes del ordenamiento jurídico europeo y la distribución de competencias: R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El Proyecto de Constitución europea y el sistema de fuentes del derecho»; P. PÉREZ TREMPES, «La Constitución española ante la Constitución europea»; J. DíEZ-HOCHLEITNER, «El sistema competencial de la unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención europea», todos ellos en E. ALBERTÍ (dir.) y otros, *El proyecto de nueva constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, València, 2004; V. FERRERES COMELLA, *La Constitució espanyola davant la clàusula de primàcia del dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2204 del Tribunal Constitucional*, El Clip, n.º 30, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2005; F. RUBIO LORENTE, «La necesidad de la reforma constitucional» (conferencia del Presidente del Consejo de Estado, CEPC, texto dactilografiado); V. FERRERES COMELLA y A. SÁIZ ARNÁIZ, «¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», *AJA* n.º 645-2004.

6) Sobre la arquitectura judicial europea: R. ALONSO GARCÍA, «La ¿nueva? Arquitectura judicial europea», en E. ALBERTÍ y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2204J; GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad (Un estudio sobre el contencioso comunitario)*, Thomson-Civitas.

7) Sobre la Unión Europea y las Regiones: E. ALBERTÍ ROVIRA, «Las regiones en el proyecto de nueva Constitución europea», en E. ALBERTÍ (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, València, 2004; E. ROIG MOLÉS, «La Conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea en el año 2004», en Informe Comunidades Autónomas 2004, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, pp. 602-624.

8) Sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia: E. BARBE (con la colaboración de H. Boullanger), *Justice et affaires intérieures dans l'Union Européenne. Un espace de liberté, de sécurité et de justice. La Documentation française*, Paris, 2002; M. CARRILLO, «El espacio de libertad, justicia y seguridad», en E. ALBERTÍ (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.