

# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 25/2001

## Sumario

### Estudios

El Tratado de Niza, consolidación y reforma de la Unión Europea  
*F. Aldecoa Luzarraga*

La CEI en la encrucijada: ¿una Comunidad a dos velocidades o dos Comunidades?  
*M. Arregi Carneros*

El Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa - proteger el ejercicio de derechos fundamentales en las redes informáticas  
*M. Lezertua*

Procedimiento impugnatorio en el Derecho Aduanero. Análisis de la normativa comunitaria y española  
*M. Mariscal Sáez*

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais  
*R. M. Moura Ramos*


### Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  
*C. Gimeno Verdejo y M.I. Rofes i Pujol*

### Crónica

Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea  
*B. Iñarritu*

Instituto de Estudios Europeos





# **Cuadernos Europeos de Deusto**



# **Cuadernos Europeos de Deusto**

**Núm. 25/2001**

**Dirección y Consejo de redacción:**

Director: Nicolás Mariscal  
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras  
Secretario: Francisco Rodríguez  
Consejo de redacción: Julio Arriola  
José Ramón Canedo  
Félix Echevarría  
Carlos García Gallego  
Laura Gómez Urquijo  
Beatriz Iñarritu  
José Palacio

**Administración y suscripciones:**

Instituto de Estudios Europeos  
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao  
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 284

**Distribución:**

Editorial Mensajero  
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao  
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

**Precios de Suscripción (2 números al año):**

España y Unión Europea . . . . . 25 euros (IVA incluido)  
Extranjero . . . . . 35 dólares

**Número suelto:**

España y Unión Europea . . . . . 14 euros (IVA incluido)  
Extranjero . . . . . 21 dólares

NORMAS SOBRE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA  
CUADERNOS EUROPEOS DE DEUSTO

1. *Al publicarse en nuestra revista* los artículos deberán tener una *extensión* entre 15 páginas como mínimo (6.930 palabras) y 30 como máximo (13.860).
2. El autor o autores indicarán el *título académico* con el que desean aparecer.
3. Debe incluirse al comienzo del artículo un breve *sumario* de éste, referente a sus epígrafes.
4. Adjúntese al texto escrito, el correspondiente *diskette*.

Gracias.

Publicación impresa en papel ecológico

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Fotocomposición: IPAR, S.Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

# Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 25/2001

## Sumario

---

### Estudios

- F. ALDECOA LUZARRAGA, *El Tratado de Niza, consolidación y reforma de la Unión Europea* 11
- M. ARREGI CARNEROS, *La CEI en la encrucijada: ¿una Comunidad a dos velocidades o dos Comunidades?* 55
- M. LEZERTUA, *El Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa - proteger el ejercicio de derechos fundamentales en las redes informáticas* 83
- M. MARISCAL SÁEZ, *Procedimiento impugnatorio en el Derecho Aduanero. Análisis de la normativa comunitaria y española* 119
- R. M. MOURA RAMOS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais* 161

### Jurisprudencia

- C. GIMENO VERDEJO y M.I. ROFES I PUJOL, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 189

### Crónica

- B. IÑARRITU, *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea* 207
-





# Estudios



# El Tratado de Niza, consolidación y reforma de la Unión Europea

Por Francisco Aldecoa Luzarraga\*

Catedrático de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. REFLEXIONES PRELIMINARES.—2. EL TRATADO DE AMSTERDAM, UN PEQUEÑO GRAN PASO.—3. LA CIG 2000: DESARROLLO DE TRES PROCESOS EN PARALELO. 3.1. **La redacción de la Carta de Derechos Fundamentales.** 3.2. **El debate sobre el futuro de la Unión.** 3.3. **El desarrollo de la CIG 2000.**—4. EL CONSEJO EUROPEO DE NIZA: PREPARAR LA UNIÓN PARA LA AMPLIACIÓN.—5. ALCANCE Y CONTENIDO DEL TRATADO DE NIZA. 5.1. **Reformas institucionales para permitir la ampliación.** 5.2. **El procedimiento de toma de decisiones.** 5.3. **La flexibilización de la cláusula de cooperación reforzada.** 5.4. **Derechos Fundamentales.** 5.5. **Otras cuestiones.**—6. EL TRATADO DE NIZA: CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE LA UNIÓN.—7. LA DECLARACIÓN 23 ANEJA AL TRATADO DE NIZA: APERTURA DE UN PROCESO CONSTITUYENTE —8. LA AGENDA POLÍTICA DE LA DECLARACIÓN 23: EL MODELO DE UNA UNIÓN MÁS PROFUNDA, DEMOCRÁTICA Y TRANSPARENTE.—9. LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO Y SUS PROBLEMAS: EL «NO» IRLANDÉS.—10. EL TRATADO DE NIZA EN EL PROCESO DE MUTACIÓN: DEL FEDERALISMO INVERSO IMPLÍCITO AL FEDERALISMO DIRECTO, EXPLÍCITO Y ASIMÉTRICO.

## 1. REFLEXIONES PRELIMINARES

Este trabajo se plantea como una continuación de aquél que, hace algo más de tres años, publicábamos en este mismo lugar intentando un análisis politológico del Tratado de Amsterdam de 1997<sup>1</sup> o, si se quiere, un intento de repensar el modelo de la Unión a la luz de los nuevos acontecimientos. Hoy abordaremos el examen y valoración del alcance y con-

---

\* En este trabajo ha colaborado Mercedes Guinea Llorente.

<sup>1</sup> ALDECOA LUZARRAGA, F., «El Tratado de Amsterdam, un pequeño gran paso en la consolidación del modelo de la Unión», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 18, 1998, pp. 14-47.

tenido del Tratado de Niza<sup>2</sup> y los efectos que previsiblemente desplegará en el proceso político de la Unión Europea y su modelo político.

Como entonces, nuestro objetivo no consiste tanto en llevar a cabo un análisis exhaustivo de todas las modificaciones y reformas de este Tratado sino en tratar de situarlo y examinar su aportación al proceso político de mutación de una Comunidad Europea de naturaleza económica en una Unión de naturaleza política. En efecto, el modelo de Unión, que nace con el Tratado de Maastricht de 1992, ya había sido «inventado» por el Proyecto de Tratado de Unión Europea aprobado por el Parlamento Europeo en 1984 y será desarrollado por la reforma de Amsterdam de 1997 y consolidado por ésta que nos ocupa<sup>3</sup>.

Avanzamos aquí la idea que vamos a desarrollar a lo largo de este trabajo y que no es otra que el Tratado de Niza presenta una doble virtualidad paradójica: por una parte consolida el modelo de la Unión y, por otra, sienta las bases para su reforma. Principalmente, el objetivo perseguido al convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) en el 2000 era la adaptación de las instituciones comunitarias para permitir la ampliación a los países candidatos del Sur y Este de Europa<sup>4</sup>. Como es bien sabido, esta cuestión se hereda de Amsterdam, donde no se abordó la reforma institucional en su totalidad por no considerar los Jefes de Estado y de Gobierno comunitarios un imperativo en aquel momento llegar a un acuerdo, que presentían enormemente costoso en términos políticos para todos ellos, dado que todavía no se vislumbraba la inminencia de las primeras adhesiones.

Junto a la reforma institucional para hacer que la Unión funcione con veintisiete miembros, se adoptan otras disposiciones que permiten hablar

---

<sup>2</sup> Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001, *vid.* Tratado de Niza, en *DOCE* C 80, 10.3.01.

<sup>3</sup> *Vid.* ALDECOA LUZARRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. II Génesis y desarrollo de la Unión europea*. Madrid, Tecnos, 2001 (en prensa).

<sup>4</sup> La Unión Europea mantiene en este momento negociaciones de adhesión con doce países del Sur y Este de Europa siendo éstos: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa y Rumania. Además Turquía ostenta el estatuto de candidato a la adhesión desde diciembre de 1999 pero no se abrirán con ella negociaciones bilaterales de adhesión hasta que no acredite el cumplimiento de los criterios de Copenhague (respeto de los derechos humanos y de las minorías, Estado de Derecho, economía libre de mercado y capacidad para asumir el acervo comunitario). El reciente Consejo Europeo de Göteborg, celebrado los días 15 y 16 de junio de 2001, fijaba la fecha de finales de 2002 como fecha de conclusión de las negociaciones con los países mejor preparados, a fin de que puedan participar ya como miembros de la Unión en las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2004.

de consolidación del modelo de la Unión y que acrecientan la legitimidad democrática y la eficacia del funcionamiento institucional.

En una segunda vertiente afirmábamos que el Tratado de Niza avanza también la reforma del modelo de la Unión. En efecto, el Consejo Europeo de Niza adopta la Declaración 23 aneja al Tratado que programa una nueva reforma de gran calado para el 2004 y reconoce la necesidad de implicar a toda la sociedad europea en un debate sobre el futuro de la Unión<sup>5</sup>. Reflexión y debate de cuyos frutos saldrá la reforma del 2004.

El Tratado de Niza decimos que es consolidación y reforma del modelo de la Unión. Por una parte, cuenta con elementos de consolidación del modelo de la Unión creado en Maastricht y desarrollado en Amsterdam y por otra, se plantea la necesidad de reformar esta misma Unión para enfrentarse a las nuevas circunstancias que se avecinan. Esta necesidad queda reflejada en la Declaración 23 aneja al Tratado de Niza que, primero, programa una nueva reforma para 2004 y, segundo, establece la necesidad de una reflexión previa a la reforma que la diseñe y que sea abierta a toda la sociedad, plural y transparente. Es lo que vamos a desarrollar en este artículo: el análisis del Tratado en sus dos vertientes: en los elementos que consolidan el modelo político de la Unión y en las previsiones para su reforma.

Junto con el análisis del Tratado no podemos dejar de plantear someramente el contexto político interno e internacional en el que se va a desarrollar la Conferencia Intergubernamental y que la condicionarán de manera insoslayable. Finalmente nos referiremos al interrogante que se nos plantea en estos días sobre la vigencia del Tratado de Niza tras el referéndum negativo irlandés sobre su ratificación. En todo caso hay que tener en cuenta la posibilidad, apuntada por algunos, de que este Tratado no llegue a entrar en vigor. Nos gustaría, por último, tratar de encajar y valorar la reforma de Niza en el conjunto de reformas de la Unión que la aproximan día a día a un modelo federal.

## 2. EL TRATADO DE AMSTERDAM, UN PEQUEÑO GRAN PASO

En 1997 se aprobaba y firmaba el Tratado de Amsterdam, fruto de una Conferencia Intergubernamental que había durado más de un año<sup>6</sup>. Tanto la clase política como la doctrina y el Parlamento Europeo fueron

---

<sup>5</sup> Vid. Declaración 23 sobre el futuro de Europa, aneja al Tratado de Niza en *DOCE* C 80, 10.3.01, p. 85.

<sup>6</sup> Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, en *DOCE* C 340, 10.11.97 *DOCE* C 80, 10.3.01.

tremendamente críticos con su resultado, calificándolo de insuficiente, de fracaso<sup>7</sup>. Nosotros, en cambio, en estas mismas páginas mantuvimos posiciones que no eran muy frecuentes en aquel momento: considerábamos que el Tratado de Amsterdam era «un pequeño gran paso», ya que sus reformas aparentemente modestas, en el fondo poseían una gran potencialidad.

De momento, parece que el tiempo nos ha dado la razón. En el lapso que va de 1997 a 2001, la Unión está desarrollando una enorme actividad política, en ámbitos pertenecientes a políticas de sociedad y a la alta política, al tradicional núcleo intocable de competencias del Estado, y todo ello no hubiera sido posible de no existir el Tratado de Amsterdam. Brevemente vamos a esbozar algunos de los efectos en la política europea del salto cualitativo que ha supuesto Amsterdam en el desarrollo del modelo de la Unión.

Destacaríamos aquí el giro social especialmente, la creación de una política europea de empleo<sup>8</sup>. Es cierto que jurídicamente el Tratado no otorga grandes poderes de actuación a la Comunidad, no crea una nueva política común, sin embargo es suficiente para poner en pie toda una serie de políticas activas de lucha contra el desempleo y la exclusión social y coordinar las políticas nacionales de empleo. Lo más importante es que se fija el empleo como un objetivo político fundamental de la Unión que se puede conseguir y se está consiguiendo.

No hay que olvidar, de ninguna manera, que la creación de una política europea activa contra el desempleo es, además, resultado de una posición europea, no viene como iniciativa de los Estados. La iniciativa partió de los sindicatos europeos, de la Comisión, de la sociedad civil europea, si bien algunos Jefes de Gobierno de los Estados miembros como Jospin y Blair la hicieron suya y la defendieron como propia a lo largo del Consejo Europeo de Amsterdam como condición *sine qua non* para lograr el acuerdo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Este compromiso

---

<sup>7</sup> Entre la doctrina crítica con su resultado *vid.* a modo de ejemplo: LOUIS J-V: «Le Traité d'Amsterdam. Une occasion perdue?» *Revue du Marché Unique Européen* n.º 2, 1997, pp. 5-18; SCHOUTHEETE, P. de: «L'avenir de l'Union européenne.» *Politique étrangère* n.º 3, 1997, pp. 263-277; FAVRET, J.-C.: «Le Traité d'Amsterdam: une révision *a minima* de la "Charte constitutionnelle" de l'Union Européenne.» *Cahiers de l'Union Européenne* vol. 5/6, 1997, pp. 555-605; MANGAS MARTÍN, A. «La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 3, enero-junio 1998, pp. 7-40. El Parlamento Europeo, por su parte, manifestaba su decepción por el resultado de la CIG-96 en su Resolución sobre el Tratado de Amsterdam de 19 de noviembre de 1997.

<sup>8</sup> *Vid.* ALDECOA LUZARRAGA, F., «El giro social en el Tratado de Amsterdam y sus implicaciones futuras», en VV. AA.: *Las nuevas políticas de empleo en la UE. Una visión desde Euskadi*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1998, pp. 191-208.

con el empleo hizo posible la celebración de un Consejo Europeo monográfico sobre esta materia en Luxemburgo en noviembre de 1997, con el objetivo de poner en pie una verdadera política europea de empleo<sup>9</sup>.

El mecanismo que se ha instaurado de coordinación a escala europea de los planes nacionales de lucha contra el desempleo está dando unos resultados muy satisfactorios, reduciéndose a la mitad como norma general en todos los Estados miembros. Creemos que el ejemplo más paradigmático lo constituye Francia en la que se ha reducido la tasa de desempleo a niveles de hace veinte años, incidiendo sobre todo en la empleabilidad de los jóvenes.

El giro social de Amsterdam además tendrá como efecto que la Unión haga suyo el objetivo de instaurar a escala de la Unión el tradicional modelo social europeo del Estado de bienestar, ya existente en los Estados miembros. Va a completarse el mercado con la variable de lo social, diferenciándose así radicalmente nuestro modelo del americano y el asiático. Son fruto de la nueva sensibilidad de Amsterdam los procesos adoptados de Consejo Europeo en Consejo Europeo que buscan a la vez un modelo europeo económicamente competitivo, que se caracterice por la lucha contra la marginación y la exclusión social. Así junto al giro social ha hecho posible todas las decisiones de los procesos de Luxemburgo, Cardiff, Colonia y Lisboa, que no hacen sino poner en práctica a escala de la Unión el modelo social europeo, es decir, buscan una combinación de mercado y sociedad con el fin de que los beneficios de aquél redunden en ésta<sup>10</sup>.

Sin las reformas de Amsterdam tampoco son concebibles los pasos dados en la creación de una política común de asilo e inmigración y de las trascendentes decisiones tomadas en Tampere para poner en marcha un espacio común de lucha contra el crimen y la delincuencia organizada a escala de la Unión<sup>11</sup>. La revalorización que hace aquella reforma del compromiso de la Unión con la protección de los derechos humanos se pondrá de manifiesto en la crisis austríaca y abrirá el proceso que concluirá con la proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en Niza en diciembre de 2000.

---

<sup>9</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo, Luxemburgo, 20 y 21 de noviembre de 1997.

<sup>10</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Luxemburgo de 20 y 21 de noviembre de 1997; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998, puntos 7-26; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999, puntos 5-20; Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000.

<sup>11</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

Junto a lo anterior, Amsterdam también se caracterizó por un cambio fundamental en el papel de la sociedad civil, por primera vez ésta participa, si bien informalmente, en la reforma, haciendo sugerencias y aportando puntos de vista. Esta tendencia va a irse reforzando, el papel de la sociedad civil en el proceso constitucional de la Unión ha ido incrementándose desde Amsterdam. Así su participación en la Convención que ha redactado la Carta de derechos fundamentales ha sido decisiva y el cambio se acentúa, como veremos, al reconocer la Declaración 23 lo valioso de su aportación para el debate sobre el futuro de la Unión.

Podemos destacar otros aspectos de la reforma de Amsterdam que han resultado de enorme interés. Así la introducción del principio de la abstención constructiva en el pilar PESC ha permitido la formulación de una verdadera política de seguridad y defensa al suavizar los recelos de los países neutrales. Los nuevos instrumentos que ha introducido el Tratado de Amsterdam para la PESC, especialmente las estrategias, han hecho que la política exterior sea verdaderamente operativa. En efecto, la gestación y la aplicación de la política exterior de la UE que se ha hecho hasta ahora con la aprobación de cuatro estrategias, permiten atenuar la unanimidad, lo que redundará en beneficio de la eficacia. El Alto Representante de la PESC se ha «inventado» una verdadera política exterior de la UE, que hoy está más presente que nunca en la sociedad internacional.

Los nuevos instrumentos de política exterior se han mostrado como realmente eficaces para permitir a la Unión que se convierta en un actor civil de las relaciones internacionales. Llevamos apenas seis meses de administración Bush y éste, hasta el momento, parece que no manifiesta una preferencia especial por la política exterior, la UE está presente, por el contrario, en casi todos los frentes de la escena internacional. Ha aprovechado bien el hueco que ha dejado la pasividad norteamericana.

La UE en este momento se está abriendo paso allí donde Estados Unidos está dejando espacios abiertos, dando su propia respuesta a la globalización. No es cierto, como se suele decir, que haya una única postura frente a la globalización, la no intervención, el mercado. Existen, y tenemos multitud de ejemplos cada día, dos respuestas a la globalización: la norteamericana que prima el libre mercado y el liberalismo a ultranza y la de la Unión Europea, que pretende exportar el modelo social europeo, en el que el poder público interviene para controlar el mercado y así hacer que los beneficios de éste redunden en el conjunto de la sociedad<sup>12</sup>. Son muchos los ejemplos que distinguen ambas posturas, la

---

<sup>12</sup> TELO, M. (Ed.), *European Union and New Regionalism*, Londres, Ashgate, 2001.



norteamericana y la europea, y no se debe exclusivamente a la actual administración republicana sino que son una manifestación de las distintas concepciones. Así podemos citar, entre otros, las posiciones encontradas ante el derecho a la vida, el Protocolo de Kioto, el escudo antimisiles, la cooperación al desarrollo, etc.

La introducción de la cláusula de cooperación reforzada se anticipa como vital para una Unión de veintisiete o más Estados miembros que quiera seguir profundizando en la integración, cooperación que en Niza se va a mejorar. Además la considerable extensión de la codecisión supone aumentar la participación del Parlamento en la toma de decisiones, lo que junto al mayor control político sobre la Comisión, redundará en una mayor democracia y legitimidad del conjunto del sistema.

En los medios de comunicación, en estos días, es práctica común hablar de estancamiento de la Unión Europea pero creemos que no es así: que no han hecho nunca tantas cosas, en tan poco tiempo, y en ámbitos tan importantes como ahora. La UE es terriblemente dinámica: todas las grandes parcelas de soberanía del Estado están pasando a ejercerse en común: moneda, diplomacia, defensa, policía, seguridad interior, etc. Ciertas dificultades como las de la ratificación del Tratado de Niza pueden hacernos hablar de incertidumbre ante el futuro y ante el camino a seguir pero de ninguna manera de estancamiento.

### 3. LA CIG 2000: DESARROLLO DE TRES PROCESOS EN PARALELO

Para comprender el devenir de la Conferencia Intergubernamental del 2000, es necesario considerar además otras dos circunstancias que se desarrollan en paralelo a ella y que la condicionan irremediabilmente. En primer lugar nos referimos a la redacción de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y, en segundo lugar, al desarrollo de un debate por parte de los líderes europeos sobre el futuro y la finalidad de la integración europea.

La Unión Europea comienza el año 2000 sumergida en cuestiones de enorme calado político, con la finalidad de dar respuesta a los grandes desafíos que se le plantean. Los dos grandes retos del 2000 habían sido planteados por el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999. Este convoca, primero, una nueva Conferencia Intergubernamental de reforma de los Tratados con el objeto de adecuar las instituciones a las necesidades de la ampliación, que habría de finalizar para diciembre de 2000. En segundo lugar, este mismo Consejo acuerda la redacción de una Carta de derechos fundamentales con el objetivo de hacer visible ante los ciudadanos el compromiso de la Unión con la defensa de los

mismos<sup>13</sup>. No podemos obviar, sin embargo, el papel más profundo de los derechos como legitimadores del nuevo poder político que se está estableciendo en la Unión Europea.

Creemos que los dos grandes desafíos a los que va a enfrentarse la Unión en el año 2000 hacen referencia, principalmente, a afrontar con éxito la ampliación y a incrementar su legitimidad ante los ojos de los ciudadanos y lograr que éstos se identifiquen con el proyecto europeo, sin olvidar otros como la consolidación del euro o el fortalecimiento de su presencia en el mundo. Ambos retos exigen que se clarifiquen las relaciones de poder existentes en la Comunidad así como que pueda plantearse y discutirse un proyecto europeo. Nos encontramos que en este momento están más presentes que nunca las constantes de la integración europea: la dialéctica ampliación-profundización y su contrario, ampliación-riesgo de dilución. La clave de la democratización y el reto de llevar el proyecto europeo a todos los ciudadanos no son menos importantes ni menos apremiantes, parece llegado el momento en que se exige un amplio debate en la sociedad europea sobre el futuro de la construcción europea.

### 3.1. La redacción de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>14</sup>

El Consejo Europeo de Colonia decidía redactar una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea con el objetivo de dotar de una mayor visibilidad al compromiso de la Unión con la protección de los derechos. Este Consejo Europeo aprobaba el método según el cual había de elaborarse la Carta y se encargaba tal misión a una Convención, todo lo cual se recogía en el Anexo IV de las Conclusiones del Consejo. La Convención recibe el mandato de recopilar los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario, los instrumentos internacionales y las tradiciones constitucionales, sin considerar la posibilidad de incluir nuevos derechos. Se dejaba a la siguiente Presidencia, la finlandesa, que remata-se los flecos para que esta labor pudiera comenzar a partir del siguiente Consejo Europeo, que tendría lugar en octubre en Tampere.

El Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 concretó la composición de la Convención, que aunaba la representación de distintas le-

---

<sup>13</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999: convocatoria de una Conferencia Intergubernamental, puntos 52-54; puntos 44 y 45 y Anexo IV relativo a la Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

<sup>14</sup> DE BÚRCA, G., «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», *European Law Review*, vol. 26, n.º 2, April 2001, pp. 126-138.

gitimidades<sup>15</sup>. Contaba con 62 miembros, de los cuales 15 representaban a los Jefes de Estado y de Gobierno, la legitimidad intergubernamental; 30 miembros de los Parlamentos nacionales, la legitimidad nacional; 16 representantes del Parlamento Europeo y un representante del Presidente de la Comisión Europea, en nombre todos éstos de la legitimidad europea. Además se prevé la presencia de dos representantes del Tribunal de Justicia y dos del Consejo de Europa en calidad de observadores. La presencia de estos últimos se justifica por la competencia de esta organización internacional en materia de derechos humanos y porque había que salvaguardar en todo momento la coherencia de la Carta con la Convención Europea de Derechos del Hombre, en la cual tenía que inspirarse. La misma Convención nombró a su Presidente, cargo que recayó en el antiguo Presidente alemán Roman Herzog. La amplia representatividad de este modelo de órgano responde a que se quería reunir todas las sensibilidades europeas en materia de derechos humanos. La sociedad civil asimismo participó activamente, representada por el Foro permanente de la sociedad civil y otras ONG, se escucharon sus propuestas y observaciones a lo largo de los trabajos, resultando aceptadas bastantes de ellas.

Son muchos los estudiosos y políticos que alaban el método de elaboración de instrumentos de naturaleza constitucional por medio de una Convención de este tipo y que la ven como sucesora del método tradicional diplomático de negociación comunitaria<sup>16</sup>. Subrayan, ante todo, su carácter democrático ya que aparecen representadas todas las legitimidades, la de los Estados, por medio de sus ejecutivos y Parlamentos, y la de las instituciones supranacionales europeas, la Comisión y el Parlamento Europeo, y por el desarrollo de sus trabajos de forma abierta y transparente y en continuo contacto con la sociedad civil. Junto a lo anterior, deberíamos añadir a sus virtudes la de la eficacia, pues al reunir a técnicos, políticos, miembros de la sociedad civil, etc. el trabajo final se beneficia de lo dilatado y variado de sus distintas experiencias profesionales.

---

<sup>15</sup> Consejo Europeo de Tampere, Conclusiones de la Presidencia, 15 y 16 de octubre de 1999, anexo.

<sup>16</sup> La propia Declaración 23 sobre el futuro de la Unión Europea, anexa al Tratado de Niza recoge el método de Convención como una posibilidad a la hora de preparar la próxima CIG de reforma de los Tratados. Entre los políticos y científicos partidarios de este método *Vid.* discurso de Chirac «Notre Europe» *op. cit.*; DE BÚRCA, G., «The drafting of the European Union Charter...» *op. cit.*; DIX W., «Charte des droits fondamentaux et convention. De nouvelles voies pour réformer l'UE?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 448, mai 2001, pp. 305-310; FONSECA MORILLO, F.J., «De Berlín a Niza: panorama y lecciones», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 7/8, suplemento, marzo 2001, pp. 2-6; TOUSCOZ, J., «Un large débat. L'avenir de l'Europe après la Conférence Intergouvernementale de Nice (CIG 2000)», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 447, abril de 2001, pp. 225-236.

Organizaciones de carácter federal como el Movimiento Europeo proponen que se elabore una Constitución de la Unión Europea por medio de una Convención, que siga el modelo de la que ha redactado la Carta<sup>17</sup>. No obstante, la institución que más a favor se ha mostrado sobre la utilización de este método con el objeto de redactar una Constitución europea ha sido el Parlamento Europeo, quien considera esencial que reúna además a los representantes de los países candidatos a la adhesión y prepare un proyecto de Constitución<sup>18</sup>.

La Convención celebró su reunión constituyente el 17 de diciembre de 1999 y, después de numerosas sesiones de trabajo, se encontró en posición de aprobar un proyecto de Carta el 2 de octubre de 2000. La Convención presentó este Proyecto, resultado del encargo recibido, al Consejo Europeo informal de Biarritz<sup>19</sup> celebrado los días 13 y 14 de octubre de 2000. Los Jefes de Estado y de Gobierno aprobaron por unanimidad el proyecto de Carta y lo remitieron al Parlamento Europeo y a la Comisión para que éstos también se pronunciaran sobre la misma. El Parlamento Europeo se pronunciaba a favor de ese texto aprobando una Decisión<sup>20</sup> en ese sentido el 14 de noviembre de 2000, solicitando su incorporación a los Tratados, mientras que el Colegio de comisarios la aprobaba igualmente el 6 de diciembre siguiente.

La Carta constituye el primer instrumento comunitario que reúne en un mismo texto todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que pertenecen al ciudadano europeo y a las personas residentes en la Unión<sup>21</sup>. Se agrupan en seis grandes áreas: dignidad, libertad, igualdad,

---

<sup>17</sup> Vid. a este respecto: MOUVEMENT EUROPÉEN, «La préparation du débat sur l'avenir de l'Union Européenne», *Projet de rapport à l'attention du Comité Directeur* du 6 mars 2001, Rapporteur Jo Leinen, 9-2-01.

<sup>18</sup> Resolución del Parlamento Europeo del 14 de diciembre de 2000, sobre los resultados del Consejo Europeo celebrado en Niza del 7 al 11 de diciembre de 2000, punto 9 y Resolución sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea de 31 de mayo de 2001, especialmente puntos 6 y 38.

<sup>19</sup> Como se trata de una reunión informal del Consejo Europeo no existen Conclusiones de la Presidencia. Sin embargo, la Presidencia del Consejo sí se sometió a una Conferencia de Prensa al final de la Cumbre dando cuenta de sus resultados. Se puede encontrar en la página web del Consejo de la Unión Europea: <http://ue.eu.int>

<sup>20</sup> Decisión del Parlamento Europeo sobre la aprobación del proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 14 de noviembre de 2000.

<sup>21</sup> Para un análisis en profundidad del contenido y estatuto de la Carta *vid:* DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 443, décembre 2000, pp. 674-680; LENAERTS, K. y DE SMIJTER, E.E., «A bill of rights for the European Union», *Common Market Law Review*, n.º 38, 2001, pp. 273-300; RODRÍGUEZ BEREJO, A., «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 192, enero 2001, pp. 9-20; VITORINO, A., «La Charte des droits fon-

solidaridad, derechos de los ciudadanos y justicia. Esto es, estos valores se organizan en títulos de forma original, cuya organización hace de ellos un distintivo europeo.

Finalmente, el 7 de diciembre de 2000, en la Cumbre de Niza, la Carta de Derechos Fundamentales era proclamada por la Presidenta del Parlamento, Nicole Fontaine, el Presidente de la Comisión, Romano Prodi, y el Presidente del Consejo de Ministros, Hubert Védrine, Ministro de Exteriores de Francia, una vez que el Consejo Europeo había descartado incorporarla a los Tratados y dotarla de valor jurídico. Se firmó aprisa y corriendo, en apenas cinco minutos, en presencia de los Jefes de Estado y de Gobierno, desde luego, faltando la solemnidad que había mandado el Consejo Europeo de Colonia. Después la Carta era publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas bajo la calificación de «acuerdo intergubernamental»<sup>22</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de obviar la importancia de la irrupción de semejante Carta en la escena política europea, prueba de ello es que desde entonces no han dejado de elevarse voces contrarias a su no inclusión en los Tratados y su no obligatoriedad jurídica y calificándola de germen de la futura Constitución de la Unión.

Carrillo Salcedo destaca a partes iguales el innegable valor jurídico y político de la Carta, a pesar de que aún no haya sido incorporada a los Tratados. Estima que va a operar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como una especie de carta constitucional al recoger las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los principios generales del Derechos Comunitario. Políticamente, constituye ya hoy «una pieza clave en el proceso de constitucionalización de la integración política europea»<sup>23</sup>.

El Consejo Europeo de Niza decidió finalmente posponer la discusión sobre el estatuto final de la Carta a su consideración durante el debate sobre el futuro de la Unión, programado en la Declaración 23 para 2001 y que desembocará en la próxima reforma prevista para el 2004<sup>24</sup>. Como acertadamente matiza la profesora Mangas, la Carta tal cual fue elaborada, no puede ser incorporada a los Tratados, ya que sería una carta otorgada. Es necesario que los pueblos de la Unión debatan y den su aprobación por medio de referenda a este núcleo de la constitucionalización de la construcción europea<sup>25</sup>.

damentaux de l'Union Européenne», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 3/2000, pp. 499-508.

<sup>22</sup> DOCE C 364, de 18.12.2000.

<sup>23</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, enero/junio 2001, pp. 7-26.

<sup>24</sup> *Vid.* Declaración 23.

<sup>25</sup> MANGAS MARTÍN, A., «¿Qué modelo de integración política para Europa?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 24, 2001, pp. 89-100.

### 3.2. El debate sobre el futuro de la Unión

En la primavera de 2000, la Conferencia Intergubernamental ya se hallaba en pleno trabajo de reforma de los Tratados. Frente a una agenda amplia que examinase muchas de las cuestiones que se habían identificado como necesitadas de reforma, se optó por una agenda restringida con la finalidad de que la CIG pudiera terminar para diciembre y no se retrasaran las fechas previstas para las primeras ampliaciones. La Convención encargada de la redacción de la Carta también se encontraba en pleno trabajo de compilación de los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario, los distintos instrumentos internacionales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Es decir, la Unión se encontraba inmersa en dos procesos de naturaleza constitucional que se desarrollaban en paralelo.

En este contexto, el 12 de mayo, el ministro de Asuntos Exteriores alemán Joschka Fischer intervenía en la Universidad Humboldt de Berlín durante la presidencia alemana, exponiendo a título privado su visión para el futuro de Europa. Era la víspera de una cumbre francoalemana y, aunque Fischer recalca que su visión era personal, todos interpretaron que contaba con el beneplácito del Canciller Schröder. Un mes más tarde, el Presidente Chirac intervenía ante el Bundestag alemán detallando su propio proyecto. Schröder, unos días después, hacía suya oficialmente, si bien matizándola, la propuesta de Fischer. El 6 de julio de 2000, Carlo Azeglio Ciampi proponía su propia visión de Europa al aceptar un doctorado en la Universidad de Leipzig. En los meses siguientes Blair y Aznar también hacían públicas sus visiones sobre lo que debía ser la construcción europea. En definitiva y sin menospreciar otras aportaciones, fueron muchos los políticos europeos que se fueron pronunciando sobre la misma cuestión: el debate sobre las finalidades de Europa había sido abierto<sup>26</sup>.

Los distintos discursos sobre el futuro de la Unión tienen la virtud de no quedar deshilvanados sino que lanzan un verdadero debate público sobre la necesidad de reflexionar sobre el futuro de la construcción euro-

---

<sup>26</sup> J. FISCHER, «De la Confederación a la Federación: reflexiones sobre la finalidad de la construcción europea», Universidad Humboldt de Berlín, 12 de mayo de 2000, cf. *infra documento n.º 86*; J. CHIRAC, «Notre Europe», discurso ante el Bundestag, Berlín, 27 de junio de 2000, cf. *infra documento n.º 88*; G. SCHRÖDER y G. AMATO, «We are serious about the future of Europe», *Zeitgeschehen*, n.º 220, 21 de septiembre de 2000, p. 16; C. A. CIAMPI, Discurso de aceptación del doctorado honoris causa, Universidad de Leipzig, 6 de julio de 2000; T. BLAIR, Discurso al Polish Stock Exchange, 6 de octubre de 2000, en: <http://www.number-10.gov.uk>; J.M. AZNAR, Conferencia en el Instituto Francés de Relaciones Internacionales, 26 de septiembre de 2000, en: <http://www.la-moncloa.es>.

pea una vez que el método de los padres fundadores aparece sobrepasado por los acontecimientos. Se trata de un ejercicio verdaderamente fructífero, no tanto porque haya tenido como resultado un consenso sobre el futuro modelo sino porque han sido capaces de identificar la verdadera dimensión de esta necesidad y consiguen, como veremos, que se plasme en una agenda política, la de la Declaración 23 anexa al Tratado de Niza<sup>27</sup>.

La propuesta de Fischer<sup>28</sup>, en primer lugar, cuenta con el mérito de haber planteado la cuestión de la reflexión sobre el proyecto político para Europa al más alto nivel. Esta materia, que podríamos llamar la de las visiones de Europa, fue objeto de numerosos estudios y discusiones a mediados de los noventa, pero había sido olvidada en los últimos años. No podemos dejar de avanzar que esta propuesta no tiene demasiado de original pues, aunque introduce novedades sustanciales, recoge en esencia una línea de pensamiento muy presente en las visiones alemanas. De hecho, muchas de sus propuestas ya habían sido planteadas en un documento de la democracia cristiana alemana (CDU/CSU) en 1994, elaborado por Lamers y Schäuble como toma de posición ante la futura CIG que habría de celebrarse en 1996<sup>29</sup>. A pesar de que afirma hablar a título privado, no hay que dudar que Fischer lo que hace es señalar la postura de Alemania ante el futuro de la construcción europea.

En primer lugar, Joschka Fischer señala que ha llegado el momento de que los europeos reflexionen y pongan las bases para crear un proyecto definitivo de integración y que esto ha de hacerse antes de 2010, fecha en que la Unión contará con casi el doble de Estados miembros. Añade que la Unión Europea ha de sufrir una profunda reforma que lleve a un sistema más transparente y menos burocratizado y que cuente con un Parlamento y un Gobierno Europeos fuertes, reforma que habrá de plasmarse en un Tratado Constitucional.

En relación con el modelo de sistema político a instaurar, Fischer definiendo la permanencia del Estado-nación, afirma que se trata de realidades de las que la construcción europea no puede prescindir. La idea de un

---

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión *vid.* LOUIS, J.-V., «De la différenciation à l'avant-garde?», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3:4, 2000, pp. 301-309; VALCÁRCEL, D., «Joschka Fischer y el proyecto de integración europea», *Política Exterior*, 76, julio/agosto 2000, pp. 67-81 y BENEYTO, J.M., «Europa y sus arquitectos», *Política Exterior*, 77, septiembre/octubre 2000, pp. 85-103; ELORZA J., «La UE después de Niza», *Política Exterior*, 79, enero/febrero 2001, pp. 84-103.

<sup>28</sup> FISCHER, J., «De la Confederación a la Federación: reflexiones sobre la finalidad de la construcción europea», Universidad Humboldt de Berlín, 12 de mayo de 2000, en <http://www.auswaertiges-amt.de>

<sup>29</sup> LAMERS, K. y SCHÄUBLE, W., *Reflections on European Policy. A German Agenda for the European Union*, Berlín, Federal Trust for Education and Research and the Konrad Adenauer Foundation, 1994.

Estado-federal europeo que reemplace a los Estados-nación como un nuevo poder soberano aparece como algo artificial que desconoce la realidad europea. La integración europea tendrá éxito sólo si se hace desde una división de soberanía entre Europa y los Estados-nación. Incluso para la Federación terminada, el Estado-nación con sus tradiciones culturales y democráticas sigue siendo la primera referencia para los ciudadanos y es esencial para asegurar la legitimación de una Unión de ciudadanos y Estados.

La arquitectura institucional que él concibe sigue de cerca las ideas defendidas tradicionalmente por los alemanes. Propone la creación de un Parlamento Europeo compuesto de dos cámaras y que represente igualmente a la Europa de los Estados-nación como a la de los ciudadanos. Una cámara, representante de los Estados-nación, compuesta por miembros electos que son también miembros de sus parlamentos nacionales —procura así acabar con la polémica de la participación de los Parlamentos Nacionales en el sistema institucional de la Unión—. Para la cámara alta habría que optar entre dos modelos: o bien un Senado, con senadores directamente elegidos de los Estados miembros, o bien, una cámara de Estados a semejanza del Bundesrat alemán.

El Gobierno de la Unión podría conformarse según una de estas dos opciones. La primera optaría por desarrollar el actual Consejo Europeo en un gobierno europeo, que quedaría así compuesto por miembros de los Gobiernos nacionales. En la segunda opción, la estructura de la Comisión Europea estaría llamada a convertirse en el verdadero gobierno de la Unión, cuyo Presidente habría de ser elegido directamente y contar con amplios poderes ejecutivos.

Fischer considera que la división de soberanía entre la Unión y los Estados-nación necesita de un tratado constituyente que delimite claramente qué es lo que ha de ser regulado en el nivel europeo y qué en el nacional. La mayor parte de las realizaciones de la Unión Europea hoy son fruto del llamado «método Monnet» y expresión del método intergubernamental. Hoy ya es necesario hacer una delimitación clara de competencias entre la Unión y los Estados miembros y recogerse esta delimitación en un tratado constituyente europeo. La Federación europea tendría que tener competencias sólo sobre las cuestiones nucleares, quedando todas las demás en manos de los Estados. Sería una Federación europea exigua, pero capaz de actuar, ya completamente soberana, basada en Estados-nación, que confían entre sí y comprensible para los ciudadanos, ya que habría superado sus problemas de democracia.

Fischer estima que han de abordarse tres reformas vitales: la resolución del déficit democrático, y una nueva definición de competencias, tanto horizontalmente, entre instituciones europeas, como verticalmente,



entre Europa, el Estado-nación y los entes subestatales. Estas tres reformas sólo pueden ser emprendidas si se establece Europa de nuevo por medio de una Constitución que regule lo central: los derechos humanos y civiles, la división de poderes entre las instituciones y la delimitación de competencias entre Europa y el Estado-nación.

Por último, Fischer se pregunta qué hacer para dar respuesta al doble desafío ampliación-profundización. Reconoce que en una Unión ampliada y por ello, más heterogénea, la diferenciación será inevitable. La Unión puede encontrarse ante sí con la alternativa de un parón al integrarse todos los Estados miembros en la Federación, o mayor integración por parte de un centro de gravedad que incluya a unos pocos Estados comprometidos con el ideal de la integración. Imagina la siguiente situación como posible para la próxima década: En una primera etapa, se daría una cooperación reforzada entre aquellos Estados que quieran cooperar más estrechamente que otros en torno a áreas concretas como pueden ser: el desarrollo ulterior del euro-11 en una unión político-económica, la protección medioambiental, la lucha contra la delincuencia, el desarrollo de políticas comunes de inmigración y asilo o en la política exterior y de seguridad.

Un paso intermedio a medio camino de la integración política sería la formación de un centro de gravedad, caracterizado por que un grupo de Estados concluiría un nuevo tratado marco europeo, el núcleo de una constitución de la federación. Según este tratado, la Federación desarrollaría sus propias instituciones: un gobierno que dentro de la UE debería hablar con una sola voz en nombre de los integrantes del centro de gravedad, en tantas materias como sea posible, así como un parlamento fuerte y un presidente elegido directamente. Este centro de gravedad tendría que ser la vanguardia de la integración política y debería comprender desde el inicio todos los elementos de la futura federación.

El último paso sería la terminación de la integración en una Federación Europea. Sin embargo, una cooperación más estrecha no conduce automáticamente a la integración completa, ni a través de un centro de gravedad ni directamente a través de una mayoría de miembros. La integración completa llegará de la mano de un tratado constituyente, que requiere un acto político deliberado para restablecer Europa.

Como referíamos más arriba, el Presidente francés Chirac, contestaba días después a Fischer en un discurso ante el Bundestag alemán, titulado muy significativamente «Nuestra Europa»<sup>30</sup>, poco antes de que empezara la presidencia francesa. Chirac, en esencia, coincide con el planteamiento

---

<sup>30</sup> CHIRAC, J., «Notre Europe», discurso ante el Bundestag, Berlín, 27 de junio de 2000, en <http://www.elysee.fr>

to de Fischer sobre la necesidad de reflexionar y diseñar un proyecto de futuro para la Unión antes de las próximas ampliaciones para evitar los riesgos de dilución o de retroceso. También comparte con las tesis anteriores la idea de que la Unión Europea no puede ser un super-Estado que sustituya a los Estados actuales en sus competencias y en sus roles como actores de la vida internacional. Igualmente recalca que sería necesario profundizar en la reflexión institucional más allá de la CIG con el fin de refundar la Unión con unos objetivos claros: democratizar la Unión, clarificar el reparto de competencias a la luz del principio de subsidiariedad y permitir que la capacidad de impulso sea garantizada por las cooperaciones reforzadas.

Chirac entiende que tras el fin de la CIG 2000 se abre una etapa de «gran transición» hacia la refundación de la Unión al término de la cual será necesario que se hayan estabilizado tanto las fronteras como las instituciones de la Unión. Esta etapa se caracterizará por una profundización en la integración por parte de aquellos países que quieran ir más lejos, utilizando el mecanismo de las cooperaciones reforzadas e incluso cooperando fuera del área de acción de los Tratados. Lo califica de «grupo pionero», al igual que Fischer hablaba de vanguardia o núcleo duro, que necesariamente habría de estar encabezado por Francia y Alemania y que él propone que comience a ser efectivo a partir del siguiente año en temas como una mayor coordinación de las políticas económicas, una cooperación reforzada en seguridad y defensa y mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad. Este «grupo pionero» tendrá como misión dar impulso a la Unión y estaría abierto, igualmente, a todos los que quisieran y pudieran unirse. El Presidente francés rechaza la creación de nuevas instituciones para esta cooperación pero considera imprescindible nombrar un Secretario encargado de velar por la coherencia de las políticas de los miembros. La diferencia con las propuestas de Fischer es que, en este caso, no se trata de una mera elucubración teórica, sino que se trata de una proposición en firme, con unos campos de actuación y un calendario. Se trata, casi, de una invitación a Alemania para que colidere ese «grupo pionero».

Europa, mientras, durante esta etapa de transición tendrá que ir preparando su refundación institucional y, para ello, Chirac propone que tras la CIG 2000 se lance un proceso de reflexión y consideración de todas las reformas que Europa necesita. Propone que esta reflexión organizada verse sobre cuestiones como la reorganización de los Tratados para que sean comprensibles por los ciudadanos, la repartición de competencias, las fronteras geográficas últimas de la Unión, la naturaleza de la Carta de derechos fundamentales y los ajustes institucionales precisos para hacer la Unión más eficaz y más democrática. Esta reflexión habrá de conducirse de forma abierta asociando a gobiernos, ciudadanos, Parlamentos nacionales,

instituciones europeas y países candidatos. Como fruto de esta reflexión los gobiernos, primero, y, luego, los pueblos de los Estados miembros serían llamados a pronunciarse sobre un texto, la primera Constitución europea. Esta última propuesta de Chirac deja el plano teórico de los discursos para convertirse en verdadera agenda política, respondiendo la presidencia francesa al papel impulsor que ha de tener la Presidencia según los Tratados. Será íntegramente suscrita por los otros catorce miembros de la Unión y recogida por la Declaración 23 aneja al Tratado de Niza como agenda política de la Unión para los próximos años.

Estamos de acuerdo con Yataganas<sup>31</sup> en que el discurso de Fischer tuvo el mérito de reconocer la lista de desafíos con los que se encuentra la construcción europea y que actuó de catalizador planteando un debate que otros líderes como Chirac han alimentado y enriquecido. Con lo que hemos visto, queda claro cómo estos discursos son causa directa de la adopción de la Declaración 23 aneja al Tratado de Niza, a la que muchos han calificado de inicio de un proceso constituyente<sup>32</sup>. El discurso de Fischer tuvo además la virtud de sacar la reflexión sobre estos temas del único ámbito de los líderes políticos y estudiosos para proponerlo al público en general, testigo que recogerá la Declaración 23 asimismo.

### 3.3. El desarrollo de la CIG 2000

La anterior reforma comunitaria que concluyó en Amsterdam dejó pendientes de resolver una serie de temas, especialmente de tipo institucional, que la Unión ha comenzado a abordar preparando una nueva Conferencia Intergubernamental (CIG). El «Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea», anejo al Tratado de Amsterdam, indica en uno de sus artículos: «Al menos un año antes de que el número de Estados miembros de la Unión Europea exceda de veinte, se convocará una conferencia intergubernamental de representantes de los gobiernos de los Estados miembros con el fin de efectuar una revisión global de las disposiciones de los Tratados sobre la composición y el funcionamiento de las instituciones».

Dado que el proceso de ampliación está en marcha y como las reformas de los tratados deben realizarse antes de que se produzca la primera

---

<sup>31</sup> YATAGANAS, X.A., «The Treaty of Nice. The sharing of power and the Institutional Balance in the European Union: A Continental Perspective», de 16 de marzo de 2001, en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010101.html>

<sup>32</sup> Vid. ALDECOA LUZARRAGA, F., «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 7/8, suplemento, marzo 2001, pp. 7-13.

de las adhesiones previstas, la citada tarea se convirtió desde finales de 1999 y durante el 2000 en uno de los retos básicos de la Unión. A la luz del Protocolo anterior no era jurídicamente imprescindible la celebración de una CIG antes de las primeras adhesiones pero existía el acuerdo político entre los líderes europeos de entablar una reforma institucional en profundidad antes de que tuviera lugar la ampliación.

El Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999, decidió que la CIG comenzara a principios de 2000 y concluyera a finales del mismo año. En esta misma reunión, tomando como base el Protocolo arriba citado y otras declaraciones conexas, se fijaron los puntos principales del debate: 1) La cuestión del tamaño y composición de la Comisión Europea; 2) La ponderación de votos en el Consejo (referida a una nueva ponderación, con introducción de una doble mayoría, y un umbral para las decisiones por mayoría cualificada); 3) La posible extensión del sistema de votación por mayoría cualificada en el Consejo. Son lo que se denominan «los flecos de Amsterdam», es decir, aquellas cuestiones referidas a la preparación de las instituciones para la ampliación que Amsterdam no había querido solventar. Con todo, también se aceptaba discutir otras modificaciones en tanto en cuanto fueran pertinentes respecto de los órganos europeos en relación a la ampliación y a efectos de la puesta en práctica del Tratado de Amsterdam. Además de los informes habituales para la CIG elaborados por las instituciones y los Estados comunitarios, se decidió el intercambio de impresiones con los países candidatos a la adhesión y la información constante a los países del Espacio Económico Europeo no miembros de la Unión<sup>33</sup>.

El presidente de la Comisión, Prodi, encargó a un Comité de Sabios —formado por Jean-Luc Dehaene, ex-primer ministro belga, Richard Weizsäcker, ex-presidente alemán, y Lord David Simon, ministro británico de Asuntos Europeos— la elaboración de un estudio de los temas que debían ser debatidos en la CIG. El «Informe Dehaene»<sup>34</sup> fue presentado el 18 de octubre de 1999 y en base a él la Comisión presentó un informe al Consejo Europeo de Helsinki sobre las cuestiones necesitadas de reforma.

El Informe Dehaene identificaba tres grandes desafíos a los que se enfrentaba la Unión: funcionar adecuadamente con un número mucho mayor de miembros, prevenir la dilución a través de acompañar la ampliación de profundización y continuar con la construcción política de Europa. Sin embargo, añadía que la CIG debía concentrarse en las reformas institu-

---

<sup>33</sup> Consejo Europeo de Colonia, Conclusiones de la Presidencia, 3 y 4 de Junio de 1999, párrafos 52 al 54 relativos a Conferencia Intergubernamental sobre cuestiones institucionales.

<sup>34</sup> DEHAENE... Las implicaciones institucionales de la ampliación. Comisión Europea. 18 de octubre de 1999.

cionales pertinentes para posibilitar la ampliación, junto a las cuestiones heredadas de Amsterdam sólo se proponía una reorganización de los Tratados, la flexibilización de la cooperación reforzada y la consideración de incluir en los Tratados el desarrollo que está teniendo la defensa europea.

En el Consejo Europeo de Helsinki de 10 y 11 de diciembre de 1999 se concretó como fecha definitiva de inicio de la CIG febrero de 2000, optándose por una agenda restringida limitada a los temas señalados en Colonia<sup>35</sup>. Como en la anterior CIG, el Parlamento Europeo ha sido asociado a los trabajos de la misma a través de la presencia en las sesiones de dos eurodiputados<sup>36</sup> y de la Presidenta en las reuniones al más alto nivel.

En la Cumbre también se presentó el documento «Un Consejo eficaz para una Unión ampliada», referido a directrices y recomendaciones operativas para la reforma de su funcionamiento de cara a la ampliación, reformas que no necesitan ser incorporadas al Tratado. Se trata de prevenir que tanto la ampliación a nuevos países como la extensión de los ámbitos de actuación de la Unión no conlleven una lentitud en el funcionamiento del Consejo e incluso su paralización. Para ello se recomiendan una serie de medidas destinadas, entre otros objetivos, a que el Consejo tenga una visión de conjunto de todas las políticas de la Unión y que siga siendo un foro eficaz de dirección política<sup>37</sup>.

De esta manera, el Consejo Europeo de Helsinki se decantaba por una reforma de mínimos, centrada en los aspectos institucionales centrales que necesitaban ser adaptados a los requerimientos de la ampliación. Sin embargo, se dejaba la puerta abierta a la inclusión de nuevos temas en el Consejo Europeo de Santa María da Feira en junio de 2000. Muchos eran partidarios de una agenda amplia, de una reforma más profunda, que atacase todas las deficiencias que se detectaban en el funcionamiento de la Unión Europea, en este sentido cabe mencionar informes de alto valor como el elaborado por el Comité de Iniciativa del Movimiento Europeo Internacional titulado «Construyamos juntos la Europa del siglo XXI»<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Helsinki, 10 y 11 de diciembre de 1999, puntos 5 y 14-19.

<sup>36</sup> Los Eurodiputados encargados de representar al Parlamento Europeo en las sesiones de la CIG fueron Elmar Brok y Dimitris Tsatsos.

<sup>37</sup> Consejo Europeo de Helsinki, Conclusiones de la Presidencia, 10 y 11 de diciembre de 1999, Anexo III. «Un Consejo eficaz para una Unión ampliada. Directrices para la reforma y recomendaciones operativas».

<sup>38</sup> Comité de Iniciativa del Movimiento Europeo Internacional, *Construyamos juntos la Europa del siglo XXI*, Oñati, Consejo Vasco del Movimiento Europeo e Instituto Vasco de Administración Pública, 1999 (edición en las lenguas vasca, castellana, francesa e inglesa). El Comité fue presidido por Jean-Victor Louis y coordinado por Virgilio Dastoli, siendo ponente Jean-Guy Giraud y contando con la participación de otros especialistas.

En vísperas de la convocatoria de la CIG, la Comisión y el Parlamento presentaban los dictámenes favorables que requiere el artículo 48 del TUE, junto a ellos el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones también hacían públicos sus dictámenes de propia iniciativa<sup>39</sup>. La CIG, así, comenzaba sus trabajos el 14 de febrero de 2000. La negociación duró diez meses y puede dividirse en dos fases diferenciadas. La primera se extendería hasta junio de 2000, fecha en que se cierra la presidencia portuguesa con el Consejo Europeo de Feira, y se caracteriza por ser principalmente exploratoria. Los participantes expusieron sus puntos de vista pero no se llegó todavía a ningún acuerdo.

El Consejo de Santa María da Feira se celebró un mes después del discurso de Fischer, que, como hemos visto, abre todo un debate sobre la necesidad de profundizar en la construcción europea. Haciéndose eco de los nuevos vientos, el Consejo Europeo decide ampliar la agenda de la CIG a nuevas cuestiones como son el estudio de la flexibilización de la cooperación reforzada y la constitucionalización de las nuevas decisiones en materia de Política Exterior y de Seguridad Común<sup>40</sup>.

A continuación se abriría la segunda fase, bajo presidencia francesa, en la cual ya se fueron desarrollando discusiones más sustantivas y se fueron acercando posiciones hasta alcanzar acuerdos. Esta presidencia organizó los días 14 y 15 de octubre en Biarritz un Consejo Europeo de carácter informal con el objeto de negociar e ir alcanzando acuerdos al más alto nivel. Finalmente la CIG 2000 se cerraba con la Cumbre de Niza.

#### 4. EL CONSEJO EUROPEO DE NIZA: PREPARAR LA UNIÓN PARA LA AMPLIACIÓN<sup>41</sup>

El Consejo Europeo de Niza tuvo lugar entre los días 7 y 11 de diciembre de 2000, siendo uno de los más largos de la historia y estando el acuerdo en el aire hasta altas horas de la madrugada del último día. La

---

<sup>39</sup> La Comisión aprobaba su dictamen favorable a la celebración de la CIG el 26 de enero de 2000 y el Parlamento el 3 de febrero de 2000. Si bien esta Resolución del Parlamento tenía un carácter sobre todo formal, el 14 de abril aprobaba otra Resolución sobre la CIG ya llena de contenido, en la cual fijaba sus objetivos de cara a la CIG. El dictamen del Comité de las Regiones se adoptó el 17 de febrero de 2000 y en él se pedía mayor participación de los poderes regionales y locales en la democracia europea. Por último el Comité Económico y Social aprobaba su dictamen el 1 de marzo de 2000. El Tribunal de Justicia hacía llegar a la CIG el 4 de febrero un Informe sobre las modificaciones que, a su juicio, debían adoptarse en el sistema jurisdiccional comunitario para abordar su situación de desbordamiento.

<sup>40</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Santa Maria da Feira, 19 y 20 de junio de 2000, punto 3.

<sup>41</sup> Vid. ELORZA, J., «La UE después de Niza», *Política Exterior*, n.º 79, enero/febrero 2001, pp. 84-103; YATAGANAS, X. «The Treaty of Nice...» *op. cit.*

negociación fue difícil, como siempre lo es en las Conferencias Intergubernamentales, ya que cada delegación se ve abocada a defender lo que ella considera su interés nacional, y así, frecuentemente terminan prevaleciendo las visiones a corto plazo sobre aquéllas a largo plazo.

Los quince llegaban a la Cumbre de Niza habiendo ya consensuado algunas cuestiones en los grupos técnicos, como la reforma del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, o en reuniones anteriores como el Consejo Europeo informal de Biarritz, que había acordado la flexibilización de las condiciones para establecer cooperaciones reforzadas. Sin embargo, el Consejo Europeo de Niza se encontró todavía con una agenda muy cargada: debía alcanzar el consenso sobre las cuestiones más espinosas como la composición de la Comisión y la ponderación de votos en el Consejo, materias íntimamente relacionadas y que no podían decidirse por separado. Se decidió sumar a la negociación en bloque anterior la del reparto de los escaños en el Parlamento. Era necesario fijar, por tanto, los nuevos equilibrios para los quince así como asignar votos en el Consejo y escaños en el Parlamento para cada uno de los doce candidatos a la adhesión. También quedaba por discutir la ampliación de los supuestos que pasarían a ser adoptados por mayoría cualificada en vez de por unanimidad.

Desde el inicio se vio que los países pequeños y los grandes se encontraban enfrentados, ya que los primeros buscaban que se mantuviese su peso actual en la ponderación de votos en el Consejo mientras que los grandes, especialmente Alemania pretendían que se reconociese su peso demográfico. A pesar de las diferencias notables entre Estados, lo que sí estaba claro era que era esencial alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones institucionales a causa de la presión de los Estados candidatos. Estos han solicitado repetidas veces que la Unión fije una fecha para las primeras ampliaciones, a lo que la Unión se resiste pero sí ha prometido estar preparada para acoger a los primeros candidatos para el 2003, en caso de que se hubieren ultimado las negociaciones de adhesión.

Ante la presión por ir consensuando acuerdos se decidió optar por una Comisión formada por un comisario por Estado miembro hasta llegar al número de veintisiete. Para poder manejar un ejecutivo tan grande se refuerzan enormemente los poderes del Presidente de la Comisión, quien podría llegar hasta a destituir a los comisarios. Cuando la Unión supere los veintisiete Estados miembros se prevé una nueva revisión para entonces debatir una Comisión con menor número de comisarios que Estados miembros.

La lucha por la ponderación de votos fue ardua: Alemania quería que se le reconociese su mayor peso demográfico, pero Francia apelaba a un antiguo compromiso entre De Gaulle y Adenauer para mantener la pari-

dad de votos entre ambos países. Finalmente se acordó mantener la igualdad de votos pero Alemania logró compensaciones en contrapartida. En primer lugar, el establecimiento en la votación de una red de seguridad demográfica, es decir, que, si se pide por un Estado miembro, habrá que comprobar que una decisión cuenta además de con los votos y Estados necesarios para adoptarla, con el respaldo de un porcentaje de la población no inferior a un 62%. Esta capacidad de vetar por razones demográficas beneficia claramente a Alemania, que es el país más poblado de la Unión. En segundo lugar, se le ha compensado con un mayor número de escaños en el Parlamento Europeo. Finalmente, la inclusión de un catálogo de competencias como uno de los puntos a debatir de cara a la reforma del 2004, como se establece en la Declaración 23, no es sino una vieja demanda alemana, a la que acceden el resto de los socios comunitarios.

Los líderes europeos y Prodi, en un primer momento, consideraban que el que se hubiera alcanzado en Niza un acuerdo era todo un triunfo, y cifraban el triunfo en que hubiera acuerdo. El Presidente Chirac al dar cuentas al Parlamento Europeo como Presidente del Consejo Europeo, el 12 de diciembre de 2000, declaraba que el Tratado era el mejor acuerdo posible, teniendo en cuenta todos los obstáculos existentes. Otra cosa es que posteriormente el Presidente de la Comisión, Prodi, al analizar el contenido de la reforma lamentara su alcance: «En Niza, los quince Estados miembros, concentrados en sus intereses nacionales, no han podido alcanzar más que un acuerdo imperfecto e insuficiente. Además la mayoría de los Jefes de Estado y de Gobierno se han mostrado más concentrados en asegurarse la posibilidad de bloquear la acción futura de la Unión que de tener una oportunidad para hacer avanzar la causa común. Niza ha demostrado así claramente lo que se entiende por un acuerdo sobre el mínimo común denominador».<sup>42</sup>

Respecto a la valoración de la Cumbre de Niza, nosotros consideramos que lo relevante, en lo que hay que fijarse, es en la capacidad de los quince de negociar y de lograr y asumir acuerdos. Una entidad política se caracteriza porque es capaz de acordar, de asumir compromisos y de llevarlos a la práctica. Como venimos manteniendo, en esta fase de la construcción de Europa lo más importante es la capacidad de seguir avanzando, lo natural es que cada Estado se reafirme en sus intereses y trate de sacar el máximo beneficio posible de la Unión, es la consecuencia de la faceta intergubernamental de la Unión.

---

<sup>42</sup> Discurso de Romano Prodi ante el Parlamento Europeo del 17 de enero de 2001 titulado «Ha llegado la hora de estructurar el debate sobre el futuro de Europa», disponible sobre la página web de la Comisión ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).



Queremos resaltar cómo en Amsterdam no se logró un acuerdo sobre la reforma institucional de cara a la ampliación porque aún la Unión no estaba preparada para asumir esta tarea. No interesaba dar falsas esperanzas a los Estados candidatos ni tampoco encarar unos compromisos gravosos para los Estados miembros en un momento en que aún no era necesario. Por el contrario, en Niza esa reforma no podía aplazarse más por el compromiso comunitario de tener lista la Unión para admitir a nuevos Estados miembros en el 2003. Si el primer día de la Cumbre lo que resaltaba la prensa era las posiciones enfrentadas de los Estados miembros y la imposibilidad de lograr un acuerdo final, nosotros queremos subrayar lo que declaraban Chirac y Schröder: «en lo único en que estamos de acuerdo es en que nos vamos a poner de acuerdo».

De esto se deduce cómo cada vez los acuerdos son más difíciles ya que los países defienden a ultranza sus intereses nacionales, lo que convierte las negociaciones en un verdadero mercadeo. Ya comentábamos en nuestro artículo sobre el Tratado de Amsterdam que el método diplomático de negociación ya no es adecuado para una Unión de quince Estados y que será impracticable con más. Estamos de acuerdo con Jim Cloos que lo destacable es que el acuerdo haya sido alcanzado, aunque sea imperfecto y que ahora es el momento de olvidar Niza y centrarse en las oportunidades que nos depara el futuro para construir Europa<sup>43</sup>.

Junto al acuerdo sobre la reforma de los Tratados que ponía punto final a la CIG, el Consejo Europeo de Niza se ocupó de otros asuntos en su actividad corriente de Consejo Europeo. Los dossiers que estaban encima de la mesa hacían referencia a la Política Exterior y de Seguridad Común, a la seguridad alimentaria como consecuencia de la crisis de las vacas locas, la adopción de la Agenda Social, ciertas medidas relativas al dopaje en el deporte, disposiciones relativas a la seguridad marítima y, finalmente, se logró un acuerdo sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea tras treinta años de discusiones.

## 5. ALCANCE Y CONTENIDO DEL TRATADO DE NIZA<sup>44</sup>

El Tratado de Niza es un texto bastante complejo, de 172 páginas, que reúne las modificaciones de los artículos del TUE y los demás Tratados

<sup>43</sup> CLOOS, J., «Nice: une étape obligée», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 444, enero 2001, pp. 5-10.

<sup>44</sup> Para una visión general y valoración del Tratado de Niza *vid.*: FONSECA MORILLO F. J., «De Berlín a Niza: panorama y lecciones», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, suplemento, n.º 7/8, marzo 2001, pp. 2-6; LA SERRE, F. De, «Le traité de Nice: déconstruction ou refondation de l'Union?», *Politique étrangère*, 2/2001, pp. 257-275; PETITE, M., «Nice,

así como Protocolos y Declaraciones de lo más diversas. Sin duda el núcleo de la reforma, aquello a lo que se dedicó la CIG, lo constituye la reforma institucional. Comenzando por una visión de conjunto, estimamos positivas las reformas que afectan a la Comisión, al Tribunal de Justicia y a la flexibilización de las cooperaciones reforzadas. Por el contrario, no podemos dejar de estimar como negativas tanto la escasa extensión de los supuestos a adoptar por mayoría cualificada como la elevación del umbral de la mayoría cualificada, que no hará sino más difíciles la adopción de decisiones después de la ampliación. Examinaremos a continuación más detalladamente las reformas introducidas por este Tratado.

### 5.1. Reformas institucionales para permitir la ampliación<sup>45</sup>

En primer lugar, lo que hace el Tratado es calcular la nueva asignación de escaños del Parlamento Europeo, el número de votos en el Consejo y el número de miembros correspondiente a las otras instituciones y órganos si se produjera la ampliación a los doce Estados candidatos con los cuales se han abierto negociaciones de adhesión. El número de europarlamentarios y de votos en el Consejo pactados constituirán la posición negociadora de la Unión en las negociaciones de adhesión con los nuevos Estados miembros y adquirirán validez jurídica al ser ratificados en los correspondientes tratados de adhesión. Estas previsiones se recogen en el Protocolo sobre la Ampliación y Declaraciones anexas al Tratado de Niza.

Las nuevas reglas del Tratado de Niza relativas a los escaños del Parlamento Europeo entrarán en vigor para las elecciones de junio de 2004 y las modificaciones relativas a la composición de la Comisión y la ponderación de votos del Consejo se aplicarán a partir de 2005 para los quince Estados miembros aunque hubiera existido alguna adhesión previa. En este último caso, los Tratados de adhesión fijarían el número de diputados, de votos, el umbral de la mayoría cualificada, etc., de forma provisional transponiendo los equilibrios del sistema actual hasta la entrada en vigor de las nuevas disposiciones en las fechas previstas.

En detalle y para el Parlamento Europeo, la Cumbre de Niza ha repartido el número de escaños entre los veintisiete Estados miembros que

---

traité existentiel, non essentiel», *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4/2000, pp. 887-903 YATAGANAS, X.A., «The Treaty of Nice...» *op. cit.*

<sup>45</sup> Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Una reforma difícil pero productiva: la revisión institucional en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, enero-junio 2001, pp. 27-75; OLESTI RAYO, A., «Las modificaciones institucionales en el Tratado de Niza», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, suplemento, n.º 7/8, marzo 2001, pp. 14-26.

se prevé que se adherirán al final de esta década. En primer lugar, es reseñable que esta CIG ha elevado el techo máximo de europarlamentarios a 732, aboliendo así el tope de 700 tras las ampliaciones que se había decidido en Amsterdam. Se recogen además disposiciones transitorias para las situaciones en que se hubieren adherido algunos Estados pero no los doce previstos, ya que hasta que la Unión no cuente con veintisiete miembros el resto de los escaños hasta 732 se prorratearán entre los Estados miembros. Además el artículo 191 TCE ha sido completado para hacer posible la adopción de un estatuto de los partidos políticos a nivel europeo por mayoría cualificada y codecisión.

El Tratado de Niza recoge otras modificaciones referentes al Parlamento de importancia menor al objeto de nuestro estudio pero creemos de interés resaltar el incremento de poder del Parlamento a resultas de la flexibilización de los requisitos para requerir la intervención del Tribunal de Justicia y por su mayor participación en el procedimiento legislativo tras la extensión de la codecisión y del dictamen conforme.

Las cuestiones más difíciles sobre las que alcanzar un acuerdo y que se arrastraban desde Amsterdam eran la ponderación de votos para cada Estado en el Consejo para calcular la mayoría cualificada y el umbral mínimo que constituiría esa mayoría cualificada. Como ya hemos señalado en otro lugar, detrás de estas ponderaciones se encuentra todo un juego de equilibrios entre Estados y alianzas de Estados con similares intereses que define la esencia comunitaria desde los orígenes. Por todo esto la negociación sobre estas cuestiones se arrastró hasta las horas finales de la Cumbre y, cuando ya parecía imposible, pudo alcanzarse un acuerdo. Las nuevas reglas de ponderación de voto, que entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2005, corrigen la sobrerrepresentación de los Estados menos poblados a favor de los grandes. También se ha modificado la forma de alcanzar la mayoría cualificada. A partir de esa fecha habrán de reunirse dos condiciones: en primer lugar, la decisión habrá de contar con el número de votos que aseguren el umbral de la mayoría cualificada, umbral que por cierto se elevará ligeramente, del 71,26% de los votos actual al futuro 71,31% cuando los doce candidatos se hayan adherido. El segundo requisito a cumplir exige que la decisión cuente con el voto favorable de la mayoría de los Estados miembros. Como red de seguridad, se prevé la posibilidad de que un Estado miembro solicite la verificación de que la decisión representa, como mínimo a un 62% de la población comunitaria. Esta cláusula demográfica que busca garantizar la representatividad de una decisión no entrará en juego más que si es a petición de alguno de los Estados.

La cuestión de la composición de la Comisión también era otra de las cuestiones no resueltas en Amsterdam. En Niza se decide que la Comi-

sión que entrará en funciones el 1 de enero de 2005 estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, perdiendo así los Estados grandes a su segundo comisario. Esta situación se mantendrá hasta que la Unión cuente con veintisiete miembros, la Comisión que sea nombrada tras esa situación deberá contar con un número de comisarios inferior al de Estados miembros. El Consejo deberá fijar por unanimidad un número de comisarios y las bases para establecer una rotación igualitaria de comisarios entre Estados, de manera que se asegure la representación de las diferentes características geográficas y demográficas de la Unión.

El Tratado de Niza asimismo reforma el procedimiento de nombramiento de la Comisión: el nombramiento del Presidente lo hará el Consejo Europeo por mayoría cualificada y de acuerdo con el Parlamento Europeo. El Consejo, a continuación, también por mayoría cualificada y de común acuerdo con el Presidente nombrado, procederá a la nominación del resto de los comisarios, siguiendo las propuestas de los respectivos Estados miembros. Finalmente el Presidente y su Comisión obtendrán el nombramiento por mayoría cualificada del Consejo una vez que éste haya logrado la aprobación del Parlamento Europeo.

Se ha procedido a reforzar los poderes del Presidente de la Comisión: se le encomienda la organización y dirección interna del colegio, otorgará las carteras a los comisarios y podrá proceder a su redistribución. Nombrará a los vicepresidentes tras la aprobación del Colegio y los comisarios estarán obligados a presentar su dimisión si el Presidente se la pide tras la aprobación por el Colegio.

El Tratado de Niza acomete una reforma esencial en el sistema jurisdiccional comunitario con el objeto de combatir la saturación que éste vive y que se verá agravada tras la ampliación<sup>46</sup>. Se han incluido por primera vez en el Tratado las disposiciones básicas relativas al Tribunal de Primera Instancia y se ha decidido atribuir al Tribunal de Primera Instancia la competencia, en principio básica, en materia de recursos directos. Se pretende dejar al Tribunal de Justicia el examen de las cuestiones básicas para el orden comunitario, es decir, ciertos recursos prejudiciales y las cuestiones de naturaleza constitucional.

Se prevé la posibilidad de crear Salas jurisdiccionales encargadas de examinar en primera instancia recursos en materias específicas, como

---

<sup>46</sup> Entre otros *vid.* los trabajos de: LÓPEZ ESCUDERO, M., «Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, suplemento, n.º 7/8, marzo 2001, pp. 27-40; ROLDÁN BARBERO, J., «La reforma del poder judicial en la Comunidad europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, enero-junio 2001, pp. 77-116; TAMBOU, O., «Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 446, mars 2001, pp. 164-170.

podrían ser los de los funcionarios comunitarios, y que ayudarían a descargar de trabajo al Tribunal de Primera Instancia. Se prevé un recurso en casación contra las decisiones de estas Salas ante el Tribunal de Primera Instancia.

El Tratado ha incluido una mayor flexibilidad para adaptar el sistema jurisdiccional a través de regular cuestiones en el Estatuto del Tribunal de Justicia de forma que puedan ser reformadas por el Consejo por unanimidad, sin necesidad de proceder a una reforma de los Tratados. Los Reglamentos de procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia serán aprobados por mayoría cualificada en el Consejo.

En cuanto a su composición el Tribunal de Justicia sigue estando compuesto por un Juez por Estado miembro pero lo que sí ha sido modificado es que las cuestiones más importantes en el futuro ya no habrán de ser examinadas por el pleno del Tribunal sino por la «Sala Grande» compuesta por once jueces.

Por lo que respecta al Tribunal de Cuentas, en Niza se mantiene su composición por un nacional de cada Estado miembro y se establece que podrá crear salas con objeto de adoptar determinadas categorías de informes o dictámenes.

Tanto para el Comité Económico y Social como para el Comité de las Regiones, se ha fijado un número máximo de 350 miembros, que permite mantener el número de puestos atribuidos actualmente a cada Estado miembro y asignar a los nuevos Estados miembros un número concreto de escaños. Se ha modificado el carácter de los miembros del Comité Económico y Social, se tratará de representantes de los distintos estamentos de carácter económico y social de la sociedad civil. En lo relativo a los miembros del Comité de las Regiones, el Tratado señala que deben ser o bien titulares de un mandato electoral de una colectividad regional o local, o bien políticamente responsables ante una asamblea elegida.

Por último, la Conferencia Intergubernamental decidió que los miembros del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones serán nombrados por el Consejo por mayoría cualificada, con arreglo a las propuestas de los Estados miembros, eliminándose la unanimidad.

## 5.2. El procedimiento de toma de decisiones

El paso de la unanimidad a la mayoría cualificada como forma de adopción de decisiones en el Consejo era otro de los puntos principales que se le habían presentado a la CIG como reforma necesaria previa a la ampliación. En efecto, en una Unión a veintisiete la unanimidad es impo-

sible de lograr y se condenaría el proceso de toma de decisiones comunitario a la parálisis. Esta es otra de las cuestiones no cerradas en Amsterdam, que si bien había procedido a una cierta extensión de los supuestos a adoptar por mayoría cualificada, los supuestos por unanimidad aún seguían siendo considerables.

El Tratado de Niza procede a una cierta extensión de la mayoría cualificada, en una treintena de supuestos se pasa total o parcialmente de la unanimidad a la mayoría cualificada. Entre las disposiciones más importantes podemos destacar las siguientes: medidas para facilitar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, la cooperación judicial civil, la conclusión de acuerdos internacionales en los ámbitos del comercio de servicios y la propiedad intelectual, política industrial, cooperación económica, financiera y técnica con países terceros, etc. Los nombramientos de los miembros de algunas instituciones, como hemos visto más arriba, serán a partir de ahora por mayoría cualificada. Así los miembros de la Comisión, del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones, el Alto Representante de la PESC; el Secretario General Adjunto del Consejo y los enviados especiales de la PESC.

Se prevé una situación especial para los fondos estructurales, el fondo de cohesión y la adopción de reglamentos financieros, para los cuales se difiere el paso a la mayoría cualificada al 2007, siempre y cuando en esta fecha las perspectivas financieras plurianuales aplicables a partir de 2007 y el acuerdo interinstitucional que las acompaña hayan sido adoptados. Esta previsión se debe a la adopción de la propuesta española que pretendía ante todo que las próximas perspectivas financieras, a aplicar desde el 1 de enero de 2007, todavía tuvieran que ser aprobadas por unanimidad, de manera que España se asegurase el veto sobre la negociación de los fondos estructurales y de cohesión aún por un período de varios años.

En el caso de las disposiciones del Título IV del TCE, referente a visados, asilo inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, el paso a la mayoría cualificada se difiere al 2004 en algunos casos y, en otros, a la adopción por parte de la Comunidad de unos principios generales o unas reglas comunes. Así las medidas para la circulación de nacionales de terceros países sujetos a visados, para adoptar normativa sobre inmigración clandestina y la cooperación administrativa en estos ámbitos pasarán a adoptarse por mayoría cualificada y co-decisión en 2004. Sin embargo, lo esencial de las políticas de asilo e inmigración continuarán definiéndose y adoptándose por unanimidad. Otras cuestiones como las que afectan a la política de asilo o a las personas bajo protección temporal requerirán para su adopción por mayoría cualificada que previamente se haya legislado un marco comunitario.

Muchos de los ámbitos definidos por la Comisión como centrales en el paso a la mayoría cualificada no han logrado el acuerdo de todos los Estados miembros y siguen rigiéndose por unanimidad como son la fiscalidad y la política social, en lo que no puede calificarse sino de oportunidad perdida. En lo relativo a la política comercial común, los acuerdos sobre comercio de bienes, de servicios y de la propiedad intelectual estarán afectados por la mayoría cualificada salvo que sea necesaria la unanimidad para adoptar normativa interna o que nunca la Comunidad haya ejercido esas competencias, casos en los cuales habrán de ser aprobados por unanimidad.

Al mismo tiempo que se pasa de la unanimidad a la mayoría cualificada, se quería que todas las cuestiones aprobadas por mayoría cualificada fueran también sometidas al procedimiento de codecisión. No obstante, finalmente este procedimiento no ha sido extendido más que a siete disposiciones, lo que ha valido la calificación del Parlamento como deficiencia evidente que acrecienta el déficit democrático<sup>47</sup>.

### 5.3. La flexibilización de la cláusula de cooperación reforzada<sup>48</sup>

En lo que se ha dado en llamar la «flexibilidad de la flexibilidad», el Tratado de Niza ha procedido a simplificar los requisitos necesarios para poner en marcha una cooperación reforzada así como a revisar el campo de aplicación de las mismas. Una cooperación reforzada permite que varios Estados puedan profundizar en la integración dentro de los cauces comunitarios sin ser obstaculizados por otros Estados miembros que no quieran o no puedan participar en esa política. Esta institución, como hemos visto, había sido incluida en los Tratados por la reforma de Amsterdam que, sin embargo, exigía el cumplimiento de tan rigurosas condiciones que la hacían prácticamente impracticable. En efecto, esos duros requisitos eran el precio que tuvieron que pagar los Estados partidarios de su inclusión para lograr el consentimiento de los contrarios a la introducción de esta fórmula. Una vez que ya se habían vencido los recelos a esta institución, ha sido relativamente fácil proceder a una simplificación de las condiciones de forma que ya se hace factible el establecimiento de cooperaciones reforzadas.

---

<sup>47</sup> Vid. la Resolución del Parlamento Europeo sobre los resultados del Consejo Europeo celebrado en Niza del 7 al 11 de diciembre de 2000, de 14 de diciembre de 2000, punto 7.

<sup>48</sup> Para ampliar esta cuestión *vid.* entre otros: PONS RAFOLS, X., «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, enero-junio 2001, pp. 145-196; RODRIGUES, S., «Le traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union Européenne», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 444, janvier 2001, pp. 11-16.

Con carácter general, las cooperaciones reforzadas mantienen su espíritu en el sentido de que han de constituir el último recurso y han de estar abiertas a todos los demás Estados, pero se ha recortado el número mínimo de Estados para constituir una, quedando ahora fijado en 8 Estados miembros. Así tras las sucesivas ampliaciones el número mínimo de Estados miembros podrá bajar incluso a un tercio de los miembros de la Unión.

Conforme al Tratado de Amsterdam existía la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas en el pilar comunitario y en el tercero, de la cooperación policial y judicial en asuntos de Justicia e Interior. Tras la reforma de Niza se admite la posibilidad de establecer fórmulas de flexibilidad en el segundo pilar de Política Exterior y de Seguridad Común, siempre que sean para la puesta en marcha de posiciones y acciones comunes que no tengan implicaciones militares o que hagan referencia al ámbito de la defensa. Es el Consejo el que decide sobre la posibilidad de instaurar una cooperación reforzada en este campo, previo informe de la Comisión examinando la coherencia de esta actuación con las demás políticas de la Unión. Sin embargo, cualquier Estado puede solicitar que sea el Consejo Europeo el que decida por unanimidad sobre el lanzamiento de la cooperación reforzada como una especie de «freno de seguridad».

Tanto para las cooperaciones reforzadas previstas en el primer como en el tercer pilar se ha eliminado la posibilidad de vetar la instauración de una cooperación reforzada. En ambos casos el veto se sustituye por la posibilidad de reenviar el estudio de la cuestión al Consejo Europeo que se pronunciará por unanimidad. En el pilar comunitario, además, si la materia objeto de cooperación reforzada es de las que se adopta por co-decisión con el Parlamento Europeo, éste tendrá que emitir su dictamen conforme a la cooperación para que ésta pueda aprobarse.

#### 5.4. Derechos Fundamentales

El Tratado de Amsterdam introducía un dispositivo de sanción para los Estados que violasen grave y reiteradamente los Derechos Fundamentales de sus nacionales. No obstante, los hechos acaecidos en Austria recientemente pusieron de manifiesto que este mecanismo sólo estaba indicado para casos extremos y que debían prevenirse situaciones en que existiera el riesgo de violación. Así se introduce esta previsión en el Tratado de Niza completando el dispositivo reactivo anterior con un dispositivo de prevención<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Vid. al respecto LASO PÉREZ, J., «La intervención democrática en la Unión Europea después del asunto austríaco y la reforma del Tratado de Niza», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, suplemento, n.º 7/8, marzo 2001, pp. 45-59.



El procedimiento puede iniciarse por iniciativa de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento o de la Comisión, será el Consejo el que decida por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, después de haber recibido el dictamen conforme del Parlamento, si existe riesgo grave de violación de los Derechos Fundamentales por parte de un Estado miembro y le dirigirá las recomendaciones apropiadas para que esa situación cese.

### 5.5. Otras cuestiones

El Tratado de Niza decide recoger el grueso de las decisiones en materia de defensa que se adoptaron por el Consejo Europeo de Helsinki de diciembre de 1999 relativas al desarrollo de las capacidades militares de la Unión, la creación de estructuras políticas y militares permanentes y la incorporación de las funciones de gestión de crisis de la UEO. Además consagra un cambio de denominación del anterior Comité Político que se convierte en el Comité Político y de Seguridad y se prevé que el Consejo pueda delegar en él, durante una operación de gestión de crisis, las decisiones apropiadas para asegurar el control político y la dirección estratégica de la mencionada operación.

En relación a la cooperación judicial penal, el Tratado de Niza decide regular en el TUE la figura de Eurojust decidida en el Consejo Europeo de Tampere. Eurojust, a semejanza de Europol, es una unidad de magistrados destacados a los que se encargará en el ámbito de la cooperación judicial penal, contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales encargadas de los procedimientos penales.

## 6. EL TRATADO DE NIZA: CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE LA UNIÓN

Aunque pueda parecer que la reforma de Niza se queda corta para dar respuesta a los desafíos que se le plantean a la Unión Europea del siglo XXI, se trata de otro paso o etapa de cristalización de la constitución de la Unión Europea. El modelo de la Unión Europea se puede decir que es inventado por el primer Parlamento Europeo elegido por sufragio universal directo, modelo que se esboza en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea aprobado por el Parlamento el 14 de febrero de 1984. Este proyecto no va a entrar en vigor directamente sino que se pondrá en marcha por etapas.

De esta manera, la Unión ve su nacimiento con el Tratado de Maastricht de 1992, se desarrolla por el Tratado de Amsterdam de 1997 y se

consolida por este Tratado. Además, como ya hemos avanzado, el Tratado de Niza sienta las bases para la reforma ulterior del modelo de la Unión, aspecto éste que analizaremos a continuación. Así Niza supone, en primer lugar, un paso más en la construcción europea y continúa con el efecto de engranaje de las reformas.

Nos gustaría reflexionar sobre el dato de que el Tratado de Niza sea la cuarta gran reforma en catorce años, desde que se adoptó el Acta Unica Europea en 1986. Se están reformando los Tratados cada tres o cuatro años, esto indica por una parte el efecto de engranaje de la mutación: cómo unas reformas cambian las características cualitativas pidiendo más reforma. Se visualiza así lo rápido que va la construcción europea, lo mucho que se ha hecho en muy poco tiempo, casi sin darnos cuenta. Al día de hoy no han pasado diez años desde que se crea la Unión con el Tratado de Maastricht y ya estamos hablando de su consolidación.

Como ya hemos referido en otra parte, frecuentemente se lanza la idea del estancamiento, hay una obsesión por poner de manifiesto lo que falta aunque lo verdaderamente relevante, a nuestro juicio, es apreciar el cambio cualitativo producido en tan pocos años, en que se ha llegado incluso a poner en común soberanía hasta en las áreas pertenecientes al núcleo duro de los Estados.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de tener en cuenta como, en el caso que nos ocupa, esta reforma se debe a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre todos los socios en Amsterdam, lo que viene a poner de manifiesto el agotamiento del modelo diplomático de reforma de los Tratados. Método que se pone en cuestión, igualmente, por el no irlandés a la ratificación del Tratado y que tendrá que ser superado ya que no podrá dejarse los avances futuros de la integración que sean frenados por un solo Estado en una Unión de veintisiete Estados miembros.

En la negociación de la CIG 2000 las tensiones ampliación-profundización van a determinar el resultado. En Niza entre ampliación y profundización se optó por dar prioridad a la primera sobre la segunda. Sin embargo no podemos desligar la reforma de Niza de la de Amsterdam, ya que aquélla viene a rematar las cuestiones que Amsterdam dejó pendientes. Por tanto en Niza se emprende principalmente la reforma institucional para permitir la ampliación pero en Amsterdam previamente ya se había profundizado, en los dos sentidos de democratización y cesión de nuevas competencias a la esfera de la Unión.

El Tratado de Niza cumple sobradamente con su objetivo inicial, que no era otro que emprender una reforma institucional en profundidad para permitir que la Unión pueda funcionar adecuadamente con veintisiete Estados miembros. No podemos olvidar que en el Consejo Europeo de

Luxemburgo de diciembre de 1998 los quince habían establecido que la reforma institucional era condición *sine qua non* y cuestión previa a la ampliación. Entonces, en la medida en que Niza emprende esa reforma desaparecen los obstáculos formales a la ampliación.

Sin embargo, ya comentábamos en el artículo relativo al Tratado de Amsterdam, que lo que no parecía suficiente, a nuestro juicio, era la mera adecuación de las actuales instituciones a las necesidades de un número mayor de miembros sino que es preciso emprender un cambio cualitativo de modelo. Esto es algo que tampoco se ha abordado en Niza y que es necesario hacerlo cuanto antes, pareciéndonos el momento adecuado la nueva reforma constitucional que se atisba para la próxima década. En efecto, las diversas aportaciones que se han hecho hasta este momento al debate de la Unión insisten de forma significativa en este aspecto, proponiendo diversas alternativas de arquitectura institucional para la Europa del futuro<sup>50</sup>.

Examinaremos a continuación los elementos que aporta la reforma de Niza a la consolidación del modelo de la Unión. En primer lugar, la democracia se refuerza por la extensión del procedimiento de codecisión y a nuevos supuestos, y por ende, participación del Parlamento Europeo en la legislación. En segundo lugar, la nueva reponderación de votos en el Consejo que busca una mayor paridad votos-población redundará en una mayor legitimidad democrática de las decisiones así como la introducción de un nuevo sistema de toma de decisiones que ha de reunir junto con la mayoría de votos una mayoría de Estados y la previsión de la red de seguridad democrática.

No obstante, la nueva previsión que mejor habla del incremento de la legitimidad y la democracia es el mayor compromiso de la Unión con la protección de los Derechos Humanos que se manifiesta en dos procesos diferentes. En primer lugar por la proclamación en el mismo Consejo de Niza de una Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En segundo lugar, por la introducción en el Tratado, junto al mecanismo de sanción a los Estados que no cumplan con su compromiso con los Derechos Humanos, de un dispositivo preventivo para las situaciones en que exista riesgo de violación.

La aportación de Niza a la eficacia se ve plasmada, en primer lugar, en la flexibilización de los criterios necesarios para poder instaurar cooperaciones reforzadas y en segundo lugar, en el paso de nuevas materias,

---

<sup>50</sup> Entre las aportaciones más significativas y que suponen dos alternativas contrapuestas de modelo para la Unión futura hay que destacar la del Canciller alemán, Gerhard Schröder, y del Primer Ministro francés, Lionel Jospin, en la primavera del 2001, en la que cada uno propone un modelo institucional diferente para la Unión del futuro.

hasta diecinueve, de la unanimidad a la mayoría cualificada. Sin embargo, si veíamos más arriba cómo el nuevo sistema de toma de decisiones mejoraba la legitimidad de éstas, lo cierto es que va contra la eficacia y la transparencia, al hacer más difícil el conjuntar mayoría de votos, de Estados y, eventualmente, de población.

## 7. LA DECLARACIÓN 23 ANEJA AL TRATADO DE NIZA: APERTURA DE UN PROCESO CONSTITUYENTE

Si bien todas las reformas que acabamos de examinar que introduce el Tratado de Niza son de gran importancia ya que permiten preparar la Unión para la ampliación, una de las decisiones más relevantes de las adoptadas por el Consejo Europeo la constituyó la Declaración 23 relativa al futuro de la Unión. Con esta Declaración el Consejo no hace más que reflejar la inquietud de la sociedad civil y de las clases políticas europeas sobre el diseño de un sistema político para la Unión y que ya había saltado a la arena pública con los discursos de la primavera de 2000, a los que nos hemos referido más arriba.

En efecto, con esta Declaración se aborda la necesidad de reflexionar y adoptar reformas esenciales que afecten al modelo de Unión política en los próximos años, que se van a producir en un contexto profundamente diferente del que tenemos en la actualidad: el de una Unión ampliada y en permanente proceso de ampliación<sup>51</sup>. Se responde así, por una parte, a factores endógenos y, por otra, a factores exógenos. En efecto, entre los internos, además de la ampliación, hay que hacer referencia al agotamiento del sistema institucional; a la necesidad de mayor democracia, al incremento de la transparencia; al imperativo de asociar a los ciudadanos al proceso de construcción de la Unión, al establecimiento de un verdadero sistema de recursos propios o buscar una mayor coherencia en las políticas comunes, entre otras. En lo concerniente a los factores externos, nos estamos refiriendo al profundo cambio que ha experimentado la Sociedad Internacional de la globalización y su implicación en el modelo de la Unión.

---

<sup>51</sup> Como es sabido, la Unión mantiene en este momento negociaciones de adhesión con doce países y uno más, Turquía, ostenta el estatuto de candidato. Posiblemente nos encontraremos que en diez años, hacia el 2010, la Unión contará con 27 miembros y que existan negociaciones de adhesión con Turquía y, posiblemente, nuevos Estados balcánicos y, en el futuro, puede que incluso caucásicos. Ya el Consejo Europeo de Santa María da Feira, de junio de 2000, calificaba a los países de los Balcanes Occidentales con los cuales la Unión ha celebrado o está negociando acuerdos de estabilidad y asociación como de «potenciales candidatos a la ampliación». Esto es, nos encontramos en un horizonte permanente de ampliación del cual no se ve el fin y al cual la Unión tendrá que adaptarse.

La Conferencia Intergubernamental, haciéndose eco de las inquietudes de muchos de los Estados, recoge en una Declaración aneja al Tratado, la número 23, la necesidad de entablar un debate sobre el futuro de la Unión que servirá de preparación para la nueva Conferencia de revisión de los Tratados programada para el 2004. En ella se establece una lista de materias que se consideran que han de ser de ser especialmente examinadas y que no pueden ser calificadas de otra manera que de constitucionales. Es por esta razón que calificamos al proceso de reflexión sobre el futuro de la Unión como constituyente, no porque estemos convencidos de que de la reforma del 2004 saldrá una Constitución formal sino porque ya por la naturaleza del debate planteado, sobre las bases mismas de la construcción europea, es constitucional<sup>52</sup>.

Las cuestiones que la Declaración fija como objeto del debate serían las siguientes: el establecimiento de un catálogo de competencias que clarifique la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros, el futuro estatuto de la Carta de Derechos Humanos, la simplificación de los Tratados y el papel de los Parlamentos nacionales. Este listado no es, en absoluto, *numerus clausus* sino que deja abierta la posibilidad de estudiar cualquier otra materia que se considere de interés.

No podemos separar la valoración de la reforma de Niza, los resultados efectivos, del camino que abre con la Declaración sobre la reflexión sobre el futuro de Europa. Es lo que hace el Parlamento Europeo en las dos Resoluciones que abordan la valoración de los resultados de la CIG 2000<sup>53</sup>. En esencia, el Parlamento se congratula de que se haya alcanzado un acuerdo que posibilite la ampliación pero critica duramente el alcance limitado del mismo hasta el punto de que, por primera vez, no recomienda explícitamente su ratificación a los Parlamentos de los Estados miembros. Sin embargo, pone todas sus esperanzas en la agenda planteada por la Declaración 23 que pueda desembocar en el lanzamiento de un proceso constitucional que culmine con la aprobación de una Constitución Europea.

En nuestra tesis de las etapas de la mutación, estimábamos que el Acta Unica Europea era un instrumento único con una doble dimensión: a la vez que consolidaba un modelo anterior, el de la Comunidad, sentaba las bases para proceder a una futura mutación del modelo en una

---

<sup>52</sup> ALDECOA LUZARRAGA, F., «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, suplemento, n.º 7/8, marzo 2001, pp. 7-13.

<sup>53</sup> Resolución del Parlamento Europeo del 14 de diciembre de 2000, sobre los resultados del Consejo Europeo celebrado en Niza del 7 al 11 de diciembre de 2000, punto 9 y Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2001 sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea.

Unión de naturaleza política. Pues bien, se puede establecer un paralelismo entre el Acta y el nuevo Tratado de Niza, éste también consolida un modelo, el de la Unión, y sienta las bases para su superación, iniciando en la Declaración 23 un proceso de reforma sobre materias de naturaleza constitucional, proceso por su naturaleza constituyente y que desembocará en un plazo de diez años, previsiblemente en un verdadero Tratado Constitucional para la Unión.

Con el llamado Tratado de Niza se cierra la fase de lo que podemos llamar el modelo de la Unión, que nace, como es sabido, en el Consejo Europeo de Maastricht, y se inicia una nueva fase, que podemos llamar el proceso constituyente, enlazándose en ese marco político el final de una etapa con el inicio de otra y estableciendo una relación necesaria entre ambas. Niza finaliza la etapa de la profundización en el modelo de la Unión mediante reformas de mínimos e inicia otra, la del proceso constituyente, que se caracterizará por abordar reformas cualitativas de modelo. Esta etapa se diferencia de la anterior en que plantea un debate global y nuclear, sobre las bases del sistema, sobre las relaciones de poder en que se apoya éste y lo hace de manera radicalmente diferente a como se han abordado estas cuestiones anteriormente.

#### 8. LA AGENDA POLÍTICA DE LA DECLARACIÓN 23: EL MODELO DE UNA UNIÓN MÁS PROFUNDA, DEMOCRÁTICA Y TRANSPARENTE

En Niza, a través de la Declaración 23, se pone marcha, de alguna manera, el proceso constituyente, en la medida en que se establece una agenda política distinta, un método de reforma diferente, un modelo distinto al que se aspira y un calendario implícito y explícito que se propone.

La agenda altamente política de esta Declaración abre un proceso constituyente que dota a la actual etapa de la construcción europea de un método único, el de un debate abierto a la sociedad civil, donde democracia, legitimidad y la transparencia son los objetivos del debate. Así las cuatro cuestiones enumeradas por la Declaración 23 —reparto de competencias, estatuto de la Carta de derechos, papel de los Parlamentos nacionales y simplificación de los Tratados— persiguen esos objetivos: incrementar la democracia, la legitimidad y la transparencia del sistema.

En este sentido, es una novedad que en el proceso de construcción europea se aborde abiertamente la cuestión del reparto de poder entre la Unión y los Estados, y la legitimación del sistema a través de la incorporación de los Derechos Humanos como núcleo del mismo. El establecimiento de un catálogo de competencias es una antigua aspiración alemana, que desea poder así a su luz clarificar las relaciones entre Unión

Europea, Estado Federal y Länder. Los otros dos puntos de la agenda harían referencia a la inclusión de los Parlamentos nacionales en la arquitectura institucional de la Unión, cuestión largamente debatida, y a la simplificación de los Tratados, con el objetivo de hacerlos legibles a todos los ciudadanos.

Se les encarga el lanzamiento y dirección de este debate a las dos presidencias de 2001, la sueca y la belga, que habrán de contar con la asistencia del Parlamento Europeo y la Comisión. Se emplaza a que participen y den su visión a los miembros de los Parlamentos nacionales, representantes de la sociedad civil así como a todas las partes que puedan sentirse de alguna manera implicadas: ONGs, la comunidad universitaria, medios económicos y sociales, opinión pública, etc. Igualmente se implica en la reflexión y debate sobre qué Europa para el futuro a los países candidatos.

Nos gustaría recalcar la enorme trascendencia que la amplitud de la reflexión tiene, pues si tradicionalmente se achacaba a la construcción europea ser un producto de élites y realizada a espaldas del ciudadano ahora se le emplaza a éste, a cualquier ciudadano europeo, a que directamente o por medio de sus representantes políticos o sociales, dé su opinión sobre la Europa que quiere. Y la suma de todas las opiniones expresadas constituirán la agenda a debatir en la próxima reforma de los Tratados.

En una segunda etapa, a partir de 2002, se desarrollará la parte técnica del debate, cuyo desarrollo habrá de ser fijado por una decisión del Consejo Europeo reunido en Laeken en diciembre de 2001. Como ya hemos hecho referencia anteriormente, son numerosas las voces que reclaman una Convención para su desarrollo, entre las que ocupa un lugar preeminente la del Parlamento Europeo. Sea Convención o el método ya utilizado de Grupo de Sabios, éstos realizarán el proyecto de reforma sobre el que se pronunciará la Conferencia Intergubernamental, que tendrá lugar a lo largo de 2004. Parece que esta vez será la última que se seguirá el método diplomático de revisión de los Tratados, ya ineficaz para una Unión de quince y a todas luces inaplicable para una Unión de más Estados miembros. El resultado de la CIG 2004 constituirá las bases para consensuar y elaborar un verdadero Tratado Constitucional hacia el 2010, Tratado que habrá de ser aprobado por los pueblos europeos conforme a una ley electoral uniforme.

El calendario concreto que la Declaración n.º 23 fija para el proceso constituyente recoge dos hitos claves, como ya hemos destacado con anterioridad, 2002 y 2004. Teniéndolos en cuenta podemos dividir este proceso en tres fases: una primera, la del debate abierto a todos los interesados, sociedad civil, parlamentarios, profesionales, etc. que fue lanzada en

marzo de 2001 y cuyos resultados habrán de presentarse a los Consejos Europeos de junio y diciembre de 2001. Este último habrá de tomar la resolución de cómo va a desarrollarse la segunda etapa, que tiene su punto de partida en el hito de 2002.

Esa segunda etapa previsiblemente abordará la preparación técnica de la reforma que finalmente se consensuará por medio de Conferencia Intergubernamental, pero no se dice nada de su método, como acabamos de exponer, sino que se decidirá en Laeken. El siguiente hito, el de 2004, reunirá a una Conferencia Intergubernamental tradicional para ya, tras discusiones entre los Estados miembros, llegar a un acuerdo político sobre el contenido de la reforma.

En cualquier caso, el método, el debate lanzado a todos los interesados, a la sociedad civil, en definitiva y la agenda, las materias propuestas son algo inédito en la construcción europea. Esta Declaración nos ratifica en la creencia de que el período post-Niza será una etapa transitoria, hacia un Tratado o Constitución. No se sabe qué denominación se le dará, pero sí que su naturaleza será constitucional, ya que contemplará una nueva delimitación de poderes en la Unión Europea. Así, no tenemos empacho en calificar el período de reflexión que se inaugura como un período constituyente.

En este sentido, Gil-Robles matiza que el debate sobre el futuro de la Unión engloba en realidad tres debates distintos: el debate sobre la finalidad de la Unión, el debate sobre su contenido y el debate sobre los medios. El debate sobre la finalidad consiste en decidir si se quiere realmente lograr una unión política o basta con el libre mercado. El contenido según él es lo que comúnmente se llama profundización: es necesario clarificar si se quiere ir a un aumento de las políticas o a una renacionalización de las mismas. Por último, los medios serían tanto los institucionales como los presupuestarios<sup>54</sup>. Lograr un acuerdo sobre estos tres puntos es realmente sentar las nuevas bases constitucionales del sistema del futuro.

## 9. LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO Y SUS PROBLEMAS: EL «NO» IRLANDÉS

Como ya hacíamos referencia anteriormente, el Tratado de Niza se firmaba en esta ciudad francesa el 26 de febrero de 2001 y quedaba así abierta la siguiente fase de revisión de los Tratados: la de su ratificación

---

<sup>54</sup> Discurso de José María Gil-Robles, Presidente del Movimiento Europeo Internacional ante el Consejo Federal del Movimiento Europeo Internacional. Estocolmo, junio de 2001, en *Eurobank, Revista del Consejo Vasco del Movimiento Europeo*, n.º 4, junio de 2001, pp. 22-23.



por parte de los Estados miembros. Todos los Estados, salvo Irlanda, llevarían a cabo la ratificación en sede parlamentaria. Ratificación que no parecía más que un mero trámite, según la opinión generalizada, dada la escasa conflictividad del contenido del Tratado.

Sin embargo, y en contra de todo pronóstico, Irlanda daba la sorpresa y abría así toda una serie de interrogantes sobre la vigencia efectiva del nuevo Tratado. En efecto, el referéndum irlandés que se celebraba el día 7 de junio de 2001, contra todos los sondeos previos, daba el triunfo al «no»: un 54% de los votos contrarios a la ratificación del Tratado frente a un 46% favorable. La abstención fue brutal: sólo un 34% de los irlandeses con derecho a voto acudía a votar. Así nos encontramos con el absurdo según el sistema actual de que sólo 76.017 irlandeses obstaculizan un proyecto político que afecta a más de 490 millones de europeos<sup>55</sup>.

Entre las causas para este resultado inesperado se apuntan que el gobierno irlandés, pensando que era un mero trámite, no hizo campaña suficiente a favor del sí y que la mayoría de irlandeses favorables al Tratado se quedaron en casa, al creer que su voto no era necesario. Días después, Bertie Ahern, Primer Ministro irlandés, comparecía abatido ante el Consejo Europeo de Göteborg, prometiendo un segundo referéndum para el otoño del 2002, para enmendar el resultado adverso.

Las lecturas que han hecho los medios de comunicación de este resultado son de lo más diversas. La mayoría achacan la negativa a un recurso tan manido como es el del déficit democrático de la Unión. Nosotros no estamos de acuerdo, más que de déficit democrático hay que hablar de déficit de información de los gobiernos nacionales a sus ciudadanos. Si bien es cierto que, en un principio, la Comunidad Europea adolecía de déficit democrático, esto ya no es válido para nuestros días en que el Parlamento es colegislador en más de un 80% de las decisiones y todas las instituciones son elegidas de forma democrática y gozan de controles democráticos. La paradoja del déficit democrático consiste en que más se habla de él cuanto menos existe.

No es déficit democrático, por tanto, sino déficit de información. Este, realmente, es uno de los mayores problemas y desafíos que se le plantean a la Unión Europea hoy: llegar a los ciudadanos, ser conocida, comprendida y lograr el interés y el apoyo de todos ellos. Creemos además que debería servir de llamada de atención a todos los gobiernos europeos que mantienen la misma política de falta de información a sus ciudadanos y que podrían verse eventualmente en la misma situación.

---

<sup>55</sup> En efecto, los afectados potencialmente por el no irlandés serían 490 millones de personas, si contabilizamos a los 360 millones con los que cuenta la Unión actualmente, la población de los doce países cuya adhesión se contempla por el Tratado de Niza.

Otros argumentos que se han manifestado en estos días para explicar este resultado han sido la falta de solidaridad de los irlandeses, contrarios a la ampliación, no deseosos de ceder las ayudas comunitarias de las que gozan a los nuevos Estados miembros o la amenaza a su tradicional neutralidad por el embrión de política de defensa. Nosotros creemos que ninguno de estos argumentos constituye una explicación adecuada a lo sucedido, que ha sido más bien por desinterés del gobierno de pedir el voto favorable al Tratado.

En estos días se barajan diversas soluciones a esta crisis: la más común sigue la experiencia danesa y era la que se apuntaba en el Consejo Europeo de Göteborg. Se considera la celebración de un segundo referéndum en el año 2002, después de negociar un Protocolo que recoja excepciones a ciertos artículos del nuevo Tratado en que los irlandeses tienen objeciones. Sin embargo, últimamente se ha puesto en duda la constitucionalidad de celebrar una segunda consulta cuando los irlandeses ya se han pronunciado y, por otra parte, se mantiene que esperar al 2002 retrasaría enormemente los plazos para la entrada de los nuevos Estados miembros. No se puede obviar que el Consejo Europeo de Göteborg mantiene la fecha de finales del 2002 como momento en que la Unión ha de estar preparada para recibir a los nuevos Estados<sup>56</sup>.

El Presidente de la Comisión, Romano Prodi, abogaba recientemente por olvidar el Tratado de Niza y adelantar la CIG al 2003<sup>57</sup>. Así a la vez se abordarían la reforma institucional necesaria para la ampliación y todos los asuntos de programados para el 2004. De esta manera sería posible mantener el compromiso de la Unión de estar lista para recibir a los nuevos Estados para el 2004. Incluso, en los últimos días hay voces que se elevan a favor de seguir adelante a catorce, sin Irlanda, tal y como se previó para el fracaso del segundo referéndum danés. Lo cierto es que nunca, en la Comunidad se ha dejado de ratificar un Tratado y, este caso, supondría un despilfarro de medios y recursos inadmisibles.

Finalmente nos gustaría reflexionar sobre la idea de que el método diplomático de reforma por medio de una Conferencia Intergubernamental y posterior ratificación de todos los Estados es ya terriblemente complicado para una Unión de quince Estados miembros, no digamos nada para una Unión de veintisiete, tal y como ya hemos comentado en artículos anteriores. Es a todas luces apremiante buscar una alternativa a este método.

Nos gustaría aquí señalar lo anticipativo de la fórmula del Proyecto de Tratado de la Unión Europea del Parlamento Europeo de 1984 que es-

---

<sup>56</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Göteborg, 15 y 16 de junio de 2002, punto 4.

<sup>57</sup> *Le Monde*, 5 juin 2001.

tablecía en su Artículo 82 que: «*El presente Tratado queda abierto a la ratificación de todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Cuando el presente Tratado haya sido ratificado por una mayoría de Estados miembros de las Comunidades cuya población represente los 2/3 de la población global de las Comunidades, los gobiernos de los Estados miembros que hayan ratificado se reunirán inmediatamente para decidir, de común acuerdo, los procedimientos y la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, así como las relaciones con los Estados miembros que aún no lo hayan ratificado.*»<sup>58</sup>

#### 10. EL TRATADO DE NIZA EN EL PROCESO DE MUTACIÓN: DEL FEDERALISMO INVERSO IMPLÍCITO AL FEDERALISMO DIRECTO, EXPLÍCITO Y ASIMÉTRICO<sup>59</sup>

Recapitulando, nos gustaría ahora enmarcar la reforma de Niza en el proceso político de la mutación de unas Comunidades de naturaleza económica en una Unión de naturaleza política. La mutación no es otra cosa que la puesta en común de soberanía en materia política para su ejercicio en común. Como ya hemos avanzado, nosotros mantenemos que la mutación arranca con la aprobación por parte del Parlamento Europeo elegido por sufragio universal directo de un modelo para una Unión Europea, ese modelo se concretaría en el Proyecto de Tratado de la Unión europea aprobado el 14 de febrero de 1984. El Acta Unica europea de 1986, reacción intergubernamental a la propuesta parlamentaria, constituye el primer hito en el camino hacia una Unión Europea. A similitud del Tratado de Niza el AUE es una reforma, la primera de las Comunidades y, a la vez, sienta las condiciones para posibilitar el cambio de modelo, el de una Unión Política. El Tratado de Maastricht de 1992 es la clave del proceso de mutación, ya que supone el nacimiento de la Unión, Unión cuyo modelo se verá desarrollado y completado por la vertiente social en la reforma de Amsterdam de 1997. Finalmente, este modelo, como ya hemos dicho, se consolida con el Tratado de Niza de 2001, a la vez que se sientan las condiciones para proceder en un futuro a su reforma.

Consideramos que aún faltan tres reformas más hasta llegar a la adopción de un Tratado Constitucional: en el 2004 se celebrará la CIG

<sup>58</sup> Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, 14 de febrero de 1984, *Bol. CE*, 2/1984.

<sup>59</sup> Para una aproximación a las teorías de la integración, especialmente al federalismo, *vid.*: MARISCAL BERÁSTEGUI, N., «Intergubernamentalismo y federalismo: dos aproximaciones teóricas a la Integración Europea», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2000*, Madrid y Leioa, 2001, Tecnos y UPV/EHU, pp. 135-158.

programada según el método diplomático tradicional, lo que dará como fruto un nuevo Tratado para 2005. Hacia 2009 prevemos que tendrá lugar una nueva reforma de los Tratados, planteando las bases y el método para que un poder constituyente reflexione y adopte una Constitución. A su vez esto exigirá un referéndum único con una ley electoral uniforme. No creemos que podrá entrar en vigor con una Constitución Europea para antes de 2015 o 2018.

Ese poder constituyente creemos que ha de estar constituido por las dos formas de legitimidad europea, que no son sino los Estados y el pueblo europeo. Una de las formas más sencillas sería dotar de poder constituyente a un Parlamento Europeo formado por dos cámaras: una que reúna a los parlamentarios elegidos por sufragio universal directo en los Estados miembros conforme a una ley electoral uniforme y la otra por el actual Consejo donde se reúnen los representantes de los Estados.

Así Enrique Barón considera en que el proceso de construcción europea se caracteriza por ser un proceso constituyente abierto desde 1950, con motivaciones en última instancia políticas, más que económicas, y que a lo largo del tiempo ha creado una forma original de Unión estable y cooperativa entre Estados con elementos comunitarios que funcionan según una lógica federativa<sup>60</sup>.

Mencionábamos más arriba que en 1998 y 1999 la UE va a protagonizar una vuelta a la alta política, decimos vuelta porque ya se había hecho alta política en los tiempos de la CECA en 1952. Comenzaremos por avanzar qué entendemos por alta y baja política, la primera la conforman las grandes decisiones de Estado, las políticas que se han dado en llamar regalías: moneda, defensa, diplomacia, policía y seguridad interior, etc. La segunda, la baja política, estaría conformada por las políticas comunes que afectan a la sociedad civil. La alta política es lo propio y característico de los modelos federales: éstos han comenzado por la alta política para federalizar. Las CCEE han seguido el proceso contrario: se quiere diseñar un modelo federal pero empezando a poner en común políticas como la agricultura o la arancelaria.

La CECA con la gestión en común del carbón y el acero hacía alta política, ya que se actuaba directamente sobre el control de las materias primas que eran esenciales para el rearmamento con el objetivo de impedir éste y de hacer posible una paz estable y duradera. Sin embargo, en el caso de la CEE aunque su objetivo último fuera político, su método de trabajo es de carácter económico, puesta en común de políticas como la agrícola, la creación de un mercado común, es decir, se recurre a la baja

---

<sup>60</sup> E. BARÓN CRESPO, en F. C. MOLINA DEL POZO (dir.), *Comentarios al proyecto de Constitución Europea*, Granada, Comares, 1996, p. XIII.

política. No hay que desdeñar el valor de la federalización a través de la agricultura. La Política Agrícola Común desde sus inicios tiene una gran función social y estratégica, se trata de una forma de distribución de la renta hacia el campo. El objetivo del mercado interior para 1992 no es más que la estrategia que va a hacer posible el modelo europeo de sociedad y que no acaba en sí misma sino que es un instrumento para posibilitar transformaciones más profundas: la Unión Europea.

La Unión Europea de nuestros días vuelve a realizar alta política ya que persigue sus fines no sólo a través de instrumentos económicos como el mercado común, sino también emplea instrumentos de carácter político y jurídico como pueden ser la creación de un espacio judicial común, Europol, la defensa, la ampliación, la creación de una Política Exterior Común, la moneda común, etc. Como puede verse, todos estos aspectos de la alta política no son sino componentes del núcleo duro de los Estados, quienes ya no detentan ninguno de ellos en exclusiva sino que han optado por su gestión en común.

Siguiendo la evolución de la baja a la alta política, se puede percibir cómo ésta se produce a medida que el proceso de construcción europea va adquiriendo componentes políticos, es decir, desde la creación de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 1992. Esta evolución es la que nos permite hablar del paso de un federalismo inverso implícito en el inicio de las Comunidades a otro directo explícito y asimétrico en nuestros días.

Así en la etapa de la Comunidad de Estados se habla de federalismo inverso implícito porque éste trata de lograrse como fin último a través de métodos de trabajo que inciden sobre la baja política. Sin embargo, la Unión desde 1993 y paulatinamente a medida que va desarrollándose y consolidándose, va ejerciendo competencias de alta política: moneda común y gestión de una política monetaria, Política Exterior Común, un embrión de política interior: inmigración, asilo y lucha contra el crimen organizado, Europol, una incipiente política de defensa, etc. Además, la Unión que surge de Maastricht no sólo tiene «vocación federal» sino que se trata de una verdadera federación, peculiar, eso sí, no comparable con las federaciones-Estado.

Nos encontramos en presencia de un federalismo directo desde el Tratado de Maastricht, porque, como acabamos de mencionar, las estrategias pertenecen a la alta política. Se trata de un federalismo, además, asimétrico, característica ésta que puede entenderse en dos sentidos. En primer lugar, porque no todos los Estados miembros de la Unión participan en todas las políticas ni, en las que participan, en ocasiones, lo hacen de la misma manera, ya sea por causas coyunturales o permanentes. En segundo lugar, porque no todos los Estados miembros tienen una misma

configuración política interna, unos tienen una estructura unitaria y otros compleja, se da una flexibilidad en el sistema por la aplicación del principio de subsidiariedad.

Por último, decíamos que este modelo de federalismo de la Unión de nuestros días se caracteriza por ir configurándose como explícito. Con la creación de la Unión en Maastricht se inicia un proceso de explicitación que se cierra con el Tratado de Niza, que abordaremos en el capítulo siguiente. En efecto, la Declaración 23 aneja al Tratado de Niza, propone una reflexión estructurada en torno a unas cuestiones que habrán de abordarse por la próxima reforma de 2004. Una de las cuestiones mencionadas hace referencia al establecimiento de una delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, actuación ésta que acabará por explicitar el proceso.

En resumen, el Tratado de Niza está llamado a tener tres efectos políticos distintos: por un lado, consolidará el singular modelo de la Unión, posibilitando la ampliación, por otro demuestra, una vez más, la capacidad de ponerse de acuerdo en el seno de la Unión y, por último, inicia la apertura del proceso constituyente.

# La CEI en la encrucijada: ¿una Comunidad a dos velocidades o dos Comunidades?

Por Mikel Arregi Carneros

Doctor en Ciencias Políticas

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRIMERA APROXIMACIÓN. DE LA UNIÓN SOVIÉTICA A LA COMUNIDAD DE ESTADOS INDEPENDIENTES.—3. LA SEGUNDA APROXIMACIÓN. LAS REFORMAS RUSAS Y SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN, ÁMBITOS DE COOPERACIÓN E INSTITUCIONES DE LA CEI.—4. LA TERCERA APROXIMACIÓN. LOS RESULTADOS DE LA COOPERACIÓN COMUNITARIA.—5. CONCLUSIÓN FINAL.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es llevar a cabo un análisis en profundidad de los objetivos, fundamentos, logros y perspectivas de la CEI desde su fundación a fines de 1991 hasta los albores del siglo XXI, cuando, cumplido su décimo aniversario, se enfrenta a la decisiva cuestión de si el proceso iniciado en Belovézhszkaya Pushcha continúa o la CEI se escinde en dos comunidades.

El nacimiento de la CEI entronca con una serie de acontecimientos capitales —fin de la guerra fría, reunificación de Alemania, derrumbamiento de la URSS, nacimiento de la UE ...—, que pusieron al orden del día la revisión del mundo que había comenzado a gestarse en las conferencias de Teherán, Yalta y Potsdam. De aquí se desprende que el estudio del proyecto comunitario, que Rusia puso en marcha con el apoyo de algunas de las principales repúblicas ex-soviéticas, puede aportar algunas de las principales claves para comprender la nueva Europa y el mundo que comenzaron a gestarse en los primeros años de la década de los noventa.

La hipótesis que preside este estudio es que la CEI es el instrumento y el marco del que Rusia se dota y en el que espera recuperar su hegemonía en el espacio postsoviético. De esta hipótesis central se desprenden una serie de preguntas básicas para el progreso de la investigación a las que he tratado de dar respuesta a lo largo de este trabajo. ¿Hasta qué punto un país como Rusia, que trata de definir una nueva identidad na-

cional, que se encuentra inmerso en una serie de transformaciones políticas, sociales y económicas de enorme profundidad y que debe redefinir su papel en el mundo, tiene posibilidades de invertir sus escasas energías en desarrollar un proceso que le conduzca a mantener su hegemonía sobre el espacio postsoviético? En segundo lugar procede preguntarse ¿cómo están afectando al desarrollo comunitario los diferentes puntos de vista que sobre lo que debería ser la Comunidad mantienen los estados partícipes?

Por otra parte y entrando de lleno en las características de la Comunidad, conviene saber: ¿Cuáles han sido los rasgos esenciales de los principales momentos históricos del desarrollo de la CEI? ¿Cuáles han sido durante este tiempo los ámbitos de cooperación y cuáles las principales instituciones comunitarias? ¿Da el desarrollo comunitario pie para pensar que estamos ante un proyecto de Comunidad que apunta a una organización intergubernamental, o se trata de una orientación más bien supranacional?

Así mismo, dar cumplida respuesta a la pregunta de cuáles han sido las razones que conducen a Rusia a elegir determinadas áreas de cooperación en el marco comunitario sin duda habrá de contribuir a clarificar la pertinencia de la idea de que Rusia busca hacer de la CEI el instrumento y el marco para la recuperación de su carácter hegemónico en el espacio postsoviético, la hipótesis central de esta investigación. ¿Cual ha sido, pues, el papel que en el desarrollo de la CEI han tenido las cuestiones militares? ¿Cómo ha influido la existencia de importantes minorías y particularmente la de la rusa? ¿Qué importancia tienen las cuestiones económicas?

Por último, no cabe duda de que la actitud que, con relación a la CEI, despliegan las principales potencias va a tener una influencia notable, puede que decisiva, en el desarrollo de la Comunidad. Se trata, pues, de dar respuesta a las cuestiones suscitadas por la acción política que las principales potencias occidentales están desarrollando hacia Rusia y el conjunto de la Comunidad, particularmente en los terrenos del reconocimiento del papel de Rusia en el espacio postsoviético y en la construcción de la seguridad paneuropea.

Establecida la hipótesis de que la CEI es el instrumento y el marco de los procesos de integración de una parte al menos del espacio postsoviético, he tratado de confirmar en qué medida ésta se ha hecho realidad. Para ello he llevado a cabo tres aproximaciones. Una de tipo comparativo histórico, buscando las analogías entre el proceso de reintegración del espacio imperial llevado a cabo por el Estado soviético y los procesos de integración que Rusia impulsa en el espacio de la CEI; una segunda de tipo jurídico-institucional, que trata de establecer qué es la CEI funda-



mentalmente a través de los tratados que le dan forma pero también a la luz de las opiniones de otros estudiosos del tema y, por último, una aproximación político-económica que busca esclarecer los fundamentos que han movido a Rusia a un nuevo intento de integración del espacio post-soviético, cuáles los resultados obtenidos y cuales las perspectivas.

## 2. LA PRIMERA APROXIMACIÓN. DE LA UNIÓN SOVIÉTICA A LA COMUNIDAD DE ESTADOS INDEPENDIENTES

Por lo que se refiere a la primera de las aproximaciones, me ha parecido esencial llevar a cabo un estudio del período que va desde la desintegración del Imperio ruso y la constitución del Estado soviético hasta la implosión de este último, por si en ese período histórico pudiera encontrar un hilo conductor que enlazara las desintegraciones de ambos imperios. Con ser muy diferentes, las dos tienen en común que, de la misma manera que los dirigentes de la Rusia soviética se aplicaron desde un primer momento a la recuperación del espacio imperial,<sup>1</sup> los reformistas rusos de principios de los noventa se propusieron recomponer el espacio postsoviético sobre nuevas bases. Sin embargo, es preciso decir que, mientras la primera gran guerra jugó un papel clave en el primer caso —la recuperación del espacio imperial ruso durante los primeros tiempos del período soviético—, no ha sido éste, sino la cooperación en diversos ámbitos, el factor clave en el proceso iniciado en los años noventa. En efecto, la prioridad otorgada por una economía centralizada basada en el desarrollo armamentista, primero a la recuperación del espacio imperial y, posteriormente, a la expansión exterior, condujo a la aparición de importantes tensiones en la asignación de los recursos, a un crecimiento de las dificultades financieras y a una incapacidad para desarrollar de manera más o menos armónica la economía que habría de llevar al Estado soviético a la más profunda crisis económica, política y militar de su historia. Ha sido esta profunda crisis del sistema la que ha llevado a la desintegración de la URSS.<sup>2</sup>

Para hacer frente a este proceso de desintegración, lo mismo que en su día la Rusia soviética se planteó la recuperación del espacio imperial

---

<sup>1</sup> Para el estudio de este primer período de la Rusia soviética pueden verse los tres volúmenes de CARR, Edward, H., *La revolución bolchevique, 1917-1923. La conquista y la organización del poder*, Tomo I, vol. 1; *El orden económico*, Tomo I, vol. 2; y *La Rusia soviética y el mundo*, Tomo I, vol. 3, Alianza Editorial, Madrid, 1972, así como los dos de TROTSKI, Leon, *Historia de la revolución rusa*, Sarpe, Madrid, 1985.

<sup>2</sup> PALAZUELOS, ENRIQUE, *La economía soviética más allá de la perestroika*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1990.

como una tarea de primer orden sobre la que apoyarse para recuperar la condición de gran potencia que tuviera el Imperio ruso, la Rusia que, con Ukraina, desintegró la URSS, constituyó la CEI con el objeto de restablecer, sobre la base de la cooperación interestatal, la hegemonía que Rusia tuviera en el espacio soviético y recuperar el carácter de gran potencia que tuviera su predecesora, la URSS.

### 3. LA SEGUNDA APROXIMACIÓN. LAS REFORMAS RUSAS Y SU INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN, ÁMBITOS DE COOPERACIÓN E INSTITUCIONES DE LA CEI

Antes de exponer las principales características e instituciones de la CEI es preciso señalar que Rusia, como todos los otros estados comunitarios, se encuentra sometida a un proceso de profundas transformaciones de cuyo desarrollo dependerá en buena medida el de la Comunidad.

#### 3.1. Rusia y la CEI

Efectivamente, Rusia se enfrenta, en primer lugar, a la definición de una nueva identidad nacional que resulte acorde con la realidad de su espacio multinacional.<sup>3</sup> En segundo lugar, se trata de construir un nuevo Estado ruso, lo que se traduce en la realización de una serie de reformas políticas y económicas que permitan ensamblar la nueva Rusia en el marco de los Estados democráticos basados en la economía de mercado. Dentro de las primeras, Rusia se enfrenta a la tarea de poner en pie los rudimentos jurídicos de las relaciones entre las diversas instituciones del Estado de forma que las instituciones democráticas resulten fortalecidas y puedan superarse las dos principales vías de enfrentamiento que han caracterizado el proceso de constitución del nuevo Estado ruso hasta la llegada de Vladimir Putin: las relaciones centro-periferia y las relaciones legislativo-ejecutivo.<sup>4</sup> En el terreno económico, Rusia está haciendo

---

<sup>3</sup> Sobre la cuestión de la búsqueda de una nueva identidad nacional para Rusia, ver TUMINEZ S. Astrid, «Russian Nationalism and the National Interest in Russian Foreign Policy», en WALLANDER, Celeste edit., *The Sources of Russian Foreign Policy after the Cold War*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, págs. 48-51. Ver también el capítulo primero de BLUM, Douglas, W., editor, *Russia's future. Consolidation or desintegration*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1994.

<sup>4</sup> Sobre la reforma del Estado ruso, ver MENDRAS, Marie, *Un Etat pour la Russie*, Editions Complexe, Bruselas, 1992; BERTON-HOGGE, Roberte y CROSNIER, Marie-Agnes, «La Russie: un Etat en chantier», *Notes et études documentaires* n.º 5000, 1994-15, págs. 9-10; ZUBOV, A., y KOLOSOV, V., «Russie: géographie des élections du 12 décembre 1993», *Notes et études do-*

frente a una considerable pérdida de base económica consecuencia de la disminución de los intercambios económicos entre los nuevos Estados que la ruptura de las relaciones económicas del período soviético produjo. Esta situación dificulta su propia construcción nacional y, paralelamente, su conversión en el motor económico y político de la integración del espacio comunitario. Por último y simultáneamente a la definición de su nueva identidad nacional y a la realización de las reformas políticas y económicas, Rusia aborda su reubicación en la escena internacional<sup>5</sup>, es decir, se esfuerza por recuperar su condición de gran potencia capaz de ocupar el espacio dejado por la URSS, lo que, para ella, pasa por reconstruir un espacio económico único y un sistema de seguridad colectiva en el territorio comunitario.

Pero el desarrollo de tal proyecto, es decir, la construcción de la CEI, está sujeto, en primer lugar, a las amenazas provenientes de la propia Rusia que ésta ha heredado del pasado. Su debilidad económica, su dependencia histórica de las tecnologías occidentales y sus escasos recursos financieros dificultan su conversión en el motor del desarrollo económico comunitario. En este mismo sentido juega su inestabilidad política. Los vaivenes de las relaciones ejecutivo-legislativo y centro-periferia, sometidos a la permanente presión electoral, han mediatizado la formación de la nueva identidad nacional de Rusia y condicionado la definición de una política exterior que le conduzca al lugar que, entre las principales potencias, le corresponde por su importancia política, económica y militar. Además, esta inestabilidad de las relaciones ejecutivo-legislativo y centro-periferia ha empujado al primero de aquéllos hacia formas autoritarias en el ejercicio del poder y hacen que Rusia pierda un importante caudal de energías que podría ser empleado en la consolidación de las reformas económicas y políticas y, consecuentemente, en el fortalecimiento de la Comunidad. Pero además, esta situación económica y política, aguijoneada por la presión de quienes desde Occidente esperan sacar provecho de la debilidad de Rusia, impulsa el aislamiento de ésta y contribuye al fortalecimiento de un nacionalismo ruso en el seno de las instituciones que no ha sido ajeno a las guerras de Chechenia y que, entre

---

*cumentaires* n.º 5000, 1994-15, págs. 11-26; GAZIER, Anne, «La réforme du système régional et local russe: un pas en avant, deux pas en arrière», *Notes et études documentaires* n.º 5000, 1994-15, págs. 27-38; GUEIT, Jean, «Le combat pour des nouvelles institutions», *Notes et études documentaires* n.º 5000, 1994-15, págs. 55-67.

<sup>5</sup>. Sobre la reubicación internacional de Rusia, ver SAIKAL, Amin y MALEY, William, eds., *Russia in Search of its Future*, Cambridge University Press, New York, 1995 y SALMIN, Aleksei, M., «Russia's emerging statehood in the national security context», en BARANOVSKI, Vladimir, edit., *Russia and Europe: The Emerging security agenda*, Oxford University Press, 1997, págs. 77-90 y 104-133.

otras cosas por ello, hizo crecer los temores a una integración forzada del espacio comunitario que, además de dar alas a quienes desde otros Estados comunitarios se oponen al proceso de integración, resultaría, de llevarse a cabo, ruinoso para la sufrida economía rusa y fatal para las reformas políticas.

### 3.2. La evolución de la CEI

A lo largo de estos diez años la CEI ha atravesado por cinco períodos, de los que el último aún no ha concluido, cuyas características siempre han sido moduladas, más o menos intensamente y de una u otra forma, por las diferentes concepciones que sobre lo que había de ser la CEI han tenido, desde su fundación, Rusia y Ukraina.<sup>6</sup>

El primer período de la CEI, que fue desde los primeros días de diciembre de 1991 hasta mediados de 1992, se caracterizó por una cierta pasividad por parte de Rusia y un compromiso limitado por parte de los otros nuevos Estados, consecuencia de la prioridad de la orientación occidental de aquélla y de un exceso de confianza en que los lazos económicos tejidos durante el período soviético impulsarían la voluntad cooperativa de los otros estados comunitarios. Enfrentada a las dificultades que, para realizar su política integradora, le imponía la actitud de Ukraina y también las de Azerbaidján, Moldova y Turkmenia, Rusia dejó a un lado los grandes proyectos de constituir una Comunidad con unas fuerzas armadas unificadas y puso en pie una política más pragmática. En un primer momento, este pragmatismo ruso se resumiría en la firma, en la cumbre de Tashkent de 15 de mayo de 1992, de un acuerdo fundamental para la seguridad del espacio comunitario —el TSC—, y en un proyecto general para la reconstrucción de un espacio económico integrado basado en la economía de mercado.<sup>7</sup> Este pragmatismo se manifestaría también, en el desarrollo de una política que, sin abandonar los proyectos multilaterales, buscó en los tratados y acuerdos bilaterales el medio para sacar mejor partido de su influencia política, económica y militar con cada uno de los otros Estados independientes.

Tras este primer año que a punto estuvo de dar al traste con la Comunidad, la aprobación, a finales de 1992, de la Concepción de la política

---

<sup>6</sup> Un documento básico en el análisis de la CEI es la obra de WEBBER, Mark, *CIS Integration Trends. Russia and The Former Soviet South*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1997.

<sup>7</sup> Ver «Dogovor o kolektivnoi bezopásnosti» (Tratado de Seguridad Colectiva), *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 12, 30 de junio de 1992.

exterior de Rusia dio un vuelco a las relaciones de ésta con los otros Estados de la CEI por cuanto el desarrollo de la Comunidad se convirtió en la principal de las prioridades de la política exterior rusa.<sup>8</sup> En efecto, las cumbres de Minsk y Moscú —22 de enero y 24 de septiembre de 1993—, trajeron consigo la firma de dos documentos fundamentales —la Carta de la CEI y el Tratado de la Unión Económica—, que dieron paso a un segundo período caracterizado por un notable reforzamiento de la acción cooperativa que tenía por objeto construir, de manera escalonada, una Comunidad, en cuyo desarrollo los diversos Estados podrían participar a diferentes velocidades. Un período en el que la idea de la CEI como un espacio de cooperación estable y progresiva se convirtió en el objetivo predominante. Este impulso de la actividad cooperativa tuvo un momento álgido en octubre de 1994, cuando la cumbre que la CEI celebró en Moscú puso en pie la Unión de Pagos y el Comité Económico Interestatal.<sup>9</sup>

El tercer período de la CEI, durante el que se hubieran tenido que poner en práctica los objetivos definidos en el período anterior —construcción escalonada de un espacio de cooperación económica que, comenzando por una zona de libre comercio, culminara con una unión monetaria—, utilizando para ello el Comité Económico Interestatal y la Unión de Pagos, acabaría, sin embargo, en una profunda crisis que se abriría en la cumbre celebrada en Kishiniov en el otoño de 1997. Efectivamente, durante los dos primeros años de este período y más allá de la firma de importantes documentos multilaterales relacionados con los derechos de las minorías, la seguridad colectiva, la prevención y resolución de los conflictos y las fuerzas colectivas para el mantenimiento de la paz, Belarús, Kazajstán, Kirguizia y Rusia pusieron de manifiesto su voluntad de hacer realidad esta Comunidad con la aprobación del Tratado de la Unión Aduanera, el Tratado sobre la profundización de la integración en los campos económico y humanitario y el Tratado sobre la institucionalización de una Comunidad de Rusia y Belarús, que pronto se convertiría en un proyecto de unión de ambos Estados.<sup>10</sup> Así pues, la principal característica de estos dos primeros años fue el asentamiento, expresado en la aprobación de los tratados enumerados más arriba, de esta idea de

<sup>8</sup> Ver «Kontseptsia vneshnei politiki Rossiskoi Federatsii» (El concepto de la política exterior de la Federación de Rusia), *Diplomaticheskii Vestnik*, enero de 1993.

<sup>9</sup> La Carta de la CEI, el Tratado de la Unión Económica y los acuerdos para la constitución de una Unión de pagos y un Comité Económico Interestatal pueden encontrarse respectivamente en *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 9-10, mayo de 1993, *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 19-20, octubre de 1993, y en *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 21-22, noviembre de 1994, los dos últimos.

<sup>10</sup> El texto base para la constitución de la Unión Aduanera se encuentra en *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 2, febrero de 1995. Para el estudio de la Comunidad de Rusia y Belarús he empleado un texto de trabajo de la Duma de la Federación de Rusia, «Dogovor o Soyuzze Belarusi i Rossii» (Tratado de la unión de Belarús y Rusia), *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 4, abril de

construir escalonadamente una comunidad a diversas velocidades, esbozando así un espacio de geometría y profundidad variables sobre la base de un verdadero interés mutuo, es decir, en aquellos ámbitos en que exista un «acuerdo real» y con un coste que no suponga una hipoteca para la nueva Rusia. Sin embargo, el proyecto para constituir una zona de libre comercio en el conjunto del espacio comunitario, el primero de los escalones de la unión económica y el proyecto que debía servir de base a la siguiente fase de la unión económica —la unión aduanera—, estaba cosechando un rotundo fracaso que desembocaría en la crisis que salió a la luz en la cumbre celebrada en Kishiniov el 23 de octubre de 1997.

Se inauguraba así el cuarto período de la CEI. En un marco presidido por una práctica inexistencia de actividad multilateral, paralizada por el acuerdo de crear un Foro Interestatal para la reforma de la Comunidad, este período se caracteriza por un esfuerzo redoblado por resolver los graves problemas que afectan a la Unión Aduanera y un giro hacia la cooperación económica bilateral. La cumbre celebrada en Moscú el 2 de abril de 1999 confirmó al económico como el más relevante de los ámbitos de cooperación multilateral tras la firma de una Declaración sobre las principales orientaciones del desarrollo de la CEI y de un Protocolo sobre el Acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio (ZLC) de abril de 1994.<sup>11</sup> Los cimientos de un proyecto que, considerando que sólo el éxito de la cooperación económica multilateral puede permitir el desarrollo de otros ámbitos de cooperación, buscan revitalizar la, hasta el momento, fracasada ZLC. Con la aprobación de ambos documentos y la puesta en pie de dos instituciones de carácter ejecutivo, el Consejo Económico y el Comité Ejecutivo, la CEI quiso poner punto final al período de crisis y sentar las bases de uno nuevo cuyo objetivo era desarrollar simultáneamente una zona de libre comercio de la que forman parte todos los Estados comunitarios y la Unión Aduanera constituida por Belarús, Kazajstán, Kirguizia, Rusia y Tadjikistán. Es decir, continuar dibujando un proceso escalonado a diferentes velocidades centrado principalmente en el ámbito de la economía.<sup>12</sup>

---

1997 y también «Ustav Soyuzu Belarusi i Rossii» (Carta de la Unión de Belarús y Rusia), *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 6, junio de 1997.

<sup>11</sup> Tanto el Acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio como el Protocolo al mismo que he empleado en este trabajo son copia de los empleados en la Duma de la Federación de Rusia

<sup>12</sup> Un estudio en profundidad de la evolución de la CEI se puede encontrar en: HAZARD, Ingrid, «La CEI: une union en panne? 1991-1999», *Notes et études documentaires* n.º 5102-3, 30.11.1999.

Sin embargo, las reticencias de Rusia a desarrollar el Protocolo sobre el Acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio de abril de 1994 antes de concluir acuerdos bilaterales con cada uno de los Estados comunitarios que definan el marco del libre comercio bilateral y las exenciones al mismo, la retirada de Azerbaidján, Georgia y Uzbekistán del Tratado de Seguridad Colectiva y la incorporación de este Estado centroasiático al GUAM,<sup>13</sup> la firma del Protocolo sobre la prórroga del Tratado de Seguridad Colectiva durante el próximo quinquenio por parte de Armenia, Belarús, Kazajstán, Kirguizia, Rusia y Tadjikistán así como la de las resoluciones para la constitución de una fuerza de intervención rápida y la transformación de la Unión Aduanera en una organización económica internacional de pleno derecho denominada Comunidad Económica Euroasiática (CEEA), hacen que en este quinto período nos encontremos en el dilema de si, en lugar de a un proceso de integración escalonado a diferentes velocidades no estaremos asistiendo a una consolidación de las tendencias centrífugas, al nacimiento de dos comunidades: una en torno a la CEEA y otra alrededor del GUUAM.<sup>14</sup> En este sentido, la transformación de la UA en Comunidad Económica Euroasiática aprobada en la cumbre de Astana el 10 de octubre de 2000 y, sobre todo, las resoluciones sobre seguridad colectiva aprobadas, un día más tarde, por el Consejo de Seguridad Colectiva del TSC en su cumbre de Bishkek, han animado la actividad de los Estados miembros del GUUAM quienes, tres años después de su fundación en octubre de 1997, se preparan para la constitución de una zona de libre comercio entre sus miembros en la

---

<sup>13</sup> El GUAM agrupaba en un primer momento a Georgia, Ukraina, Azerbaidján y Moldova. Con la incorporación de Uzbekistán en 1999 pasó a denominarse GUUAM. Creado en 1997 con el objeto de cooperar para la construcción de un corredor transcaucásico y prácticamente inactivo hasta 2000, se plantea ahora crear una zona de libre comercio en el espacio de los Estados que lo forman.

<sup>14</sup> La secuencia de acontecimientos producida en torno a la cumbre de la Unión Aduanera de Astana y las del Consejo de Seguridad Colectiva de Moscú y Bishkek se puede conocer a través de: «Oboronna budet effektivnoi» (la defensa será efectiva), *Nezavízimaya Gazeta*, 23-5-2000; «Prioritet voyenno-políticheskim otnosheniam» (Prioridad a las relaciones político-militares), *Nezavízimaya Gazeta*, 25-5-2000; «Vo vsem SNG: belorrúskaya pagoda» (En toda la CEI clima bielorruso), *Rossískaya Gazeta*, 27-5-2000; «Sobiratel postsovietskij zemel. Integratsiya ot Putina: snachala polítika, potom ekonómika» (El reunificador de las tierras post-soviéticas. La integración al estilo Putin: primero política, después económica), *Segodnya*, 11-10-2000; «CIS Customs Union States create new eurasian economic union... approve economic restructuring program», *RFERL*, 11-10-2000; «CIS security pact signatories agree to create joint force», *RFERL*, 12-10-2000; «Na postsovietskom prostranstve formíruyutsa dva laguera» (En el espacio postsoviético se forman dos campos), *Nezavízimaya Gazeta*, 15-10-2000; «Rossia moshet izblech vígodu iz evroazízskogo ekonomícheskogo soobshstva» (Rusia puede obtener provecho de la Comunidad Económica Euroasiática), *Nezavízimaya Gazeta*, 15-10-2000.

cumbre a celebrar en Kiev los días 6 y 7 de marzo de 2001.<sup>15</sup> En el otro platillo de la balanza, a pesar de que de los nueve temas a resolver, siete fueron «aprobados básicamente» en la cumbre de la CEI celebrada en Minsk el 1 de diciembre de 2000,<sup>16</sup> sólo Rusia y Georgia están pendientes de ratificar los acuerdos tomados en la cumbre de abril de 1999 relativos a la ZLC y, la primera podría hacerlo a tiempo de cumplir el plazo dado para la entrada en vigor de la zona de libre comercio, 1 de julio de 2001, pues la firma, en la cumbre de la CEI de 20-21 de junio, del documento sobre la marcha del cumplimiento de la Resolución del Consejo de Jefes de Estado de la CEI de 2.4.99 sobre la creación de una ZLC y la de tratados bilaterales de libre comercio están permitiendo a Rusia encontrar una solución acorde con sus intereses en este terreno, que no es otra que la percepción de los impuestos indirectos —el IVA—, se realice «en el país de destino» excepto en los casos del gas, petróleo y productos derivados.<sup>17</sup>

### 3.3. Los ámbitos de cooperación comunitarios

A lo largo de estos años, los principales marcos de cooperación multilateral en el seno de la CEI han sido cuatro: el armamento nuclear, la seguridad colectiva, la cooperación para el mantenimiento de la paz y en el campo de los derechos humanos y la economía. Por lo que hace referencia al primero, a pesar del fracaso en el intento de establecer un marco de cooperación en el ámbito nuclear sobre la base de mantener unidas y posteriormente unificadas las fuerzas armadas heredadas de la URSS, la cooperación en este terreno permitió alcanzar un acuerdo por el que todo el armamento nuclear táctico sería trasladado a Rusia para su destrucción conforme a los compromisos internacionales de la URSS. El fracaso del proyecto de mantener unidas las fuerzas armadas de la antigua Unión obligó a sacar el armamento nuclear estratégico de los marcos de cooperación comunitarios y a comprometer a las nuevas potencias nucleares —Belarús, Kazajstán y Ukraina—, con el tratado START, lo que se alcanzó con la firma del Protocolo de Lisboa.

---

<sup>15</sup> Ver «Kiev i Tashkent prodolshayut obshchenie», (Kiev y Tashkent continúan su acercamiento), *Nezavizimaya Gazeta*, 15-10-2000 y «Evroazizkoe soobshevo zamenilo SNG» (La Comunidad Euroasiática cambió la CEI), *Rossiskaya Gazeta*, 17-10-2000.

<sup>16</sup> Ver «Sammit v tumán. V pokazátelni vistupleniaj strán SNG blistala Ukraina» (Cumbre en la niebla. Ukraina brilló como modelo de las intervenciones de los estados de la CEI), *Segodnya*, 2-12-2000.

<sup>17</sup> Ver «Posidelki zakónchilis. Prishló vremia tiazheloi raboti» (Se acabaron las sentaditas. Ha llegado el tiempo del trabajo duro), *Rossiskaya Gazeta*, 24-6-2000.



En el terreno de la seguridad colectiva, el fracaso de la idea de mantener unidas o unificadas las fuerzas armadas de la URSS condujo a la firma del Tratado de Seguridad Colectiva, un tratado de defensa mutua que tenía por objeto la protección de los Estados partícipes de los conflictos que pudieran surgir entre ellos y con terceros, del que llegaron a formar parte todos los Estados comunitarios excepto Moldova, Turkmenia y Ukraina. La Concepción de la Seguridad Colectiva (CSC), un documento aprobado en la cumbre que la CEI celebró en Alma-Ata el 10 de febrero de 1995, extendió al ámbito de la seguridad colectiva un concepto, el de la construcción escalonada y a diferentes velocidades de la Comunidad, que había sido desarrollado previamente en el terreno de la cooperación económica, y tiene por objeto, en el plano interior, la creación de unas fuerzas armadas unificadas y, en el externo, como se verá más adelante, hacer de la CEI una «organización regional de carácter internacional».<sup>18</sup> Las previsiones de la CSC apenas han sido desarrolladas posteriormente y, en 1999, el propio TSC entró en crisis como consecuencia de la negativa de tres de sus partícipes, Azerbaidján, Georgia y Uzbekistán, a seguir formando parte del mismo. Aunque no se puede decir que la crisis haya sido superada por cuanto estos Estados se han venido a sumar a Moldova, Turkmenia y Ukraina y todos ellos, excepto Turkmenia, forman parte del GUUAM, no es menos cierto que la firma, el 2 de abril de 1999, por parte de Armenia, Belarús, Kazajstán, Kirguizia, Rusia y Tadjikistan del Protocolo sobre la prórroga del Tratado de Seguridad Colectiva durante el próximo quinquenio y, sobre todo, los resultados prácticos de las sesiones del Consejo de Seguridad Colectiva celebradas en Minsk y Bishkek en la primavera y el otoño de 2000 dan pie para pensar que el TSC sigue siendo un instrumento real para la integración no sólo en la esfera político militar, sino en el campo de la economía ya que, más allá de la cooperación técnico-militar, TSC y UA-Comunidad Económica Euroasiática se apoyan mutuamente en la medida de que todos sus miembros, con la excepción de Armenia, forman parte de ambas organizaciones.

La reciente penetración de guerrilleros islamistas en Kirguizia y Uzbekistan ha permitido dar dos nuevos pasos en el ámbito de la seguridad colectiva. El 21 de abril de 2000, los Estados centroasiáticos, excepción hecha de Turkmenia, firmaron el Tratado sobre acciones conjuntas para la lucha contra el terrorismo y el extremismo político y religioso, la delincuencia internacional organizada y otras amenazas a la seguridad y estabilidad de las partes, al que Rusia se incorporará tras la firma, en

---

<sup>18</sup> La Concepción de la Seguridad Colectiva puede encontrarse en *Diplomáticheskii Vestnik* n.º 3, marzo de 1995.

agosto pasado, de una Declaración en la que Kazajstán, Kirguizia, Tadjikistán y Uzbekistán le piden oficialmente su participación.<sup>19</sup> Más recientemente, la cumbre de la CEI celebrada en Minsk el 1 de diciembre de 2000 aprobó el tratado que permite la puesta en marcha de un Centro Antiterrorista en Moscú y su financiación con el apoyo de todos los Estados comunitarios, excepto Turkmenia, y los reparos de Azerbaidján y Ukraina, quienes podrían obstaculizar su puesta en funcionamiento retrasando su ratificación en sus respectivos parlamentos.<sup>20</sup>

En una primera fase, poco y escasamente operativo fue lo alcanzado por la cooperación multilateral en el campo del mantenimiento de la paz y de los derechos humanos. Mientras el acuerdo para la creación de grupos de observadores militares y de tropas colectivas para el mantenimiento de la paz, aprobado en la cumbre de Kíev el 20 de marzo de 1992, no sirvió para detener los conflictos armados en curso siendo Rusia la que directamente se implicó en su neutralización, el TSC sí resultó útil para neutralizar los posibles conflictos en el interior de la CEI. Por lo que se refiere a los derechos humanos, la principal adquisición comunitaria, durante este período, fue la incorporación a los tratados de los principios contenidos en la Carta de la ONU y en el Acta final de Helsinki. La firma de sendos tratados que regulaban la presencia de las tropas rusas, primero en Georgia y, posteriormente, en Moldova, fueron los heraldos de un cambio de primera magnitud en el campo del mantenimiento de la paz y de los derechos humanos. La presencia de tropas rusas en otros Estados comunitarios, regulada hasta entonces por la fuerza de los hechos, comenzó a regirse por acuerdos bilaterales y, lo que es más importante, a partir de aquí, la aprobación de la Convención sobre la garantía de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales se convirtió en el paso más importante dado por la Comunidad en favor del afianzamiento de los derechos humanos en el espacio comunitario, porque permite la extensión a las legislaciones de los Estados comunitarios de los derechos contenidos en ella.<sup>21</sup> Esta reorientación de la cooperación en materia de derechos humanos y mantenimiento de la paz se vio confirmada por la aprobación de dos documentos comunitarios clave —la Concepción sobre la prevención y resolución de los conflictos y la Resolución sobre fuerzas colectivas para el mantenimiento de la paz—, que, como los anteriores, supusieron la extensión de la idea de construir la

---

<sup>19</sup> Ver *Diplomaticheski Vestnik*, septiembre de 2000.

<sup>20</sup> Ver *Diplomaticheski Vestnik*, julio de 2000 y «SNG v poiskaj chasovshika», *Gazeta SNG*, 4 de diciembre de 2000.

<sup>21</sup> La citada Convención se puede encontrar en *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 21-22, noviembre de 1994.

CEI de manera escalonada y a las velocidades que determine el mutuo interés a estos ámbitos de la cooperación comunitaria.<sup>22</sup>

A mediados de 1993, la CEI puso en pie el Tratado de la Unión Económica, un proyecto que dejaba a un lado los planes de mantener unido, sobre la base del rublo soviético, el espacio económico heredado de la URSS, para construir en su lugar un espacio económico integrado cimentado en el reconocimiento de la existencia de tantas economías como Estados. El TUE definió la reconstrucción de ese espacio económico integrado como un proceso escalonado de cooperación económica que, partiendo de la puesta en marcha de una zona de libre comercio, habría de culminar con la constitución de una unión monetaria, tras pasar por las fases de la unión aduanera y el mercado común de mercancías, servicios, mano de obra y capitales y que se llevaría a cabo a distintas velocidades. El Acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio aprobado en abril de 1994 con el objeto de desarrollar la primera fase del TUE aún no ha sido puesto en práctica pero la ratificación del mismo y su protocolo por todos los parlamentos republicanos con excepción de Georgia y Rusia y, particularmente, la conclusión y ratificación de una serie de acuerdos bilaterales entre Rusia y cada uno de los Estados miembros de la CEI, en los que se define el régimen de libre comercio y las exenciones al mismo, permiten pensar que el 1 de julio de 2001 podría echar a andar la zona de libre comercio de la CEI. Problemas de orden económico similares han impedido también que la Unión Aduanera haya puesto en marcha siquiera la primera fase de la misma: la zona de libre comercio. En efecto, Belarús, Kazajstán, Kirguizia y Rusia pusieron en marcha la segunda fase del TUE con la firma de dos tratados: el de la Unión Aduanera y el Tratado sobre la profundización de la integración en los campos económico y humanitario. La posterior firma del Tratado sobre la institucionalización de una Comunidad de Rusia y Belarús no hizo sino confirmar lo que la de los dos anteriores había supuesto: la voluntad política de los firmantes y la viabilidad de poner en práctica la idea de una cooperación escalonada y a diferentes velocidades en los terrenos económico y político. Los resultados han sido, sin embargo, decepcionantes. En un marco caracterizado por la profundidad de la crisis económica que soportan y el casi constante decrecimiento de sus intercambios comerciales y a pesar de lo recurrente de sus esfuerzos, centrados en poner en marcha una serie de medidas para el desarrollo de la UA, sus Estados miembros no han sido capaces de establecer ni un régimen multilateral de comercio sin limitaciones arancelarias o contingenta-

---

<sup>22</sup> Ambos documentos se pueden encontrar en *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 2, febrero de 1996 y *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 2, febrero de 1996.

rias, ni, lógicamente, un espacio aduanero único, la segunda fase de la proyectada unión aduanera. Esta situación y, sobre todo, los nulos resultados de la ZLC, lejos de empujar al abandono de los proyectos integradores, condujeron, en plena crisis comunitaria, a la firma de una serie de tratados bilaterales de cooperación económica para el período 1998-2007 que ligan a Rusia con Ukraina, Kazajstán y Uzbekistán y que ponen de relieve la voluntad de estos cuatro Estados de fomentar la integración de sus economías. Pero, además y fundamentalmente, a renovar la apuesta por desarrollar una zona de libre comercio que abarque todo el espacio comunitario, a continuar desarrollando una UA a la que posteriormente se incorporó Tadjikistán, y a poner en pie dos nuevas instituciones comunitarias, el Consejo Económico y el Comité Ejecutivo, que han asumido, desprovistas de la supranacionalidad, las principales funciones del Comité Económico Interestatal (MEK), una institución que, diseñada para llevar a término lo previsto en el TUE y ser la primera con carácter supranacional de la CEI, se convirtió en algo casi inoperativo precisamente por los problemas que ese carácter supranacional suscitara. La constitución de la Comunidad Económica Euroasiática, en la cumbre de la Unión Aduanera de Astana, confirma nuevamente la apuesta por desarrollar hasta sus últimas consecuencias el Tratado de la Unión Económica por una parte, al menos, de los Estados miembros de la CEI y su asentamiento como una especie de núcleo duro de aquélla.

La puesta en marcha de la Comunidad de Belarús y Rusia y su transformación en un proyecto de unión de ambos Estados, ha sido, más allá de las propuestas de unificar legislaciones en diversas materias y de los proyectos de reforzar la cooperación interparlamentaria, el paso más importante dado con el fin de fortalecer la cooperación en el terreno político y ha puesto de manifiesto que, también en este campo, es posible llevar a cabo una cooperación que conduzca al desarrollo de un proceso de integración escalonado, de geometría variable, que apunta a la constitución de un único Estado ruso-bielorruso.

### **3.4. Las instituciones de la CEI**

Simultáneamente a la firma de los tratados fundacionales, la Comunidad constituyó sus dos instituciones centrales, el Consejo de jefes de Estado y el Consejo de jefes de gobierno, cuyo proceso de toma de decisiones define el carácter intergubernamental de la CEI. A lo largo de estos años la Comunidad ha puesto en pie un amplio entramado institucional que, sin embargo, no ha sido capaz de satisfacer las expectativas que su creación había despertado.

La estructura institucional de la Comunidad, que principalmente fue definida por la Carta de la CEI, está presidida por el Consejo de jefes de Estado al que se subordinan todas las instituciones comunitarias incluido el Consejo de jefes de gobierno, que tiene como misión coordinar la cooperación de los órganos del poder ejecutivo de los estados comunitarios fundamentalmente en los planos económico y social. El proceso de toma de decisiones, basado en la unanimidad de los jefes de Estado reunidos en el Consejo, confiere a la cooperación en el seno de la Comunidad un carácter eminentemente intergubernamental. Sin embargo, la constitución del Comité Económico Interestatal, cuya capacidad para tomar decisiones por distintas formas de mayoría en el ámbito de la cooperación económica le confería un carácter supranacional, hizo que la Comunidad apuntara, en este ámbito de la cooperación, hacia un sistema mixto, en el que se combinaban el carácter intergubernamental y el supranacional. Esto permitió establecer un cierto paralelismo entre la CEI y la Unión Europea. La forma concreta que adoptó esta supranacionalidad del MEK, como consecuencia de un sistema de distribución de votos que ponía en manos de Rusia el proceso de toma de decisiones en el citado organismo, suscitó importantes controversias antes y después de su constitución. Esta ha sido la principal razón de su escasa operatividad práctica y ha conducido a que una de las cuestiones clave abordada por la reforma de la CEI sea precisamente la puesta en pie de dos nuevas instituciones de carácter ejecutivo: el Consejo Económico, que sustituye al MEK y el Comité Ejecutivo. Ambas instituciones han perdido, al menos por el momento, su carácter supranacional y sus tareas abarcan desde la propuesta hasta el control de la ejecución de las resoluciones tomadas por los consejos de jefes de Estado y de gobierno. El éxito de esta reforma institucional exigirá de Rusia y del resto de los estados comunitarios encontrar un sistema de toma de decisiones que, teniendo en cuenta los intereses de los otros Estados, permita a éstos tener un peso en la toma de decisiones que verdaderamente refleje el mutuo interés y que, paralelamente, no obligue a aquélla a tomar a su cargo una parte de la financiación comunitaria que no se corresponda con sus intereses.

#### 4. LA TERCERA APROXIMACIÓN. LOS RESULTADOS DE LA COOPERACIÓN COMUNITARIA

La tercera aproximación al estudio de los procesos de integración en el espacio comunitario tiene un doble objetivo: analizar, en cada uno de los ámbitos de cooperación, los móviles que han impulsado a Rusia a poner en marcha este proceso y evaluar los frutos de esa cooperación co-

munitaria. La razón principal que ha movido al gigante eslavo a plantearse la reconstrucción de un espacio integrado económica, política y militarmente en el espacio postsoviético ha sido su voluntad de mantenerse como el Estado hegemónico en la región y ello con un doble objetivo: evitar que los conflictos internos y las disputas interestatales que afectan a los otros nuevos Estados puedan influir negativamente en la reconstrucción de su propia estatalidad y, estableciendo un nuevo marco de relaciones con los otros Estados independientes, recuperar su influencia a escala mundial, es decir, recuperar su condición de gran potencia.<sup>23</sup> Asimismo, esta tercera aproximación me ha llevado a analizar la actitud de los otros actores internacionales con relación a Rusia y a la CEI con el objeto de valorar en qué medida la acción de las principales potencias contribuye o dificulta la consolidación de los procesos de integración en el espacio postsoviético.

#### 4.1. La cooperación en el ámbito de lo nuclear

Mantener la estabilidad regional y mundial —la primera de las prioridades que Rusia se planteó y que, como heredera de la URSS en el plano internacional, le venía dada por los acuerdos que ésta había suscrito: Acta final de Helsinki, Carta de París para una nueva Europa y tratados START y FCE—, pasaba por evitar la proliferación del armamento nuclear que la desintegración de la Unión había puesto en manos de cuatro de los nuevos Estados. Con este fin, Rusia quiso que los Estados comunitarios se comprometieran con el mantenimiento de un mando unificado del espacio estratégico ex-soviético bajo el que habría de estar el armamento nuclear. Mantener unidas las fuerzas armadas —nucleares y convencionales—, heredadas de la URSS le permitiría, esperaba Rusia, obtener para sí el control de las armas nucleares. En el plano comunitario, su objetivo era mantener el espacio estratégico postsoviético bajo su control, asegurarse un área de control sobre los Estados miembros de la CEI y evitar así una excesiva descomposición del espacio postsoviético que podría dificultar sus proyectos integradores. En el internacional, el fin no era otro que evitar que la disgregación de las fuerzas armadas de la

---

<sup>23</sup> Ver «Kontseptsia vneshnei politiki Rossiskoi Federatsii» (El Concepto de la política exterior de la Federación de Rusia), *Diplomaticheskii Vestnik*, enero de 1993, y también «O natsionalnoi bezopasnosti», (Sobre la seguridad nacional), *Nezavizimaya Gazeta* de 14 de junio de 1996; «Strategiia dlia Rossii» (La estrategia para Rusia), Tesis del Consejo para la política exterior y de defensa, *Nezavizimaya Gazeta*, 27 de mayo de 1994, así como «Strategicheskii kurs Rossii s gosudárstvami-uchástnikami SNG» (Curso Estratégico de Rusia con los Estados-partícipes de la CEI), *Diplomaticheskii Vestnik* n.º 10, octubre 1995.

Unión incrementara la inestabilidad de la región, tanto desde el punto de vista de las armas nucleares como desde la óptica del armamento convencional, poniendo así en peligro la estabilidad mundial y la de la propia Rusia. Como es sabido, sin embargo, Ukraina asestó un formidable mazazo al proyecto reclamando su derecho a constituir sus propias fuerzas armadas convencionales y, más adelante, exigiendo de Rusia garantías adicionales a su estatalidad e integridad territorial a cambio de la entrega de su armamento nuclear. Ello condujo a que todo el proyecto de cooperación en materia de seguridad nuclear saliera fuera del marco comunitario —lo que se produjo con la firma del protocolo de Lisboa, que incorporaba a Belarús, Kazajstán y Ukraina al tratado START—, y terminara de resolverse por medio del Tratado de Moscú de enero de 1994 por el que, a cambio de la entrega del armamento nuclear que se hallaba en manos de Ukraina, Rusia y los EU de América se convertían en cogarantes de la estatalidad e integridad territorial de aquélla.

#### **4.2. La cooperación en el ámbito de la seguridad colectiva**

Mantener ese espacio de control sobre los otros Estados comunitarios, en unas circunstancias que hacían imposible mantener unidas o unificadas las fuerzas armadas heredadas de la Unión Soviética, empujó a Rusia a plantearse la resolución de los problemas de seguridad por medio de un Tratado de Seguridad Colectiva que iba a estar orientado, por una parte, a la defensa de los Estados miembros de hipotéticas ambiciones exteriores a la CEI y, principalmente, a evitar que los conflictos internos de los Estados comunitarios pudieran desestabilizar el espacio de la Comunidad.

La oposición de Ukraina, apoyada por Azerbaidján, Moldova y Turkmenia, a mantener unidas las fuerzas armadas de la ya ex-URSS así como a la constitución de unas fuerzas armadas unificadas forzó a Rusia a aceptar la creación de las fuerzas armadas convencionales de cada uno de los nuevos Estados y a construir, sobre esta base, un sistema de seguridad colectiva que, como se verá más adelante, únicamente a largo plazo, de manera escalonada, podría dar origen a unas fuerzas armadas unificadas. La firma del Tratado de Seguridad Colectiva permitió, en el plano ruso, poner los cimientos para la definición de ese área de control sobre los otros Estados comunitarios que el fracaso de sus anteriores proyectos en el campo de la seguridad había impedido y, en el comunitario, un primer asentamiento del proceso de integración que conduciría, en el breve plazo de un año, a la firma de dos importantes documentos comunitarios: la Carta de la CEI y el Tratado de la Unión Económica. Más

adelante, la conversión de Rusia en la única potencia nuclear de la región y la incorporación al TSC de todas las antiguas repúblicas soviéticas, excepto los Estados del Báltico, Moldova, Ukraina y Turkmenia, le daría la llave de la supremacía militar y la posibilidad de convertirse en garante de la estabilidad regional no sólo por su capacidad de disuasión con relación a Estados no comunitarios, sino con respecto a los propios miembros de la CEI. Así pues, el control por parte de Rusia de las armas nucleares y de la seguridad colectiva dentro del espacio postsoviético trasciende de lo militar a lo político pues le puede permitir hacer de la Comunidad el instrumento para la recuperación y la expresión de su papel como una de las grandes potencias mundiales.

En efecto, la Concepción de la Seguridad Colectiva, un documento aprobado por la CEI en 1995, que tiene por objeto, en el plano interior, la creación, a largo plazo, de unas fuerzas armadas unificadas y, en el exterior, hacer de la CEI una «organización regional de carácter internacional», es para Rusia el instrumento con el que espera reforzar ese área de control sobre los otros Estados de la CEI que comenzó a poner en pie con el TSC. Construir una estructura militar integrada, básicamente la vertiente exterior de la seguridad colectiva, que los estados firmantes del TSC y de la CSC se plantean a largo plazo, requiere —siguiendo los proyectos que Rusia esbozara tanto en los documentos referentes a la doctrina militar aprobados en 1993 y 2000 como en el Curso Estratégico, un nuevo documento que vio la luz en la segunda mitad de 1995—, y la Concepción de la Política Exterior de la Federación de Rusia de julio de 2000, el desarrollo de la cooperación multilateral en el marco de la CEI y, de forma simultánea, la puesta en pie de una serie de tratados bilaterales entre los Estados comunitarios.<sup>24</sup> La salida, anunciada a principios de 1999, de Azerbaiján, Georgia y Uzbekistán del Tratado de Seguridad Colectiva, que fue precedida por la negativa del primero y el último a suscribir los acuerdos tomados en 1995-96 en materia de defensa antiaérea, ha puesto en cuestión todo el proyecto anterior y, no sólo está afectando negativamente a la capacidad de Rusia para garantizar la defensa de la integridad territorial y la soberanía de los Estados partícipes, a su

---

<sup>24</sup> Ver «Ob osnovnaj voyénnoi doktrini Rossii» (Sobre los fundamentos de la doctrina militar de Rusia), *Krasnaya Zvezda*, junio de 1992; «Osnovnie Polozhenia Voennoi Doktrini Rossiskoi Federatsii» (Principales Planteamientos de la Doctrina Militar de la Federación de Rusia), *Izvestia-Dokument*, octubre de 1993; «Strategiúcheskii kurs Rossii s gosudárstvami-uchástnikami SNG» (Curso Estratégico de Rusia con los Estados-partícipes de la CEI) *Diplomatícheskii Vestnik* n.º 10, octubre 1995; «Kontsepsi vneshnei politiki Rossiskoi Federatsii» (La concepción de la política exterior de la Federación de Rusia) de 10 de julio de 2000, MID de la Federación de Rusia, y «Voyénaya Doktrina Rossiskoi Federatsii» (La doctrina militar de la Federación de Rusia), MID de la Federación de Rusia.



control del espacio estratégico comunitario, así como a sus proyectos de hacer de la CEI una organización regional de carácter internacional, sino también a sus aspiraciones de convertirse en una gran potencia y, con ello, a la propia estabilidad de la CEI. Hasta tal punto es así que, más allá de la transformación del GUAM en GUUAM, como consecuencia de la incorporación de Uzbekistán, y de los proyectos de crear una fuerza conjunta de pacificación, un batallón para la protección de los oleoductos y de constituir una zona de libre comercio, la salida de aquellos tres Estados del TSC está facilitando la penetración en la región de los proyectos occidentales lo mismo en el ámbito de la economía —oleoducto Bakú-Zheiján—, como en el de la seguridad —diversos proyectos para la seguridad del Cáucaso y fortalecimiento de la cooperación de los miembros del GUUAM dentro de la Asociación para la Paz.<sup>25</sup> Aunque habrá que esperar al menos hasta que se haya cumplido la primera mitad de 2001, cuando ya se podrán ver los resultados de la cumbre de Kiev del GUUAM y los de la ZLC de la CEI, para ver si las tendencias apuntadas más arriba se consolidan, conviene tener en cuenta, sin embargo, que Uzbekistán participa junto a Kazajstán, Kirguizia y Tadjikistán, a los que próximamente se sumará Rusia, en el Tratado sobre acciones conjuntas para la lucha contra el terrorismo y el extremismo político y religioso, la delincuencia internacional organizada y otras amenazas a la seguridad y estabilidad de las Partes, que en las sesiones del Consejo de Ministros de Defensa de la CEI siguen participando los representantes de Azerbaijón, Georgia, Ukraina y Uzbekistán, aunque no lo hacen los de Moldova y Turkmenia, y que entre sus proyectos se encuentra el desarrollo del sistema de Defensa Antiaérea de la CEI, que en las maniobras de defensa antiaérea, celebradas a finales de agosto de 2000 en la base rusa de Ashuluk en la región de Astraján, participaron unidades militares de los seis miembros del TSC junto a las de Ukraina y que estuvieron presentes representantes del resto de los miembros del Acuerdo para la constitución de un Sistema Unificado de Defensa Antiaérea: Azerbaijón, Georgia, Moldova y Turkmenia, y que la experiencia de la CEI prueba la dificultad de desarrollar un proyecto de cooperación económica como la zona de libre comercio que ahora proyecta el GUUAM, máxime cuando no hay una continuidad física entre los territorios de los miembros, ni intereses comunes más allá de contrapesar los proyectos rusos, ni un claro liderazgo.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Para todo lo relacionado con el GUUAM, puede verse la página web [www. Guam.org](http://www.Guam.org).

<sup>26</sup> Sobre estas cuestiones ver: «Manevri na yugue SNG» (Maniobras en el sur de la CEI), *Nezavízimaya Gazeta*, 3-11-1999; «Voyénie ministri SNG vstrecháyutsa v Moskvé» (Los ministros de defensa de la CEI se encontrarán en Moscú), *Nezavízimaya Gazeta*, 21-12-1999; «Boyeboe sodrúshestvo-2000» (Comunidad militar 2000), *Nezavízimaya Gazeta*, 22-8-2000;

### 4.3. La cooperación para el mantenimiento de la paz y en el ámbito de los derechos humanos

El mantenimiento de la paz y el respeto de los derechos humanos hacen referencia a la vertiente interna de la seguridad colectiva. En efecto, la existencia de un minoría rusa desperdigada por todas las antiguas repúblicas soviéticas, en algunas de las cuales alcanza cifras en torno al 20-30% de la población y que sumaba 25 millones de personas en los comienzos de la CEI, la de graves conflictos internos en algunas de las antiguas repúblicas ex-soviéticas, la de conflictos regionales abiertos o latentes, todo lo cual podía conducir a enfrentamientos interrepublicanos, aconsejó o forzó a algunos de los Estados comunitarios a aceptar el punto de vista de Rusia en materia de seguridad. Esto suponía entender que el mantenimiento de la paz y el respeto de los derechos humanos en el espacio comunitario son de vital importancia para la estabilidad y la seguridad colectiva, por lo que el Tratado de Seguridad Colectiva debía concebirse como un instrumento disuasivo en el terreno del mantenimiento de la paz y del respeto de los derechos humanos, un instrumento destinado a evitar el nacimiento de nuevos conflictos en el seno de la Comunidad, así como la extensión de los ya existentes. Y suponía también que los Estados miembros del TSC buscaban así la protección del único Estado de la región capaz de garantizar, de regular, la seguridad de aquel espacio.

La intervención de los militares al lado de Yeltsin en la crisis de octubre de 1993, la consiguiente aprobación de la doctrina militar y la posterior victoria electoral de las fuerzas nacionalistas y comunistas, que habían sido desprovistas de su poder tras la disolución y el asalto al Soviet Supremo, marcan el momento cumbre de la presión nacionalista sobre el ejecutivo ruso y el inicio de la puesta en práctica de una segunda fase de la cooperación en el campo del mantenimiento de la paz y de los derechos humanos en la que Rusia buscó adecuar los tratados a los estándares occidentales con el objeto de lograr que la CEI sea reconocida como una organización regional de carácter internacional y, de esta forma, reforzar su papel como garante de la seguridad colectiva comunitaria e ir convirtiendo en realidad el principal objetivo de la política exterior de Rusia, su asentamiento como una gran potencia.<sup>27</sup> Ello se tradujo, en primer lu-

---

«Uchenia v Ashuluke proshli uspešno» (Los estudios en Ashuluk fueron exitosos), *Nezavísimaya Gazeta*, 22-8-2000 y RUCKER, Laurent, «La Russie et l'opération "force alliée"», *Le courrier des pays de l'Est*, n.º 1001, enero de 2000.

<sup>27</sup> Sobre estas cuestiones la bibliografía es abundante, me limitaré a señalar algunos trabajos. ARBATOV, Aleksei, «A Framework for Assessing Post-Soviet Conflicts», ARBATOV, Aleksei; CHAYES, Abram; HANDLER CHAYES, Antonia y OLSON, Lara; editores, *Managing*

gar, en la firma de sendos tratados con Georgia y Moldova que comenzaron a regular la, hasta entonces desregulada, presencia de tropas rusas en los otros Estados comunitarios y, posteriormente, en la aprobación de la Convención sobre la garantía de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales, el paso más importante dado por Rusia en favor del afianzamiento de los derechos humanos en la CEI, y, en la aprobación de dos documentos comunitarios de gran importancia: la Concepción sobre la prevención y resolución de los conflictos y la Resolución sobre fuerzas colectivas para el mantenimiento de la paz.

Con esta nueva orientación, la Comunidad ponía fin a un período en el que la falta de interés político en desarrollar el Acuerdo para la creación de grupos de observadores militares y de tropas colectivas para el mantenimiento de la paz por parte de los otros Estados de la CEI, contribuyó a que Rusia sustituyera los mecanismos de pacificación comunitarios por los suyos propios y se implicara directamente en la búsqueda de solución para los mismos. La firma de tratados bilaterales o multilaterales con las partes en conflicto en todos los escenarios de enfrentamientos armados en el antiguo espacio soviético, combinada con el empleo de las fuerzas colectivas para el mantenimiento de la paz en el conflicto de Tadjikistán y la utilización del Tratado de Seguridad Colectiva como elemento disuasorio, así como las presiones económicas, diplomáticas, políticas y militares, fueron los instrumentos que Rusia empleó para convertirse en valedora de los derechos de las minorías, particularmente de su propia minoría nacional y con los que consiguió ir asentando su «especial responsabilidad por la seguridad y estabilidad» del espacio postsoviético. La reorientación de la política rusa en el terreno del mantenimiento de la paz y del respeto de los derechos humanos tiene por objeto contribuir a la aceptación, por parte de los otros nuevos Estados, de esa

---

*Conflict in the Former Soviet Union*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997; ARBATOV, Aleksei «Russian Security Interest and Dilemmas», ARBATOV, Aleksei; CHAYES, Abram; HANDLER CHAYES, Antonia y OLSON, Lara; editores, *Managing Conflict in the Former Soviet Union*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997; BARANOVSKI, Vladimir, «Rossia y yeyo blizhaishee okruzhenie: Konflikti y usilia po ij regulirovanniu» (Rusia y su entorno próximo: Conflictos y esfuerzos para su regulación), *Mirovaya Ekonomika y mezhdunarodnie otoshenia* n.º 1, 1996; CROW, Suzanne, *The Making of Foreign Policy in Russia under Yeltsin*, RFE-RL Research Institute, Munich / Washington, 1993; CROW, Suzanne, «Russia Seeks Leadership in Regional Peacekeeping», *RFE / RL*, n.º 15, 1993; DAWISHA, Karen y PARROTT, Bruce, *Russia and The New States of Eurasia*, Cambridge University Press, New York, 1994; DAWISHA, Karen y PARROTT, Bruce, *Conflict, cleavage, and change in Central Asia and the Caucasus*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; JONSON, Lena y ARCHER, Clive, editores, *Peacekeeping and the Role of Russia in Eurasia*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996 y KANET, Roger, E., «La resolution des conflits: le rôle de la Fédération de Russie», *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 1, marzo de 1994.

especial responsabilidad, así como ir consolidando el espacio comunitario como un espacio militar-estratégico unido, su propio espacio estratégico, con el fin de favorecer sus aspiraciones a ser reconocida internacionalmente como una de las grandes potencias.

#### 4.4. La cooperación en el ámbito de la economía

El hecho de que los Estados comunitarios poseyeran, de partida, diferentes niveles de desarrollo económico jugó un papel de primera magnitud en que el Tratado de la Unión Económica definiera el proceso de integración económica como escalonado y a diversas velocidades por cuanto los diversos estadios de desarrollo en que se encuentran los Estados de la CEI condicionan las medidas a tomar y favorecen que sean los mismos Estados los que tomen en sus manos los ritmos de sus reformas económicas. Fue esta voluntad de controlar la marcha de sus reformas económicas, evitar una excesiva influencia de Rusia en la marcha de sus economías, particularmente en lo que hace referencia a los intercambios económicos con terceros, lo que inclinó a los Estados comunitarios en favor de la creación, primero, de una zona de libre comercio aunque, desde un punto de vista estrictamente económico, la puesta en marcha de una unión aduanera les hubiera resultado más favorable como primer paso dentro del proceso integrador.

La escasa voluntad política para hacer realidad la ZLC, puesta de manifiesto por algunos dirigentes comunitarios encontró un aliado en las dificultades económicas objetivas y también en la misma Rusia que, más interesada en llevar adelante la segunda fase de la integración económica —la unión aduanera—, no ratificó el Acuerdo sobre la zona de libre comercio confiando, quizá, en que ello forzaría a los otros Estados a sumarse a su proyectada UA. El resultado de todo ello ha sido que el grupo de Estados formado por Belarús, Kazajstán y Kirguizia, al que recientemente se incorporaría Tadjikistán, quienes junto con Rusia forman la UA, no ha sido capaz, a pesar de la voluntad política de que ha hecho gala, de establecer un régimen multilateral de comercio sin limitaciones arancelarias o contingentarias —la primera fase de la UA—, contribuyendo de esta manera a realzar la crisis comunitaria producida por el fracaso de la ZLC y la inoperancia del Comité Económico Interestatal (MEK).

El hecho de que la crisis económica que sacude a los Estados de la CEI no haya tocado fondo, que, como muestra el casi continuado decrecimiento de los intercambios económicos intracomunitarios, el proceso de desintegración comunitario siga su curso y que Rusia viera frenadas sus expectativas de hacer de la CEI un espacio económico en vías de in-

tegración, empujaron al conjunto de los estados comunitarios a reconsiderar la puesta en marcha de una zona de libre comercio en el marco de una reforma de la CEI. Es por ello que las resoluciones de la cumbre de abril de 1999 —el Protocolo al Acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio de abril de 1994 y una Declaración sobre las principales orientaciones del desarrollo de la CEI—, pusieron el acento en la cooperación en el ámbito de la economía, particularmente sobre la base de desarrollar una zona de libre comercio que, tras diversos cambios de fecha, debería ponerse en marcha el 1 de julio de 2001.

La proyectada revitalización de la zona de libre comercio y el fortalecimiento de las instituciones comunitarias, derivado de la constitución del Consejo Económico y del Comité Ejecutivo de la CEI, ponen de manifiesto que la crisis no ha conseguido dar al traste con la Comunidad y son un claro exponente de la voluntad política que los jefes de Estado comunitarios tienen de hacer de la CEI un instrumento útil para salir de su crisis económica y, en esa medida, fortalecer su seguridad y estatalidad. Así mismo, la ratificación, el 17 de febrero de 1999, del tratado de amistad ruso-ucranio, y la firma de una serie de tratados bilaterales de cooperación económica para el período 1998-2007 que ligan a Rusia con Ukraina, Kazajistán y Uzbekistán, pusieron de relieve la voluntad de estos cuatro Estados de fomentar la integración de sus economías y, colocando la cooperación bilateral en el ámbito económico en el centro de sus preocupaciones, volvieron a poner sobre el tapete la complementariedad de lo bilateral y lo multilateral y su papel en la limitación de las consecuencias de la crisis.

En un marco en el que al menos una parte de las condiciones objetivas en el ámbito de la cooperación económica, la referida al nivel de intercambios suficiente como para poner en marcha una unión aduanera o una zona de libre comercio, resulta favorable a pesar de su casi permanente decrecimiento, el Consejo Económico, dirigido por los Consejos de jefes de Estado y de gobierno, ha patroneado los acuerdos económicos que deberían conducir a la puesta en funcionamiento de la ZLC de la CEI en julio de 2001. Sin embargo, cuando, como consecuencia de lo dicho, la CEI está a punto de dar un paso de gigante en el proceso de integración económica comunitario —Rusia ha alcanzado acuerdos bilaterales sobre el régimen de libre comercio con casi todos los Estados miembros de la CEI lo que, cuando se culmine, abrirá la puerta a la ratificación por la Duma de los documentos multilaterales para la constitución de la ZLC—, los documentos aprobados en las cumbres de la Unión Aduanera de Astana y del Consejo de Seguridad Colectiva del TSC de Bishkek han abierto un proceso, que se manifiesta en algunas medidas tomadas por los miembros del GUUAM y que pone sobre la mesa el di-

lema de si la CEI define un proceso de integración a dos velocidades o si camina hacia la separación en dos grupos de Estados. A mi modo de ver, la constitución de la CEEA sigue formando parte de aquel proyecto de integración escalonada y a diversas velocidades definido por el TUE en 1993 y, aunque se prevé su ratificación parlamentaria para antes del 1 de abril de 2001, probablemente conviva durante largo tiempo con la UA y sólo en un plazo de diez o quince años pueda plantearse la cuestión de una moneda única.<sup>28</sup> En estas circunstancias, la ZLC definida por todos los Estados comunitarios podría convivir durante un tiempo con los proyectos de la UA y el mercado común. Las dificultades comenzarán cuando ésta, formando o no parte de la OMC, ponga en marcha una normativa aduanera común con respecto a terceros y cuando la efectividad de las nuevas instituciones requiera que éstas vayan adquiriendo un carácter supranacional con la cesión de soberanía que llevaría consigo. Por lo demás, aunque ello no signifique descartar la posibilidad de que el GUUAM llegara a consolidarse, lo que he apuntado en el apartado referido a la seguridad colectiva me impulsa también a pensar que es más probable un largo proceso de asentamiento de las estructuras comunitarias sobre la base de, al menos, dos velocidades, que la división de la CEI en dos comunidades.

#### 4.5. Principales factores externos que afectan a la Comunidad

El creciente papel del nacionalismo ruso en las decisiones de política exterior y el golpe de Estado institucional dado por Yeltsin en colaboración con los militares a fines de 1993, por una parte, y las aspiraciones de los EUA a convertirse en la única superpotencia, por otra, condujeron al fin de la luna de miel ruso-occidental, particularmente ruso-norteamericana, iniciada en las postrimerías del período gorbachoviano, y al inicio de una etapa en la que las relaciones se rigen por la negociación de intereses y las correlaciones de fuerzas. En el plano comunitario, esta nueva situación condujo, a través principalmente de la participación de la OSCE, a una internacionalización de los conflictos en el espacio postsoviético que, aceptando el papel central de Rusia en su resolución, busca evitar que ésta se convierta en la única potencia garante de la estabilidad y la seguridad en el espacio comunitario. En un plano más general, las desconfianzas y tensiones generadas por la ampliación de la OTAN hacia

---

<sup>28</sup> Ver «Na possovétskom prostranstve formíruitsa dva lagera» y «President Kazajstana, Nursultán Nazarbájev, schitaet chto u Evraziskogo Ekonomícheskogo Coobshestva joroshi perspektivi», *Nezávísimaya Gazeta*, 15.10.00 y 10.11.00.

el Este y por la decisión, tomada inmediatamente después por los otros miembros del Grupo de Contacto, de hacer intervenir militarmente a la OTAN en el conflicto de Kosovo rechazando los planteamientos rusos, está contribuyendo al reforzamiento del nacionalismo ruso y, consecuentemente, influyendo en la actitud de Rusia con relación al diseño de la seguridad europea del siglo XXI.<sup>29</sup> Como se evidenció durante las primeras semanas del conflicto, Rusia no puede ser aislada, por el contrario, si su voz se hubiera tenido más en cuenta antes de optar por la intervención militar, estas dificultades que acabo de apuntar no se producirían o, al menos, no tendrían un caldo de cultivo tan favorable ya que Rusia estaría jugando, de hecho, ese papel de gran potencia que reclama y que, parcialmente, le corresponde.

La integración de Rusia en el diseño de la seguridad de la Europa del siglo XXI es de crucial importancia para el establecimiento de la seguridad del conjunto del espacio OSCE. Pero, también está en los intereses occidentales evitar la posibilidad de que los procesos de integración en el espacio de la CEI no se lleven a cabo con un respeto escrupuloso de la voluntad de cada uno de los Estados, para lo que resulta conveniente dificultar el que Rusia se convierta en el Estado hegemónico en la región. Compaginar ambas cuestiones no está resultando una tarea fácil. Porque, si bien la cumbre de la OSCE celebrada en Estambul los días 17 y 18 de noviembre de 1999 aprobó la Carta de la seguridad europea, un documento con el que Rusia desea elevar el papel de la OSCE en el campo de la seguridad y la estabilidad en el espacio paneuropeo en detrimento de los planteamientos norteamericanos que desean incrementar el rol de la OTAN en ambos campos, algunas cuestiones aprobadas en otros documentos relativizan notablemente aquel éxito de la diplomacia rusa.<sup>30</sup> Efectivamente, la firma durante el desarrollo de la cumbre de dos paquetes de documentos relativos a la construcción de un oleoducto Bakú-Tbilisi-Zheihan y a la de un gasoducto transcaspiano que conduciría el gas turkmeno hasta Europa siguiendo la misma vía que el oleoducto anterior es una muestra del notable incremento de la influencia occidental, particularmente norteamericana, en la región y ha traído consigo la elaboración de diversos proyectos para garantizar la seguridad y estabilidad regionales que contemplan a Rusia como una más de las potencias garantes de aquéllas. Por otra parte, la salida completa de las tropas rusas estacionadas en Pridniestrovía antes del 1 de julio de 2002 y el abandono de las

---

<sup>29</sup> Ver RUCKER, Laurent, «La Russie et l'opération "force alliée"», *Le courrier des pays de l'Est*, n.º 1001, enero de 2000.

<sup>30</sup> Los documentos relativos a la cumbre de la OSCE de Estambul pueden encontrarse en [www.osce.org](http://www.osce.org).

bases rusas de Gudauta y Vaziani en Georgia en cumplimiento de la adaptación del tratado de Fuerzas Convencionales en Europa antes del 1 de julio de 2001 es interpretado por amplios sectores de la política y la intelectualidad rusas como algo lesivo a sus «intereses geopolíticos».<sup>31</sup> La coincidencia de algunas fechas previstas en estos documentos con otras formuladas por Zbigniew Brzezinski —entrada de Rumania en la OTAN, etc.—, y otras cuestiones como la puesta en marcha de la versión doméstica de la Iniciativa de Defensa Estratégica invitan a pensar si, más allá de limitar las ambiciones de Rusia reconociendo su papel como Estado continuador de la URSS de una manera general y su derecho a participar en la definición de la seguridad europea y mundial del siglo XXI, al mismo tiempo que se trata de evitar otorgarle un derecho de veto en el terreno de la seguridad y estabilidad del espacio OSCE, no estaremos asistiendo a los primeros pasos de un viaje que lleve a Rusia a despojarse de sus intereses geopolíticos. De ser esto así, se estarían poniendo en cuestión las bases mismas de la política exterior de Rusia y las consecuencias para el futuro de la CEI serían imprevisibles. En efecto, Rusia busca contribuir a ir perfilando un «nuevo orden mundial» de carácter «multipolar» en el que ella aspira a jugar un papel de gran potencia y en el que sus fuerzas armadas nucleares y convencionales, integradas en unas futuras fuerzas armadas unificadas de la CEI, asegurarían la estabilidad y seguridad del espacio postsoviético, tanto en su vertiente interior como en la externa, mientras, paralelamente, contribuirían a la seguridad del espacio OSCE buscando hacer de las estructuras de seguridad comunitarias una especie de subsistema dentro del proyecto de sistema de seguridad para el siglo XXI que se discute en el seno de la OSCE. Si se despoja a este proyecto de sus principales características, la profundización de la cooperación de Rusia con Occidente, particularmente en las cuestiones de la seguridad y estabilidad pero también en las relativas a la economía resultaría gravemente dañada y los riesgos que surgirían del auge de la desconfianza mutua podrían conducir a Europa y a Occidente en general a escenarios no deseados que tendrían consecuencias nefastas para el proceso de integración comunitario.

---

<sup>31</sup> Ver «Sammit OBSE, Porashenie Moskvi? Podpísanni v Stambule dokumenti predusmatriváiut vítesnenii Rossii iz Zakavkaza» (La cumbre de la OSCE, una derrota de Moscú? Los documentos firmados en Estambul prevén la expulsión de Rusia del Transcaucaso), «Novi balans sil. Posle sammita OBSE, rol Rossii na territorii SNG, po-préshnemu ostabatsa osnobopalagiushii» (Nuevo equilibrio de fuerzas. Después de la cumbre de la OSCE, el rol de Rusia en el territorio de la CEI sigue siendo fundamental) *Nezavízimaya Gazeta*, 23.11.99 y 7.12.99.



## 5. CONCLUSIÓN FINAL

Las dificultades que la CEI ha manifestado para ir haciendo realidad el proyecto original han sido determinantes para concluir que aquélla se ha movido durante estos años en un permanente estado de crisis del que los Estados miembros tratan de salir dando prioridad a la cooperación económica. En este marco dominado por la crisis, lo que haya de ser la CEI depende en gran medida del éxito de las reformas políticas y económicas de la propia Rusia, de su estabilidad y de su capacidad para convertirse en el motor económico de las transformaciones económicas que preconiza el Tratado de la Unión Económica. Así mismo, el éxito del proceso de integración económica del espacio comunitario está condicionado por las voluntades políticas de los diversos Estados que forman la CEI, por la diversidad de sus voluntades políticas.

Hoy la CEI se encuentra en la encrucijada. Hacer realidad ese proyecto de desarrollo escalonado y a diversas velocidades como sugieren los tratados y documentos comunitarios y encaminarse hacia la construcción de una unión económica y monetaria en un plazo de diez o quince años o separarse en dos comunidades. A favor de la separación apuntan tanto los deseos de los otros Estados comunitarios de diversificar la dirección y el origen de sus intercambios económicos y sacudirse la tutela política de Rusia, como las aspiraciones occidentales a extender su influencia política y económica en aquella región recortando las aspiraciones de Rusia a la hegemonía. Impulsan el asentamiento del proyecto de cooperación económica el reconocimiento de que es éste el único medio existente para la superación de las adversas circunstancias económicas objetivas y de la crisis económica que afecta a todos los Estados comunitarios así como para la inversión de las tendencias desintegradoras que evidencia el descenso, casi continuado a lo largo de estos años, de los intercambios económicos intracomunitarios. Los documentos aprobados en las cumbres de la Unión Aduanera de Astana y del Consejo de Seguridad Colectiva del TSC de Bishkek han actuado como un catalizador en este proceso que viene desarrollándose desde la fundación de la CEI. Sin descartar que la reacción producida en el GUUAM por la constitución de la Comunidad Económica Euroasiática y el reforzamiento del TSC pueda llegar a consolidarse dividiendo la CEI en dos comunidades, me parece más probable que asistamos a un largo proceso de asentamiento de las estructuras comunitarias sobre la base de, al menos, dos velocidades. Las actitudes que los distintos actores —comunitarios y occidentales—, tomen a lo largo de 2001, serán en cualquier caso determinantes.



# El Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa - proteger el ejercicio de derechos fundamentales en las redes informáticas\*

Por Manuel Lezertua

Dirección General de Asuntos Jurídicos. Consejo de Europa

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. CIBERCRIMINALIDAD Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—3. DELINCUENCIA *HIGH-TECH* Y OBSOLESCENCIA DE LOS INSTRUMENTOS REPRESIVOS.—4. DELINCUENCIA DE ALTA TECNOLOGÍA Y LENTITUD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.—5. EL PROYECTO DE CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA CIBERCRIMINALIDAD.—6. LA TIPIFICACIÓN ARMONIZADA DE LOS CIBER-DELITOS.—7. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS DE LOS CIBER-DELITOS.—8. EQUILIBRIO ENTRE PODERES DE INVESTIGACIÓN EN MEDIO INFORMÁTICO Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS.—9. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.—10. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información han transformado radicalmente nuestra sociedad y continuarán haciéndolo durante un futuro previsible. Hasta hace pocos años, tan sólo unos pocos sectores de la actividad productiva habían racionalizado sus procedimientos y su organización mediante el recurso a las tecnologías de la información. Hoy, en cambio, no existe casi ningún sector de actividad al margen de su influencia. Las tecnologías de la información han ido ocupando a gran velocidad casi todas las facetas de la actividad humana.

Gracias a ellas, cualquier usuario puede tener fácil acceso a la información almacenada en los sistemas informáticos y dispone de posibilidades prácticamente ilimitadas de intercambio y distribución de datos con

---

\* Conferencia pronunciada el 18 de mayo de 2001 en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto, Bilbao, con ocasión de la entrega de Diplomas de Especialización y Títulos de Master.

independencia de la lejanía geográfica. Todo ello ha traído como consecuencia una explosión de la cantidad de información y de conocimiento disponible en soporte informático. Este desarrollo ha provocado —está provocando— una transformación económica y social sin precedentes. Sin embargo, también tiene su lado oscuro: la aparición de nuevas formas de criminalidad, la utilización de las redes informáticas para la comisión de delitos nuevos y antiguos, la macro-victimización que genera la delincuencia informática...

A medida que se incrementa nuestra dependencia de las redes informáticas globales, se hace más evidente la vulnerabilidad de los usuarios, sean éstos personas individuales, empresas o autoridades públicas, frente al abuso de los sistemas informáticos y a la agresión criminal contra las redes. Varias razones militan en favor de la protección de las redes informáticas. En primer lugar, la emergencia de una sociedad global de información prácticamente sin fronteras, que ofrece inmensas posibilidades de actuación tanto legítima —por ejemplo con fines educativos, científicos o comerciales— como criminal —por ejemplo la distribución de pornografía infantil. En segundo lugar, la desaparición de los obstáculos al acceso remoto gracias a lo cual cualquier usuario de Internet puede, en cualquier momento y en cualquier parte del mundo, acceder a enormes cantidades de datos, tanto oficiales como privados, almacenados en sistemas informáticos. En tercer lugar, la promesa de una nueva era de comercio electrónico *online* de bienes y servicios el valor de cuyas transacciones excederá rápidamente centenares de billones de euros.

La amenaza de la criminalidad pesa crecientemente sobre la integridad y el desarrollo futuro de este mundo virtual, embrión de un espacio sin fronteras lleno de promesas. Esta criminalidad posee manifestaciones diversas, tales como, el empleo de redes informáticas para distribuir a velocidad fenomenal y a un número ilimitado de usuarios contenidos ilegales —pornografía infantil, virus informáticos o información para la elaboración de explosivos. También su uso para tareas de espionaje o acceso ilegítimo a información confidencial, la cual posee casi siempre un alto valor económico. Para causar daños considerables a los sistemas informáticos de empresas o gobiernos, mediante ataques a distancia perpetrados de manera totalmente anónima a través de las redes. El tipo de criminalidad al que se alude no tiene como autores, o al menos no exclusivamente ni siquiera principalmente, a un puñado de jóvenes prodigios de la informática a la búsqueda de emociones fuertes sino a *hackers* profesionales, ciber-terroristas o ciber-espías, que actúan deliberadamente y con ánimo de lucro, al servicio de empresas o gobiernos.

Como se ha apuntado<sup>1</sup>, «*La actividad criminal está viviendo una transformación revolucionaria que genera problemas gigantescos para las autoridades represivas de todos los países del mundo. Problemas que rara vez han sido tan duraderos y sistémicos. La revolución resulta de la posibilidad que ofrecen los ordenadores conectados a redes y otras tecnologías de cometer delitos a distancia, a través de Internet y otras formas de comunicación sin cable. Un delincuente no necesita ya estar presente en el lugar del delito para despojar a su víctima. Casi todos los delitos contienen un componente internacional, lo cual significa que los pesados mecanismos de la cooperación internacional pueden ralentizar o hacer fracasar muchas más investigaciones que antes. Todo, desde los bancos al control del tráfico aéreo y pasando por la telefonía, reposa sobre el funcionamiento adecuado de las redes informáticas. Por ello, pocas personas o instituciones escapan a estas nuevas y amenazadoras formas de delincuencia.*»

## 2. CIBERCRIMINALIDAD Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los seres humanos del nuevo milenio evolucionamos en este nuevo universo —el ciberespacio como ha dado en llamársele— en paralelo al universo físico. También en el ciberespacio ejercitamos nuestras capacidades y anhelos, expresamos nuestras ideas y creencias, nos asociamos y reunimos. Comerciamos e intercambiamos bienes y servicios. Mientras que actuamos en el universo físico lo hacemos protegidos por un haz de derechos universales e inalienables, los derechos humanos, definidos nacional e internacionalmente a lo largo de una larga evolución de la conciencia colectiva de la humanidad. Como es sabido, la existencia de un Estado democrático<sup>2</sup>, respetuoso de la primacía del derecho<sup>3</sup> constituye una condición previa e ineludible de la garantía de estos derechos. La protección de los derechos y libertades fundamentales que tiene encomendada en primer término el Estado democrático y subsidiariamente la comunidad internacional, implica no sólo un deber de abstención, sino que obliga a la adopción de medidas positivas destinadas a proteger a los titulares de derechos fundamentales de aquellas agresiones que puedan

---

<sup>1</sup> Michael A. SUSSMANN, «The Critical Challenges From International High-Tech And Computer-Related Crime» at The Millennium, 9 Duke Journal of Comparative and International Law (1999), pág. 451.

<sup>2</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mathieu-Mohin y Clairfayt de 2 de Marzo de 1987, serie A n.º 113, pág. 22, párrafo 47.

<sup>3</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Engel, de 8 de junio de 1976, serie A n.º 22, pág. 28, párrafo 69.

provenir de terceros. Como ha recordado K. Lenk, el control del territorio y el mantenimiento del orden («*policing*») son las funciones centrales del Estado, tal y como apareció éste en la moderna historia de Europa. En su origen, recuerda este autor, el Estado moderno no concentra su acción en el bienestar de los ciudadanos, el desarrollo de la cultura o el progreso económico sino en garantizar más bien las condiciones básicas de la supervivencia humana, esto es evitar «*bellium omnium contra omnes*». «Por ello, las comunidades humanas no oprimidas donde las personas viven seguras y donde se respetan los Derechos Humanos están fundadas, en un grado más o menos alto, en las funciones de mantenimiento del orden»<sup>4</sup>.

De ello se deriva una exigencia previa e ineludible de que el Estado democrático, tanto en razón de sus orígenes históricos como en razón de las obligaciones positivas que se derivan de las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos, establezca un marco jurídico capaz de prevenir o sancionar adecuadamente, cuando tuvieren lugar, las vulneraciones de derechos y libertades que pudieren resultar de la acción no sólo de las autoridades públicas sino también de personas privadas<sup>5</sup>. Esta obligación positiva de protección forma parte inherente, insisto, del contenido de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH.

El derecho penal es uno de los instrumentos, tal vez el más importante, de los que dispone el Estado para regular la convivencia entre particulares, determinándose, a través de él, qué comportamientos resultan inaceptables en cada comunidad humana y las sanciones que corresponde aplicar a quienes incurran en tales comportamientos, en especial aquellos que resulten lesivos de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la inclusión del delito de homicidio en el Código Penal sería la expresión penal de una medida positiva adoptada por cada Estado para proteger el disfrute del derecho fundamental a la vida del que son titulares todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. No cabe duda de que en la hipótesis (inverosímil?) de un Estado que no reprimiera penalmente —*de iure o de facto*— el homicidio, el Tribunal europeo de Derechos Humanos («TEDH») estimaría, si un asunto de esta naturaleza le fuera sometido, que se vulnera el artículo 2 CEDH por incumplimiento de la obligación positiva de protección que se deriva de esta disposición, según hemos visto más arriba.

---

<sup>4</sup> Klaus LENK, «The challenge of cyberspacial forms of human interaction to territorial governance and policing» en «The Governance of cyberspace», Londres 1997, páginas 126 y 127.

<sup>5</sup> Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto X e Y contra los Países Bajos de 26 de marzo de 1985, serie A n.º 91, pág. 11, párrafo 23.

En efecto, según la concepción de los Derechos Humanos desarrollada por el TEDH, las exigencias de la protección derivadas del CEDH no se agotan con un mero deber de abstención del Estado de interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, sino que exige una acción positiva que evite en toda la medida de lo posible las ingerencias provenientes de terceros. Así, un Estado que permanece pasivo frente a la vulneración de derechos cometida por particulares incumple gravemente los compromisos que se derivan del Derecho internacional de los derechos humanos. Me remito a la jurisprudencia TEDH en los casos X e Y contra los Países Bajos y Young James and Webster contra el Reino Unido<sup>6</sup>.

Cuando los seres humanos evolucionamos en ese universo sin fronteras que hemos dado en llamar el ciber-espacio, la cuestión que se plantea es la de cómo disfrutar de los derechos y libertades individuales de la misma manera que en el universo físico. Cómo garantizar el respeto de tales derechos y libertades cuando cada Estado, tomado individualmente, es claramente incapaz e incompetente para esa tarea esencial. Cuando no existen autoridades reguladoras, leyes o reglas aplicables en el entorno informático, sanciones que prevengan o castiguen a quienes vulneran los derechos fundamentales de los que disfruta cada usuario-ciudadano. Tal y como puso de manifiesto la propagación del virus «*I Love You*» la delincuencia informática es de naturaleza internacional. Ello implica que es necesario tener en cuenta los problemas de seguridad pública que se derivan del desarrollo de las redes informáticas. También implica que la protección de los sistemas informáticos depende, en gran medida, de la capacidad para desarrollar una respuesta coordinada contra las actividades delictivas que tienen por objeto o se cometen a través de los sistemas informáticos.

En razón de la naturaleza internacional de las infracciones informáticas lesivas de derechos y libertades fundamentales tenía que ser necesariamente internacional. De este modo, el Consejo de Europa, organización internacional creada en 1949, para promover y defender los derechos humanos, la democracia y la primacía del Derecho decidió lanzar el proceso de negociación de acuerdos internacionales destinados a imponer el respeto de unas reglas mínimas que permitieran el ejercicio de derechos fundamentales de todos los usuarios de sistemas informáticos. No obstante, como organización primordialmente garante de los Derechos Humanos, el Consejo de Europa, está obligado a garantizar, también en este contexto, el respeto de las normas generales relativas a la protección de

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Young, James and Webster de 18 de octubre de 1982, serie A n.º 55, pág. 25.

tales derechos, de tal modo que las normas y actuaciones destinadas a prevenir o reprimir las conductas ciber-delictivas no generen, a su vez, actuaciones lesivas de los derechos fundamentales de los que son titulares los usuarios en general y también los autores —sospechosos, imputados, acusados— de tales delitos<sup>7</sup>. Como ya se ha dicho, si bien es cierto que la defensa frente a las agresiones de terceros forma parte del ámbito de la garantía de los derechos humanos tal y como los entendemos hoy en día, no lo es menos que tal defensa no puede llevarse a cabo por cualquier medio. El ejercicio de las facultades de las que disponen las autoridades para detectar, investigar, perseguir y castigar las conductas lesivas de los derechos de terceros se encuentra también enmarcado dentro de límites precisos definidos por normas nacionales e internacionales. El uso excesivo o desproporcionado del poder, la arbitrariedad, la falta de garantías en la represión de los delitos cometidos en la red generarían, a su vez, la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

### 3. DELINCUENCIA *HIGH-TECH* Y OBSOLESCENCIA DE LOS INSTRUMENTOS REPRESIVOS

#### 3.1. Armonización del derecho sustantivo

La competencia para la aplicación de la norma penal viene generalmente definida por el territorio. El principio de competencia territorial está ampliamente aceptado y no plantea problemas en relación con la mayoría de los delitos en la medida en la que, en principio, a cada Estado le corresponde la competencia para castigar aquellos delitos cometidos en su territorio. Dicho esto, se hace necesario admitir que las fronteras nacionales constituyen un obstáculo evidente para la detección, investigación, persecución y castigo de los autores de ciber-delitos. Mientras que Internet está configurado como un espacio sin fronteras para los delincuentes, las autoridades encargadas de investigar y reprimir tales delitos —jueces, fiscales y policías— se encuentran confinadas en el interior del territorio definido por las fronteras nacionales. Fuera de las fronteras nacionales la actuación estatal resulta ilegítima por falta de competencia y vulnera la soberanía nacional de aquellos otros Estados en los que se lleve a cabo. Con los consiguientes riesgos para la paz y la estabilidad internacionales que el Consejo de Europa está lla-

---

<sup>7</sup> Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Irlanda contra el Reino Unido de 18 de enero de 1978, serie A n.º 25.



mado a preservar<sup>8</sup>. De ello se deduce que las autoridades nacionales dependen de manera creciente, para la eficacia de su acción, de la cooperación de sus homólogas extranjeras. Desgraciadamente las diferencias entre ordenamientos jurídicos y las disparidades legales constituyen obstáculos a veces insuperables para un adecuado funcionamiento de los mecanismos de auxilio judicial internacional.

Más concretamente, parece necesario subrayar que la falta de penalización de ciertas conductas lesivas de la integridad de los sistemas informáticos o abusivas de los mismos en determinados países o territorios es el primero de tales obstáculos. Cuando un Estado define ciertos comportamientos como delictivos en su legislación y otro Estado no lo hace, la cooperación internacional para perseguir y castigar tal comportamiento es casi imposible. Cuando el delincuente informático hace transitar la información/los datos por los sistemas informáticos de varios países hasta que alcanza a la víctima, basta con que exista una legislación inadecuada en uno de tales países para que el desarrollo de la investigación del delito en cuestión sea obstaculizado o incluso impedido.

El Consejo de Europa ha sido, probablemente, un adelantado de su tiempo pues ya en 1989 llevó a cabo un primer intento para armonizar el derecho penal sustantivo en materia de criminalidad informática. Su Recomendación R (1989) 9 estableció una serie de directrices con el fin de que los legisladores de los Estados miembros<sup>9</sup> tipificaran como delito una lista mínima de ocho conductas informáticas específicas y cuatro opcionales. Todo ello con el objetivo de alcanzar una política penal uniforme en este ámbito en Europa. En 1997, el Profesor H. Kaspersen,<sup>10</sup> en un informe comisionado por el Consejo de Europa subrayó que a pesar de la influencia positiva que había tenido, la Recomendación había fracasado en su objetivo armonizador, pues subsistían aún discrepancias considerables en este terreno entre los Estados miembros. Por ello, concluía Kaspersen, se hacía necesario elaborar un tratado internacional, sin el cual nunca se alcanzaría el grado de cooperación internacional necesario para enfrentarse con éxito a la proliferación de este tipo de conductas.

---

<sup>8</sup> Declaración de la I Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa, Viena, octubre 1993.

<sup>9</sup> Computer-related crime, Recommendation No R (89) 9 on computer-related crime and final report of the European Committee on Crime Problems, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1990.

<sup>10</sup> Professor Henrik W.K. KASPERSEN, «Implementation of Recommendation N.º R (89) 9 on computer-related crime», document CDPC (97) 5, Estrasburgo, 24 marzo de 1997.

### 3.2. Armonización de las normas procesales

Es preciso recordar<sup>11</sup> que la armonización sustantiva es un elemento indispensable pero no suficiente para llevar a cabo un combate eficaz contra la ciber-delincuencia. La aplicación de las disposiciones de derecho penal relativas a la delincuencia informática necesita también instrumentos apropiados para detectar, investigar, procesar y castigar a los autores de estas infracciones. Muchos casos relativos a este tipo de delincuencia sólo pueden ser investigados si se consigue tener acceso a tiempo a fuentes de prueba electrónicas, por definición altamente volátiles y perecederas. A miles de kilómetros de distancia pueden borrarse o modificarse, mediante un simple «click», aquellos datos que resultan indispensables para procesar, acusar o condenar al autor del delito. Nuevas tecnologías permiten a los delincuentes operando desde miles de kilómetros ocultar su identidad gracias a servicios anónimos y comunicaciones encriptadas. Por ello, las técnicas de investigación criminal necesitan ser adaptadas a los nuevos desafíos que plantea el progreso tecnológico.

Como ya se ha dicho, los delincuentes informáticos a menudo actúan a distancia. Los sistemas informáticos pueden desempeñar una de las tres funciones siguientes en la ejecución del delito:

- Objeto mismo del delito, cuando la acción va dirigida a alterar el funcionamiento de un sistema (por ejemplo, unos hackers que a través de la red alteran el funcionamiento de un servicio de telefonía local).
- Vehículo para cometer delitos tradicionales como el fraude (por ejemplo, proponer inversiones ficticias en una página web).
- Instrumento accesorio del delito, por ejemplo como simple soporte de información, cuyo interés para la justicia es meramente probatorio (por ejemplo, los famosos discos duros de Sokoa en los que ETA había almacenado información estratégica).

Para tener éxito en la identificación de los autores del delito, la investigación tiene que seguir el rastro de las comunicaciones desde un punto, por ejemplo el sistema informático de la víctima hasta el ordenador desde el que opera el hacker. Para seguir tal rastro es necesario basarse en los archivos transaccionales, que almacenan información sobre el origen y destino de las comunicaciones realizadas. En este empeño los

---

<sup>11</sup> Kevin DI GREGORY (former Deputy Assistant Attorney General in the Criminal Division at the U.S. Department of Justice in Washington, D.C.) on «Fighting Cybercrime-What are the Challenges facing Europe?» Hearing before the European Parliament, 19 September 2000.

investigadores necesitan que la ley les confiera la autoridad necesaria para obligar a los proveedores de servicios Internet u operadores de telecomunicaciones a revelar el contenido de los archivos de tráfico (conexiones), de correo electrónico o otras fuentes de prueba. Y ello antes de que tales fuentes puedan ser alteradas o borradas. Si las autoridades no son capaces de obtener esta información rápidamente de los proveedores, es fácil que la investigación fracase.

Cuando no existen archivos transaccionales, los investigadores pueden también intentar localizar la comunicación en tiempo real, esto es, tratando de identificar al delincuente en el momento en el que comunica o comete la infracción. Localizar la comunicación en tiempo real puede resultar muy complicado cuando ésta utiliza los canales de varios proveedores de servicios. Hay que reconocer que buen número de tecnologías de la comunicación simplemente no están diseñadas para facilitar la localización. El ordenador de la víctima recibe la dirección electrónica del ordenador que se ha conectado directamente con él, no la dirección de la fuente de la comunicación la cual, por añadidura puede ser falsa o haber sido ocupada temporalmente. La infraestructura de Internet no dispone normalmente de mecanismos automáticos para la identificación de la fuente de la comunicación. Por lo tanto, las autoridades deberán contactar individualmente cada proveedor de la cadena para determinar la fuente de la comunicación precedente. Muchas veces tales investigaciones tienen un carácter transnacional y afectan a países en diferentes zonas horarias. A menudo ello implica que es de noche en, al menos, alguna de ellas y que el personal técnico especializado puede encontrarse indisponible para responder a tiempo a los requerimientos de información, interrumpiéndose la cadena y desapareciendo de esta manera la posibilidad de obtener información antes de que esta desaparezca.

#### 4. DELINCUENCIA DE ALTA TECNOLOGÍA Y LENTITUD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Además de armonizar el derecho penal sustantivo y de dotar a las autoridades represivas de los poderes de investigación necesarios, los Estados tienen que desarrollar nuevas formas de auxilio mutuo aplicables a la detección, investigación, persecución y castigo de la ciber-criminalidad. El carácter perecedero de las pruebas y la movilidad de los autores exigen, como requisito indispensable de la eficacia, la rapidez de las operaciones. Los dispositivos de auxilio judicial internacional entre Gobiernos son generalmente lentos y están concebidos para compartir pruebas entre dos países, el de la víctima y el del autor del delito. Sin embar-

go, cuando un delincuente hace transitar sus comunicaciones por varios países los procesos de cooperación internacional tienen lugar en períodos sucesivos de tiempo antes de que se llegue a identificar a estos dos países, con lo cual aumentan las posibilidades de que los datos desaparezcan o se encuentren indisponibles y que el autor pueda libremente cometer nuevos delitos en el futuro. Por ello es necesario buscar nuevas vías y métodos de cooperación entre Estados múltiples y desarrollar redes de emergencia internacionales que permitan la comunicación sin interrupción. Hay que rendirse a la evidencia de que la irrelevancia de las fronteras en el ciberespacio ha convertido en obsoletos algunos paradigmas y prácticas tradicionales de la investigación criminal, especialmente los complicados mecanismos que regulan las investigaciones a nivel internacional, los cuales, en su estado actual, no permiten hacer frente de manera adecuada a la ciber-criminalidad. Del mismo modo, no es posible dar respuesta adecuada, mediante los tradicionales mecanismos de auxilio judicial internacional, a los requerimientos realizados mientras tiene lugar la comisión del delito en cuestión pues las respuestas no podrían tramitarse en tiempo real. Los instrumentos ineficaces y burocráticos del auxilio judicial internacional deben abrirse a una concepción más práctica, capaz de dar respuesta a las necesidades específicas de la obtención, intercambio y presentación en juicio de pruebas electrónicas. Pruebas que pueden estar dispersas en varios países, que pueden ser suprimidas o alteradas con un click del ratón, que pueden estar encriptadas pero que necesitarán, en algún momento del procedimiento ser autenticadas ante los tribunales de otro país. Todo ello resulta nuevo en muchos países.

Muchos de los problemas descritos más arriba relativos a la cooperación internacional fueron objeto de la Recomendación R (95) 13 del Consejo de Europa sobre los problemas procesales penales vinculados a la tecnología de la información.<sup>12</sup> Este texto incorpora nuevas directrices para los legisladores nacionales en materia de derecho procesal y cooperación internacional en el ámbito de la delincuencia informática.<sup>13</sup>

La R (95) 13 invita a los Gobiernos, en particular<sup>14</sup>, a autorizar el registro de sistemas informáticos, el embargo o ocupación de las fuentes de

---

<sup>12</sup> «Problems of procedural law connected with information technology», Recommendation No R (95) 13 and Explanatory Memorandum, Council of Europe publishing, Strasbourg, 1996.

<sup>13</sup> CSONKA Peter, «Council of Europe activities related to information technology, data protection and computer crime», Information and Communications Technology Law, Vol. 5, N.º 3, 1996, page 189 and ss.

<sup>14</sup> Véase CSONKA, Peter: «Criminal procedural law and information technology: the main features of the Council of Europe Recommendation No R (95) 13», Computer Law and Security Report, 12 (1996) pág. 37-42.

prueba y la ampliación del registro de un sistema informático a otros sistemas informáticos conectados al primero, adaptar los poderes de interceptación al medio informático y permitir su utilización en el contexto de la investigación de los delitos informáticos; permitir la recogida de datos de tráfico (transaccionales), asegurar las pruebas electrónicas embargadas; obligar a los proveedores de telecomunicaciones a permitir la interceptación de sus sistemas y facilitar información acerca de la identidad de los usuarios; permitir que las pruebas electrónicas puedan ser puestas a disposición del Estado requirente mediante mecanismos de auxilio judicial internacional de manera compatible con los requisitos de este país requirente en materia de prueba aplicable ante la jurisdicción extranjera requirente; formar adecuadamente al personal técnicamente competente y equiparlo para la investigación de delitos informáticos y crear unidades especializadas a estos efectos, revisar los tratados de cooperación internacional y establecer una red de puntos de contacto nacionales competentes para ejercer amplios poderes —tal y como el registro de ordenadores a requerimiento de autoridades extranjeras.

El nivel de aplicación de estas directrices en el orden jurídico interno de los países miembros no ha sido aún objeto de evaluación. Sin embargo, la mayoría de ellas han sido incorporadas al proyecto de Convenio sobre Cibercrimen al que me referiré más abajo, al igual que lo han sido las recomendaciones de derecho penal sustantivo formuladas en la Recomendación R (1989) 9, a la que aludíamos más arriba.

## 5. EL PROYECTO DE CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA CIBER-CRIMINALIDAD

### A. **Objetivos**

El proyecto de Convenio (desde aquí, «PCC») cuya elaboración comenzó en el seno del Consejo de Europa en 1997, persigue un triple objetivo:

- Establecer una tipificación común de ciertas infracciones penales —el PCC menciona nueve de ellas— posibilitando de este modo la armonización de la legislación pertinente a nivel nacional.
- Establecer unas facultades y técnicas comunes de investigación mejor adaptadas al medio de las tecnologías de la información, posibilitando de este modo la armonización de las normas procesales penales de los diferentes países; las autoridades competentes de cada país disfrutarán de tales facultades y poderes para la investigación y persecución no sólo de los delitos establecidos en el PCC

sino también de otros delitos cometidos a través de un sistema informático o para la obtención de pruebas cuya fuente se encuentre en soporte electrónico.

- Establecer nuevas y adaptar antiguas formas de cooperación internacional, posibilitando de este modo que los Estados actúen de concierto en la aplicación de las facultades y poderes de investigación y persecución que contempla el PCC, por ejemplo mediante la utilización de una red de contactos permanentes.

## B. Estructura

El PCC cuenta con Preámbulo y cuatro títulos: (I) Definiciones; (II) Medidas a adoptar en el ámbito nacional —subdividido, a su vez, en medidas de derecho material y medidas de derecho procesal; (III) Cooperación internacional; (IV) Cláusulas finales.

El Título II, Sección I incorpora las disposiciones relativas al derecho penal material tanto las relativas a la tipificación armonizada de las conductas penalmente reprehensible en medio informático —nueve infracciones básicas, agrupadas en cuatro categorías— como también las relativas a ciertas cuestiones adyacentes, tales como la forma de comisión del delito, la responsabilidad y las sanciones. Los delitos informáticos tipificados por el PCC son el acceso ilegal, la interceptación ilegal, la interferencia en los datos, la interferencia en el sistema informático, el abuso de recursos técnicos, la falsificación informática, el fraude informático, los delitos relativos a la pornografía infantil y los delitos relativos a la propiedad intelectual y derechos conexos.

El Título II, Sección II trata de las cuestiones procesales. Es necesario insistir en que el ámbito de aplicación de las normas procesales que figuran en el PCC excede el de los delitos tipificados en él. Quiere decirse con esto que las normas contenidas en este Título II, Sección II resultarán aplicables no sólo a la detección, investigación, persecución y condena de los autores (o cómplices y encubridores en su caso) de los nueve ciber-delitos tipificados como básicos, sino también a la de los autores de cualquier otro delito cometido mediante un sistema informático o de cualquier delito cuyas fuentes de prueba se encuentren en soporte electrónico. Después de definir las condiciones y garantías comunes para su utilización se regulan las siguientes medidas procesales: la conservación inmediata de datos almacenados; la conservación inmediata seguida de revelación parcial de datos de tráfico, los mandatos de exhibir, el registro y decomiso de datos informáticos; la recogida de datos de tráfico en tiempo real, la interceptación de datos de contenido.

El Título II concluye con una sección sobre la competencia para enjuiciar.

El Título III recoge las disposiciones sobre cooperación internacional: auxilio mutuo, tanto mediante mecanismos tradicionales como mediante mecanismos específicos de la ciberdelincuencia, y extradición. Los mecanismos tradicionales del auxilio mutuo internacional resultan aplicables bien sea en razón de la existencia de un soporte jurídico anterior (tratado multilateral, bilateral, legislación recíproca...), el cual deberá ser ampliado para cubrir también los delitos informáticos, o, si tal soporte jurídico anterior no existiera, sobre la base del PCC mismo. Los mecanismos específicos de ayuda mutua aplicables en relación con los delitos informáticos son aplicables en ambos casos y comprenden las medidas procesales previamente definida en el Título II a las que me he referido más arriba. El Título III contiene, además, una disposición que regula una forma específica de acceso transfronterizo a datos almacenados en un ordenador sin solicitud de auxilio judicial internacional y establece la obligación para los Estados parte de establecer una red permanente llamada «24/7» capaz de atender sin dilaciones los requerimientos de auxilio provenientes de otros Estados parte.

Para concluir, el Título IV contiene las cláusulas finales. Estas siguen, con pequeñas excepciones, las cláusulas modelo de los tratados elaborados por el Consejo de Europa.

## 6. LA TIPIFICACIÓN ARMONIZADA DE LOS CIBER-DELITOS

La primera parte del PCC tiene por objeto la armonización de los tipos penales de la delincuencia informática en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Mediante esta tipificación armonizada se evitarán los problemas de doble criminalidad que tan negativamente afectan a la cooperación internacional. Los delitos tipificados se agrupan en cuatro categorías:

1. Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos o sistemas informáticos.
2. Delitos asociados a la informática.
3. Delitos de contenido.
4. Delitos relativos a la vulneración de la propiedad intelectual y derechos conexos.

La categoría 1 comprende seis delitos que poseen un bien jurídico común, cual es la salvaguarda de la integridad de los sistemas y datos informáticos, aunque algunos de ellos tienen su propio bien jurídico adya-

cente complementario, cual es la protección de ciertos derechos fundamentales, tales como los derechos al respeto de la intimidad, la propiedad o el domicilio. Sea como fuera, la naturaleza punible de estas conductas está vinculada estrechamente al medio informático en el que tienen lugar. Aunque algunos de estos delitos pueden tener su equivalente en el mundo físico, —por ejemplo el «hacking» o acceso ilegal sería el equivalente informático de la violación de domicilio— su tipificación específica es el resultado de una política penal clara que tiene por objetivo la protección de las redes y sistemas informáticos y de los datos que contienen. Los perjuicios causados por este tipo de infracciones no deben ser subestimados: introducir un virus en un ordenador puede fácilmente llevar a la destrucción de datos, programas y sistemas en todo el mundo gracias a las redes de interconexión. Es necesario precisar, sin embargo, que el proyecto sólo dispone la tipificación de los actos dolosos, es decir intencionales, e «ilegítimos», es decir llevados a cabo careciendo de «derecho» a hacerlo. Como veremos más adelante, existen, por lo tanto, determinadas conductas que, debidamente autorizadas y ejecutadas, o aceptadas como prácticas comerciales no serán constitutivas de un delito en el sentido del Convenio.

### **1. Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos o sistemas informáticos**

El primero de los delitos perteneciente a este grupo es *el acceso ilegal* a un sistema informático. Mediante la penalización del mero acceso ilegal, esto es el «hacking», «cracking» o, en castizo, «allanamiento de morada informática», el PCC intenta transmitir un mensaje claro, a saber, que esta conducta es intrínsecamente ilegal por sí misma —sin necesidad de elementos adicionales— y será objeto de persecución penal porque constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada consagrado por el artículo 8, par. 1 CEDH. Su penalización autónoma tiene también un carácter preventivo, pues el acceso ilegal representa una especie de infracción básica a partir de la cual pueden cometerse otros delitos informáticos más graves. Así, la intrusión puede dar acceso a datos confidenciales (incluyendo códigos de acceso, información acerca del sistema), a la utilización de un sistema sin contrapartida económica —robo o hurto informático— o incluso estimular el fraude informático. Muchas legislaciones han penalizado ya el «hacking» pero el ámbito material y los elementos constitutivos del delito varían considerablemente en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por ello, el PCC permite tipificar bien sea el mero acceso ilegal bien sea el acceso ilegal cualificado mediante



la concurrencia de alguno de los elementos adicionales que enumera el artículo como, por ejemplo el acceso ilegal forzando el sistema de seguridad o el acceso ilegal a un ordenador integrado en un sistema conectado a una red. Esta última opción permitiría excluir el acceso a un ordenador aislado sin utilizar otro ordenador o sistema y tipificar solamente el acceso a sistemas informáticos en red, incluyendo las redes públicas y privadas de servicios de telecomunicaciones, como «Intranets» o «Extranets».

La segunda infracción contemplada por el PCC es aquella relativa a **la interceptación ilegal**. Esta disposición tiene también como objetivo el garantizar el respeto a la vida privada y al secreto de las comunicaciones, derechos ambos protegidos por el artículo 8, par. 1 CEDH. De este modo, el PCC identifica la interceptación de datos o mensajes transmitidos a través de redes informáticas a la vulneración del secreto de las comunicaciones mediante escuchas o grabación de conversaciones telefónicas, extendiendo la protección de las disposiciones penales que prohíben estas conductas a las comunicaciones electrónicas. Hay que precisar que el PCC solamente se refiere a la interferencia en las transmisiones no-públicas de datos informáticos, si bien el carácter no-público se predica del modo de transmisión y no del contenido de los datos transmitidos.

El tercero de los delitos incluido en este grupo es el de **interferencia en los datos informáticos**. Tiene como finalidad la protección de los datos y programas informáticos contra los daños intencionales, de modo similar a la penalización del delito de daños causados contra los bienes físicos, expresiones ambas de la obligación positiva de proteger el derecho fundamental a la propiedad, garantizado por el Protocolo adicional al CEDH. El PCC dispone por lo tanto la penalización de la conducta consistente en causar daños, deteriorar o borrar datos situados en un ordenador o sistema informático. La conducta criminalizada equivale a alterar negativamente la integridad o el contenido de la información y de los programas. Introducir virus (por ejemplo, «caballos de Troya»), también resulta punible, así como la modificación o alteración de datos que inducen.

El cuarto de los delitos **la interferencia en un sistema informático** penaliza el sabotaje informático. Es decir, el hecho de obstaculizar de manera dolosa el uso legítimo de un sistema informático, inclusive los sistemas de telecomunicaciones. El término obstaculizar se refiere a la realización voluntaria de acciones que interfieren en el funcionamiento adecuado del sistema. Ello puede ser llevado a cabo mediante la inserción, transmisión, alteración, daño o supresión de datos informáticos.

Contrariamente a la interferencia en los datos, la obstaculización debe ser «*seria*» para ser merecedora de sanciones penales. Corresponde,

según el PCC, a cada uno de los Estados Parte el determinar qué tipo de conducta alcanza la gravedad necesaria para ser merecedora de la calificación de «seria». Por ejemplo, que el daño causado supere cierta cantidad. En cualquier caso, los redactores del tratado han considerado como tal conducta «seria» el llamado «spamming», esto es, la transmisión a un sistema de datos de tal forma, tamaño, cantidad o frecuencia que se deteriore de manera significativa la capacidad del propietario o administrador para utilizar el sistema informático o de comunicar a través de él con otros sistemas.

Finalmente, el PCC incluye, en esta categoría de ciberdelitos, una disposición relativa *al abuso de equipos técnicos*. Esta tipifica penalmente una conducta específica (la fabricación, distribución, venta, etc.) de equipos de acceso «principalmente» diseñados o adaptados para el abuso de redes o sistemas informáticos. Por lo tanto, los equipos técnicos diseñados y utilizados para finalidades legítimas quedan fuera del ámbito de aplicación de este delito. En realidad, durante la negociación tuvo lugar un complejo debate acerca del alcance de esta disposición y en particular acerca de si la noción de «equipo técnico» debía abarcar solamente aquellos cuya única finalidad fuera la comisión de delitos, excluyéndose de este modo los de doble uso. Los redactores del PCC llegaron finalmente a la conclusión, sin embargo, de que no era posible adoptar una perspectiva tan reductora, pues ésta hubiera llevado a dificultades de prueba insuperables, desvirtuando o privando de eficacia a esta disposición. Para que se cometa esta conducta delictiva es necesario, por lo tanto, que su autor persiga una determinada finalidad, la de facilitar las inge-rencias, interferencias o agresiones dirigidas contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de sistemas o datos informáticos, tal y como los define el PCC. Dado que la comisión de estos delitos requiere estar en posesión de ciertos equipos de acceso (el llamado «instrumental del hacker») u otros equipos, existe un fuerte incentivo para su adquisición con finalidad criminal y probablemente a la aparición de un mercado negro de fabricación y distribución. Con el fin de prevenir consecuencias más graves el PCC prohíbe por consiguiente la conducta consistente en fabricar, distribuir, vender estos equipos, con anterioridad a la comisión del delito contra los sistemas informáticos. Se trata, por tanto, de una forma de delito de peligro que tipifica penalmente la mera posesión de estos equipos con independencia de su utilización si bien los Estados parte pueden imponer un umbral mínimo para que exista delito, por ejemplo estableciendo que la posesión lo sea de un cierto número de estos equipos. Para tranquilizar a los profesionales de la seguridad informática el PCC ha insertado una cláusula específica que excluye la existencia de delito cuando se trate de equipos creados para la realiza-

ción de pruebas autorizadas de seguridad informática (por ejemplo, equipos de pruebas y de análisis de redes diseñados por las empresas de fabricación de material informático para controlar la fiabilidad de sus productos digitales).

## 2. Delitos asociados a la informática

La segunda categoría de delitos incluidos en el PCC incluye dos delitos: el fraude y la falsificación informáticas. Estos delitos no son nuevos pues han sido perpetrados, habitualmente y tradicionalmente, en el mundo físico. No obstante, ambos pueden ser cometidos también mediante redes informáticas. En este tipo de delincuencia la red informática es un instrumento —esencial— de la comisión del delito pero no su objeto mismo. Tanto el fraude como la falsificación son conductas basadas en la manipulación. Se hace necesario tipificar específicamente su comisión mediante un sistema informático porque los tipos penales tradicionales no resultan, en general, aplicables a las conductas fraudulentas o falsificadoras perpetradas en medio informático. Por ejemplo, en el caso del fraude asistido por ordenador faltará el elemento del engaño y en el caso de la falsificación de documentos informáticos faltará la diferencia entre original y copia.

Una característica propia del fraude o de la falsificación informáticas es que el número potencial de víctimas es muy alto, por lo que suele hablarse de macro-victimización. Su inclusión en el PCC refleja el hecho de que los bienes jurídicos tradicionales, en este caso el derecho fundamental a la propiedad garantizado por el Protocolo adicional al CEDH, no están suficientemente protegidos en muchos ordenamientos contra las agresiones delictivas derivadas del abuso de las nuevas tecnologías.

La revolución tecnológica ha multiplicado las oportunidades de cometer delitos económicos tales como el fraude, inclusive el fraude de tarjeta de crédito<sup>15</sup>. Los activos representados o administrados a través de redes o sistemas informáticos (fondos electrónicos, depósitos) resultan también de interés para los ciber-delincuentes, capaces de llevar a cabo manipulaciones electrónicas susceptibles de producir un resultado similar a aquellas manipulaciones fraudulentas que afectan a la propiedad física de la víctima del tipo penal tradicional. El delito de ciber-fraude

---

<sup>15</sup> Despacho de la Agencia Reuters de 9 marzo 2001, «FBI warns European Hackers targeting e-commerce» en el que se informa del robo de más de un millón de números de tarjetas de crédito mediante ataques hackers a páginas de comercio electrónico. Reuters RTR\_TNS OEC 276 N09202408

consiste principalmente en la realización de manipulaciones mediante la inserción en el ordenador de datos inexactos o mediante manipulaciones de programas o otras interferencias llevadas a cabo durante el procesamiento de datos, con la intención de que tenga lugar una transferencia ilegítima de propiedad en perjuicio de tercero, su legítimo propietario. Por consiguiente, la penalización del ciber-fraude o fraude informático permitirá castigar a quienes con ánimo de lucro manipulen indebidamente —mediante la inserción, alteración, borrado o supresión— los datos almacenados en un sistema o interfieran en el funcionamiento de un programa o sistema.

La falsificación informática, regulada por el artículo 7 PCC, tiene por finalidad la tipificación armonizada de una infracción paralela a la falsificación de documentos tangibles. Lo que persigue esta disposición es completar posibles lagunas jurídicas que pudieren resultar de ciertos elementos del o de los tipo(s) tradicional(es) de falsedad que dificulten o impidan su aplicación a los documentos digitales. La manipulación de datos electrónicos puede tener para un tercero las mismas consecuencias graves que la falsificación física, siempre que la(s) víctima(s) sea(n) inducidas a tomar sus decisiones con el engaño de los datos falsificados. La falsificación informática implica la creación o alteración no autorizada de datos almacenados con el fin de adquieran un valor de prueba en el curso de una transacción jurídica, la cual descansa en la autenticidad de la información puesta de manifiesto por tales datos, induciéndose a engaño.

### 3. Delitos de contenido

La tercera categoría de delitos contemplados por el PCC, los de contenido, incluye una serie de conductas relacionadas con la pornografía infantil, un verdadero azote de nuestra sociedad contemporánea y objeto de diversas formas de tráfico internacionales ilícitos. Las más altas autoridades del Consejo de Europa han establecido que la acción contra la pornografía infantil y la pedofilia tiene el máximo nivel de prioridad para la organización.<sup>16</sup> En consecuencia el PCC tipifica varios comportamientos que van desde la posesión hasta la distribución de material pornográfico infantil, cubriendo todos los eslabones de la cadena. El artículo 9 PCC tiene como objetivo reforzar las medidas de protección de la in-

---

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración y el Plan de Acción adoptados por la II Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa (Estrasburgo, 10-11 de octubre de 1997).

fancia, inclusive, la protección de los niños contra la explotación sexual, y ello mediante la modernización de las normas penales de manera a limitar de manera más eficaz la utilización de sistemas informáticos en la comisión de delitos sexuales contra los niños. Se penalizan de este modo la producción, distribución y posesión electrónicas de pornografía infantil. La mayoría de los Estados ya castigan penalmente la producción y distribución físicas de material pornográfico infantil. Con el incremento de la utilización de Internet como principal medio para comerciar con este tipo de producto, los redactores del PCC llegaron a la firme convicción de que era indispensable insertar disposiciones específicas en una norma internacional para combatir esta nueva forma de explotación sexual y riesgo para la infancia. Existe el convencimiento, en efecto, de que este tipo de material y las prácticas on-line —tales como chats, intercambios de ideas, consejos, fantasías y experiencias entre pedófilos— contribuyen a apoyar, promover o facilitar la comisión de delitos sexuales contra los niños.

Hubiera sido posible, o incluso deseable, incluir entre los delitos de contenido incluidos en el PCC la propaganda racista o xenófoba a través de redes informáticas. La utilización de Internet para la expresión, distribución, y venta de materiales de naturaleza racista o xenófoba o apologética de partidos, movimientos o asociaciones nazis o filonazis es uno de los ejemplos más repugnantes de abuso de las tecnologías de la información y de la comunicación. Le tipificación de tal conducta hubiera sido, además, una aplicación específica del artículo 4 del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, reforzando así la vocación del PCC de proteger los Derechos Humanos en las redes informáticas<sup>17</sup>.

Según la opinión emitida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el PCC<sup>18</sup>, «las infracciones de contenido racista están en incremento. Mientras que en 1995 no existía más que un website racista, eran ya 600 en 1997, 1200 en 1999 y se han contabilizado hasta 4000 en 2001. Internet permite contactar a mucha gente en poco tiempo y por

---

<sup>17</sup> Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptado y abierto a la firma y a la ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (NN) de 21 diciembre de 1965. Su artículo 4, apartado a., reza así: Los Estados parte [...] se comprometen, en particular, «a tipificar como delito, mediante ley, toda difusión de ideas fundada sobre la superioridad o el odio racial así como todo acto de violencia o provocación a la comisión de tales actos, dirigidos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico...»

<sup>18</sup> Asamblea parlamentaria, «Opinión sobre el Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen», Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ponente, Ivar Tallo, Documento n.º 9031 de 10 de abril 2001.

poco dinero. Desgraciadamente los Estados Unidos de América se han convertido en un ciber-paraiso para los delincuentes racistas ya que albergan más de 2.500 websites mientras que 85% de los símbolos racistas se hallan en las páginas americanas».<sup>19</sup>

Este tipo de conducta, capaz de provocar grave alarma social en los Estados miembros del Consejo de Europa, resulta por tanto merecedora de una reacción apropiada por parte de la Comunidad internacional<sup>20</sup>. En efecto, la tipificación de la propaganda racista o xenófoba a través de redes informáticas resulta una medida necesaria para garantizar adecuadamente la dignidad humana, predicable de cada ser humano, que inspira a todo el Derecho internacional de los Derechos Humanos<sup>21</sup> y, más concretamente, el ejercicio del derecho fundamental a la no-discriminación, derecho garantizado por el Artículo 14 CEDH y a la igualdad, garantizado por el reciente Protocolo n.º 12 al CEDH.<sup>22</sup>

Siendo esto así, resulta decepcionante comprobar que la falta de consenso entre los negociadores, no ha permitido incorporar esta forma de ciber-delincuencia al PCC. Para ciertos negociadores el derecho fundamental a la libertad de expresión ampara también la expresión y distribución —inclusive a través de redes informáticas— de mensajes racistas y xenófobos, y ello independientemente de su carácter nocivo o inmoral. Otros negociadores<sup>23</sup>, haciéndose eco en este punto de la posición mantenida por numerosas Organizaciones anti-racistas, han reclamado públicamente con insistencia la inclusión de una disposición que penalizara la propaganda racista por Internet. Ha prevalecido, sin embargo, entre los negociadores, un principio de prudencia con el fin de evitar el riesgo de romper el difícil consenso transatlántico, sin el cual no hubiera sido posible avanzar en la laboriosa y compleja elaboración del PCC, llamado a ser el primer tratado internacional que regule esta materia. Por lo tanto, el PCC no contiene, en su versión aprobada por el Comité europeo de problemas

---

<sup>19</sup> Opinión n.º 226 de la Asamblea parlamentaria, Documento n.º 9031 de 10 de abril 2001, párrafo 43. De hecho, señala el párrafo 44 del mismo documento, los grupos neo-nazis europeos están transfiriendo sus páginas web a los proveedores de servicios de los EEUU para evitar la aplicación de la legislación anti-racista europea.

<sup>20</sup> Racisme et xénophobie dans le cyberspace-Proposition de recommandation présentée par Mme Zwerver et plusieurs de ses collègues, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, document 8886 de 7 de noviembre 2000.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Preambulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH»).

<sup>22</sup> Protocolo adoptado en Roma el 5 de noviembre 2000, con ocasión de los actos conmemorativos del 50 Aniversario del CEDH.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, las declaraciones de la Ministro de Justicia de Francia el 16 de noviembre 2000, comunicado del AFP del mismo día. Véase también, el Comunicado final de la Cumbre franco-alemana de Friburgo el 12 de junio 2001.

penales (CDPC)<sup>24</sup> disposición alguna en materia de propaganda racista o xenófoba. Es poco probable que una disposición de tal naturaleza sea incluida en la última fase que precede la adopción del tratado y su apertura a la firma antes de finales del año 2001<sup>25</sup>.

Ello queda confirmado por la decisión adoptada por el CDPC de crear un Comité de expertos sobre ciber-racismo y conferirle el mandato de preparar un proyecto de Protocolo al Convenio sobre el Ciber-crímen.<sup>26</sup> Este nuevo Comité empezará a trabajar desde principios del 2002 y está previsto que pueda concluir en un plazo de un año la preparación de un texto que criminalice —bajo forma de Protocolo al Convenio sobre cibercriminalidad— los actos de propaganda racista o xenófoba a través de redes informáticas. Su naturaleza de Protocolo adicional posibilitará la aplicación del conjunto de las normas procesales y de cooperación internacional que figuran en el PCC a la investigación y persecución de la infracción de ciber-racismo.

#### **4. Delitos relativos a infracciones de la propiedad intelectual y derechos conexos**

La cuarta y última categoría de los delitos incorporados al PCC comprende las infracciones al derecho de propiedad intelectual y derechos conexos cometidas a través de redes informáticas. Se trata de combatir, por ejemplo, la distribución a escala comercial de copias ilegales de obras protegidas por los derechos de autor causantes de perjuicio económicos considerables para el titular de los mismos. Nos encontramos, por consiguiente, con una infracción similar a las recogidas por el grupo anterior,

---

<sup>24</sup> Informe relativo a la 50 Reunión del Comité europeo de problemas penales (Estrasburgo, 18-22 junio 2001), reproducido en el documento CDPC (2001) 17.

<sup>25</sup> Tras aprobar el texto del proyecto, tal y como figura en el documento CM (2001)103 de 18 de julio 2001, el CDPC tomó la decisión de transmitir el PCC al Comité de Ministros para su adopción, apertura a la firma y publicación del Informe Explicativo relativo al tratado. Con ello ha quedado concluida, por consiguiente, la fase técnica de elaboración. No queda, por tanto, pendiente sino el examen del PCC por parte del órgano político supremo del Consejo de Europa —el Comité de Ministros— el cual, salvo excepciones, se limita a cuestiones formales relativas a la adopción, publicación y organización de la ceremonia de apertura a la firma. Si bien no cabe descartar completamente la introducción de modificaciones en el texto de un proyecto de tratado en sede de Comité de Ministros, históricamente tales modificaciones tienen un ámbito relativamente limitado ya que se trata de pequeñas enmiendas a algún artículo y, las más de las veces, a algún párrafo del Informe Explicativo acompañatorio. La introducción de nuevas disposiciones sustantivas parece, en principio, exceder de la que suele ser la función habitual del Comité de Ministros en la redacción de tratados.

<sup>26</sup> Véase proyecto de mandato en el Anexo V al documento CDPC (2001) 17 de 29 de junio 2001.

es decir de contenido, con la apreciable diferencia de que en el caso presente el contenido reproducido o distribuido es perfectamente legítimo.

Las infracciones de los derechos de propiedad intelectual son muy frecuentes en Internet, lo cual preocupa a los titulares de los derechos y también a aquellos que trabajan profesionalmente en las redes informáticas.<sup>27</sup> La reproducción y distribución a través de Internet de obras protegidas, sin consentimiento del titular del copyright, son extremadamente frecuentes e incluyen obras literarias, fotográficas, musicales, audiovisuales y otras. Gracias a la tecnología digital las copias pueden realizarse con pasmosa facilidad con lo cual la reproducción y distribución de estas obras a través de Internet adquiere inmediatamente una gran escala. Contrariamente a ciertas opiniones doctrinales absolutamente opuestas a la idea de penalizar la infracción de los derechos de la propiedad intelectual a través de Internet<sup>28</sup>, los redactores del PCC estimaron —por las razones indicadas más arriba— que era necesario incluir disposiciones que tipificaran estas conductas y sancionaran penalmente a quienes las cometen. Al mismo tiempo, ello permite sentar las bases de una futura cooperación internacional mucho más activa que la actual en este terreno. Las Partes contratantes al futuro Convenio se encontrarán, por lo tanto, en la obligación de penalizar las infracciones intencionales del derecho a la propiedad intelectual y conexos, tal y como vienen definidos en un amplio abanico de tratados y Convenios internacionales en vigor<sup>29</sup>, cuando tales infracciones sean cometidas mediante un sistema informático y a escala comercial. También estarán obligados a otorgar todo el auxilio judicial necesario, inclusive mediante el ejercicio de las nuevas facultades de investigación y obtención de pruebas que incorpora el PCC (*Vide Infra*, apartado 7), a aquellos otros Estados parte que tengan causas abiertas por infracciones a los derechos de la propiedad intelectual.

## 7. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS DE LOS CIBER-DELITOS

La parte procesal del PCC completa la parte sustantiva otorgando a las autoridades responsables de la aplicación de la ley los poderes necesarios para poder enfrentarse a la ciber-delincuencia. Como ya se ha dicho más arriba, la exigencia de un marco jurídico adecuado para proteger

---

<sup>27</sup> E. A. CAVAZOS y G. MORIN, «Cyberspace and the Law», the MIT Press, Cambridge Massachussets, 4.<sup>a</sup> Impresión, 1996, pág. 111 y ss.

<sup>28</sup> Véase, Phillipe UAÉUQ, «Les mauvais combats du Conseil de l'Europe-Nous sommes tous des cybercriminels» *Le Monde Diplomatique*, Juin 2001, page 3. [www.monde-diplomatique.fr](http://www.monde-diplomatique.fr)

<sup>29</sup> Los tratados en cuestión son enumerados por el texto mismo del artículo 10, párrafos 1 y 2.



a los ciudadanos de la amenaza de la ciberdelincuencia no queda satisfecha con la tipificación penal armonizada de aquellas conductas relativas a la utilización ilegítima o abusiva de las redes informáticas que resulten lesivas de los derechos de terceros, señaladamente de sus derechos y libertades fundamentales. En efecto, para poder castigar con eficacia tales conductas la modernización legislativa debe incluir medidas que afecten también al derecho procesal y, más concretamente, a los procedimientos de investigación y obtención de pruebas en los casos de cibercrimen. En realidad, hasta ahora en la mayoría de los países el derecho procesal ha dedicado escasa, cuando no nula, atención a las dificultades inherentes a la aplicación al mundo virtual de las normas sobre investigación diseñadas para el mundo físico. Por otro lado, la problemática relativa a la conservación y presentación de pruebas electrónicas fiables ante los tribunales de justicia es de reciente aparición por lo que las carencias normativas y la ausencia de reglas claras puede impedir que el proceso llegue a buen término. Hay que tener en cuenta, por añadidura, que la investigación de la cibercriminalidad se lleva a cabo en un medio particularmente volátil.

Por todo ello, el PCC se ha impuesto como objetivo el que los Estados parte se doten de reglas comunes en materia procesal que permitan una persecución eficaz de los delitos cometidos contra o a través las redes informáticas y la obtención de las fuentes de prueba de delitos ordinarios cuando estas fuentes se hallen en soporte informático. Para ello existen dos vías: adaptar al medio informático medidas pre-existentes en el mundo físico, por ejemplo la entrada y registro, o crear nuevas medidas propias de la investigación de la cibercriminalidad, tales como la custodia inmediata de datos electrónicos. Además, dado que los datos no permanecen estáticos en un medio digital sino que fluyen en el proceso de la comunicación, el PCC dispone también la utilización en la investigación de los ciberdelitos de medidas que son tradicionales en la obtención de información/pruebas a través de las telecomunicaciones, tales como la interceptación de de datos de tráfico en tiempo real y la interceptación de contenidos en tiempo real.

El PCC trata de los facultades y medidas siguientes:

- a. Conservación inmediata de datos informáticos almacenados;
- b. Conservación inmediata y revelación parcial de datos de tráfico;
- c. Mandatos de exhibir;
- d. Registro y decomiso de datos informáticos;
- e. Interceptación de datos de tráfico en tiempo real;
- f. Interceptación de datos de contenido en tiempo real;

**a.** La facultad de ordenar la conservación inmediata de datos —prevista en los artículos 16 y 17 del PCC— se aplica exclusivamente a

aquellos datos que son pre-existentes, es decir aquellos datos que, por el motivo que fuere, han sido recogidos y/o almacenados con anterioridad en un sistema informático, por ejemplo, por el proveedor de servicios de acceso a Internet a los efectos de facturación. Durante la negociación del PCC fue éste uno de los aspectos clave que más debate suscitó. Versiones anteriores del PCC contemplaron la posibilidad de imponer a los proveedores de servicios la obligación de almacenar o recoger con carácter general ciertos datos que pudieran ser necesarios ulteriormente a los efectos de una investigación penal. Sin embargo, los proveedores de servicios y la industria informática objetaron los costos excesivos que tal obligación implicaría y rehusaron participar en el control de la ciberdelincuencia, labor ésta que estimaron que no debe recaer en las empresas privadas<sup>30</sup>. Por otro lado, diversas voces<sup>31</sup> hicieron valer que una obligación general de archivar datos podría ser contraria al derecho al respeto a la vida privada y al secreto de la telecomunicaciones, garantizadas por el artículo 8 CEDH e infringir también la legislación europea en materia de protección de datos<sup>32</sup>. Por consiguiente, el PCC se refiere a la conservación de datos y no incluye, en su versión final, obligación alguna de archivar, almacenar o coleccionar datos de un tipo u otro. En realidad, los artículos 16 y 17 PCC se limitan a conferir a las autoridades encargadas de perseguir los ciberdelitos la facultad de requerir, en el marco de un procedimiento penal específico ya abierto, la conservación de aquellos datos que se encuentren previamente archivados, almacenados o coleccionados y que pudieran ser necesarios para la identificación de los autores o como fuente de prueba. Aunque las expresiones «conservación de datos» (en la versiones originales inglesa y francesa «*data preservation*»/«*conservation de données*» respectivamente) y «archivo de datos» (en las versiones originales inglesa y francesa «*data retention*»/«*archivage de données*») pueden parecer, en el lenguaje corriente, próximas o casi equivalentes. Sin embargo, a los efectos del PCC tienen un contenido jurídico claramente diferenciado. Conservar implica guardar o custodiar datos previamente almacenados o archivados, protegiéndolos contra cualquier riesgo o amenaza que pudiera alterar o degradar su calidad o

---

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, «World Information Technology and Services Alliance (WITSA)-Statement on the Council of Europe draft Convention on Cyber-crime», noviembre 2000, <http://www.witsa.org>

<sup>31</sup> Véase por ejemplo la Declaración adoptada por la Conferencia de Comisarios europeos de protección de datos, Atenas 10-11 mayo 2001.

<sup>32</sup> Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de la persona en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, STE n.º 108, Selección de Tratados del Consejo de Europa, les éditions du Conseil de l'Europe, F-67075 Strasbourg Cedex. Directivas 95/46/EC y 97/66/EC sobre protección de datos.

estado presente. Archivar quiere decir<sup>33</sup> guardar en posesión de uno para un uso futuro aquellos datos que están siendo producidos en el momento presente. El archivo equivale al almacenamiento o la colecta de datos, la conservación es la actividad consistente en garantizar su seguridad y su integridad. Los datos cuya conservación se requiere pueden ser tanto datos de tráfico como materiales ilegales, pruebas etc. La obligación de conservación se mantendrá durante el tiempo necesario hasta un máximo de 90 días, que pueden ser renovables. En virtud del párrafo 3 del artículo 16 PCC, la obligación de custodiar impuesta al proveedor de servicios puede llevar acompañada la obligación de mantener en secreto tanto la orden de conservación como la existencia misma de un procedimiento penal abierto y ello durante todo el período de vigencia de la orden.

En la mayoría de los países los procedimientos de conservación de datos son nuevos o al menos novedosos. Se trata, en cualquier caso, de un método de investigación criminal cuya utilidad es evidente en la lucha contra la criminalidad informática, sobre todo en relación con las infracciones cometidas a través de Internet. En primer lugar porque los datos informáticos, por su alta volatilidad, son fáciles de manipular y modificar. Es fácil perder datos susceptibles de probar la infracción si el almacenamiento no se lleva cabo correctamente, si los datos son manipulados o alterados intencionalmente para destruir la fuente de prueba o si su destrucción tiene lugar en el marco de operaciones normales de borrado de datos considerados inútiles. Uno de los medios para preservar la integridad de los datos es la entrada y registro en los locales y en el sistema informático del poseedor de los datos. Ahora bien, cuando el custodio de los datos es digno de confianza, como sería el caso de una empresa de buena reputación (e interesada por tanto en mantenerla), la conservación adecuada de los datos puede quedar garantizada de manera más expeditiva mediante una orden de conservación dirigida a la empresa en cuestión. Además, una orden de conservación siempre resultará menos lesiva para el funcionamiento y la reputación de la empresa en cuestión que una operación de entrada y registro policial. En segundo lugar, hay que recordar que los delitos informáticos son, a menudo, cometidos mediante la transmisión de comunicaciones (material pornográfico, virus, datos falsificados) a través de las redes informáticas. La identificación de la fuente o del destino final de tales comunicaciones puede permitir la identificación del autor o autores. Finalmente la conservación de datos (por ejemplo, correos electrónicos) puede permitir probar la actuación criminal independientemente de que se trate de delitos informáticos u ordinarios.

---

<sup>33</sup> Informe Explicativo del Proyecto de Convenio sobre el cibercrimen, párrafo 151, documento CM (2001) 103 Addendum.

La orden de custodia de datos es una medida preliminar que se adopta frecuentemente en los primeros momentos del procedimiento a la espera de que puedan adoptarse otras medidas jurídicas que permitan a las autoridades encargadas de la investigación acceder a los datos en cuestión o obtener que éstos sean divulgados. Por lo tanto, la adopción de la medida prevista en el artículo 16 PCC no implica que las autoridades pueden tener acceso inmediato a cualquiera de los datos bajo custodia sino que el detentor de los mismos está obligado a protegerlos hasta que se produzca la medida complementaria. Los noventa días de plazo máximo de custodia deberían ser suficientes para que las autoridades puedan adoptar tales medidas complementarias —el registro, el embargo, la autorización judicial de acceso a los datos o el mandato de exhibir (*vide infra*). Hay que recordar, no obstante, que a tenor del artículo 29 PCC las solicitudes de auxilio judicial internacional relativas a una orden de conservación inmediata de datos serán válidas durante un período de al menos sesenta días con el fin de que la Parte requirente pueda presentar una solicitud de registro, de embargo, de acceso u obtención de los datos por un medio similar, o de divulgación de los datos sometidos a conservación.

**b.** La mayor parte de lo indicado en relación con el artículo 16 PCC resulta igualmente aplicable al artículo 17 PCC. Esta disposición se concentra exclusivamente en los datos de tráfico, según la definición que a esta expresión da el artículo 1 PCC. En segundo lugar el destinatario de una orden dictada en virtud del artículo 17 PCC no sólo está obligado a conservar los datos durante el tiempo especificado sino también a revelar inmediatamente ciertos datos de tráfico, señaladamente aquellos que permitan a las autoridades conocer a los proveedores de servicios que intervinieron en la transmisión de la comunicación desde su origen hasta su destino, reconstruyendo de este modo el camino seguido por el autor de la infracción.

**c.** El mandato de exhibir permite a las autoridades obligar a una persona que se encuentre en el territorio de ese Estado a suministrar aquellos datos informáticos que se especifiquen o a un proveedor de servicios a facilitar los datos de sus suscriptores. También en este caso se trata de datos pre-existentes. En lugar de utilizar medidas coercitivas, tal y como por ejemplo el registro y decomiso de datos en relación con terceros ajenos a la comisión del delito, el PCC ha optado por establecer medidas de investigación alternativas que permitan obtener la información incurriendo en un riesgo menor de interferir en el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular del derecho al respeto de la vida privada. Este mecanismo del mandato de exhibir —previsto en el artículo 18 PCC—

resulta particularmente apropiado para obtener la cooperación con las autoridades judiciales de determinados particulares o empresas detentores de datos de interés para la investigación criminal en cuestión, tales como los proveedores de servicios de Internet. Incluso cuando éstos están dispuestos a colaborar con las autoridades penales, necesitan una base jurídica para poder divulgar los datos en su posesión sin incurrir por ello en responsabilidad contractual.

**d.** El registro de un sistema informático y decomiso de datos —previsto en el artículo 19 PCC— es el equivalente digital de la tradicional entrada y registro de domicilio con recogida de los instrumentos y efectos del delito. No es de extrañar, por tanto, el que muchas de las características de la medida prevista para el universo físico permanezcan en las medidas utilizables en medio informático. Así por ejemplo, los datos recogidos son aquellos existentes en el momento del registro, las condiciones para obtener una autorización judicial son las mismas... Sin embargo, existen algunas diferencias notables. En primer lugar los datos son intangibles y no pueden ser transportados de la misma manera. En segundo lugar, los datos pueden no encontrarse en el ordenador concreto que se registra sino que resultan accesibles en el sistema al que éste pertenece o son accesibles a distancia a través de una red informática. Por ello, los Estados parte al futuro Convenio pueden verse obligados por mor del 19 PCC a adoptar disposiciones complementarias en materia de copias de los datos encontrados en el sistema registrado o en materia de extensión de la orden de entrada y registro a ordenadores o sistemas informáticos conectados a aquel ordenador o sistema originalmente objeto de la orden.

El poder de decomisar datos informáticos almacenados incluye la posibilidad de embargar el hardware y de utilizar o embargar los programas necesarios para acceder a los datos. Además, se pueden utilizar medidas de aseguramiento de los datos incautados para que permanezcan en el estado en el que se encontraban en el momento de practicarse la medida, inclusive mediante su extracción del sistema en el que se encontraban los datos.

**e/f.** Las facultades más invasivas que contempla el PCC son la intercepción en tiempo real de datos de tráfico —artículo 20 PCC— y la intercepción en tiempo real de datos de contenido —artículo 21 PCC—. Estas medidas pueden ser llevadas a cabo tanto por las autoridades penales competentes como por los propios proveedores de servicio a solicitud de las autoridades. A la vista del progresivo desdibujamiento de la distinción entre telecomunicaciones y tecnologías de la información, los poderes de intercepción se aplican a ambos, así como a los sistemas intermedios. Sin embargo, los datos que se pueden obtener son de dos tipos: datos de tráfico (o de comunicaciones, o transaccionales), y datos de

contenido. El artículo 1, párrafo d PCC define «datos de tráfico» como *«aquellos datos relativos a una comunicación a través, un sistema informático, producidos por este último en tanto que elemento de una cadena de comunicación y que indiquen el origen, el destino, el itinerario, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente»*.

Una vez operada esta distinción de base no es extraño, por consiguiente, que el PCC la mantenga cuando distingue entre interceptación de datos de tráfico e interceptación de datos de contenido, distinción inexistente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales. Consciente de que el ejercicio de los poderes de interceptación de datos de contenido que confiere el artículo 21 PCC podrían entrañar riesgos mayores de ingerencia el ejercicio del derecho fundamental al respeto de la vida privada y del secreto de las comunicaciones, garantizados por el artículo 8 CEDH, el PCC ha previsto la posibilidad de que los Estados parte limiten, en sus ordenamientos jurídicos internos, la utilización de la interceptación de datos de contenido en tiempo real solamente en el marco de procedimientos relativos a infracciones graves, a definir por el derecho nacional.

Como es el caso de la obligación de conservación de los artículos 16 y 17 PCC, el ejercicio de los poderes de interceptación en tiempo real —bien sea de datos de tráfico bien sea de datos de contenido— puede ir acompañado, en virtud de los párrafos 3 de los artículos 20 y 21 PCC de la imposición de una obligación al proveedor de servicios de mantener tal ejercicio en secreto.

## 8. EQUILIBRIO ENTRE PODERES DE INVESTIGACIÓN EN MEDIO INFORMÁTICO Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ha señalado un autor, «las aplicaciones de las tecnologías de la información y comunicación pueden servir para desarrollar una (mejor) administración, el comercio y la democracia pero también traen consigo la amenaza de una vigilancia más intensiva sobre las personas y los grupos, haciendo aparecer el espectro de «Orwell» en medio de la realización de los ideales de «Atenas».<sup>34</sup> Lo cierto es que la extensión de los poderes de investigación llevada a cabo por el PCC en beneficio de las autoridades encargadas de la detección e investigación de delitos cometidos contra la integridad de los sistemas informáticos o a través de los mismos ha generado una avalancha de críticas provenientes de la indus-

---

<sup>34</sup> Charles D. RAAB, «Privacy, democracy, information» en «The Governance of Cyberspace», Londres 1997, página 155.

tria, de grupos de libertades civiles, esencialmente norteamericanos, y de grupos de internautas contrarios a toda intervención de los poderes públicos en la red. Muchas de las tomas de posición contra el PCC han abundado en el supuesto sometimiento de las redes informáticas, en particular Internet, al control y vigilancia global de un Grupo de Estados poderosos, apuntando a una supuesta mentalidad «*Big Brother*» subyacente a las disposiciones en materia de investigación.<sup>35</sup>

En un tono netamente más ponderado se han expresado críticas acerca de la necesidad de una ponderación más adecuada entre los imperativos de la eficacia policial y judicial contra la criminalidad informática y la necesidad de salvaguardar adecuadamente los derechos fundamentales de todos los usuarios.<sup>36</sup>

Lo cierto es que la negociación del PCC ha sido un proceso largo y complejo que se inició en 1997 y que en el momento de escribir este artículo no se encuentra aún concluido. Casi treinta versiones se han sucedido en la mesa de los negociadores durante todos estos años. Con fecha 22 de junio 2001 el Comité europeo de asuntos penales («CDPC») aprobó el PCC en su versión número 29 y lo transmitió al Comité de Ministros para su posterior adopción y apertura a la firma.<sup>37</sup> Si bien las críticas relativas a la existencia de un cierto desequilibrio del PCC en favor de la eficacia investigadora en detrimento del respeto de los Derechos Humanos pudo tener alguna justificación a la vista de la redacción de algunas disposiciones que figuraron en versiones anteriores<sup>38</sup> del PCC, lo cierto es que la versión final adoptada por el CDPC<sup>39</sup> integra novedades importantes —entre ellas varias de las enmiendas propuestas por la Asamblea parlamentaria— y constituye un documento equilibrado que otorga un peso nada desdeñable a las consideraciones de protección eficaz de los Derechos Humanos en los procedimientos penales relativos a los ciberdelitos.

Ello, ha quedado simbólicamente reflejado en la amplia referencia que hace el Preámbulo del PCC a «la necesidad de garantizar un equilibrio ade-

---

<sup>35</sup> Véase, entre otros muchos artículos, Barry James, «Internet Crime-Fighting Plan may open door for snoopers», International Herald Tribune, Viernes 23 de Marzo 2001. Véase también, Mike Goodwin, «Watch out! An international treaty on cybercrime sounds like a great idea until you read the fine print», <http://www.cryptome.org>, 21 abril 2001.

<sup>36</sup> Parliamentary Assembly, Opinion n.º 226 on the Draft Convention on Cyber-crime, report Committee on Legal affairs and human rights, rapporteur Ivar Tallo, documento 9031 de 10 de abril 2001.

<sup>37</sup> European Committee of Crime Problems, Report of the 50<sup>th</sup> plenary meeting (Strasbourg 18-22 June 2001), document CDPC(2001) 17 de 29 de Junio 2001, página 2, párrafo 3.

<sup>38</sup> La primera versión en hacerse pública, por decisión del Comité negociador (PC-CY), fué la versión número 19, en abril 2000.

<sup>39</sup> Esta versión, sometida actualmente al examen del Comité de Ministros del Consejo de Europa, figura reproducida en el documento CM (2001) 103 de 18 de julio 2001.

cuado entre el interés de la acción represiva y el respeto de los derechos humanos fundamentales» haciéndose seguidamente una alusión expresa y directa al CEDH del Consejo de Europa y al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas así como a «otros Convenios internacionales aplicables en el ámbito de los Derechos Humanos».

Además, se hace necesario precisar, en este contexto, que el PCC no prevé, ni justifica ni demanda la adopción de medidas de vigilancia general en las redes informáticas. Si tales sistemas existen<sup>40</sup>, tales sistemas se sitúan fuera del marco del CEDH y no están amparados en modo alguno en las disposiciones del PCC. Este tratado sólo permite la utilización de medidas de investigación, tales como las descritas más arriba, en el marco de un procedimiento penal específico, abierto en relación con la comisión de un delito concreto. Tales poderes de investigación no pueden, por tanto ser utilizados, como sospechan algunos, de manera prospectiva fuera del contexto de la investigación de un delito concreto. En este sentido, el artículo 14, párrafo 1 no puede ser más claro cuando indica que los poderes y procedimientos previstos en la Sección 2 («derecho procesal») deben ser establecidos con la finalidad de llevar a cabo investigaciones o procedimientos penales específicos. Las críticas dirigidas al PCC de querer instaurar una especie de sistema «Orwelliano» de vigilancia electrónica generalizada no encuentran apoyo ciertamente en el texto actual del PCC y parecen más el producto de aprioris ideológicos que de una lectura meditada del contenido del PCC.

El PCC posibilitará la obtención de datos u obligará a las personas que dispongan de ciertos datos a ponerlos entre las manos de las autoridades represivas, o a conservar datos necesarios para la investigación. Sin embargo, como ya se ha dicho con anterioridad, esto no quiere decir que el PCC disponga o justifique la vigilancia de las comunicaciones por parte de los proveedores de servicios o por parte de las autoridades competentes en ausencia de un procedimiento penal abierto en relación con hechos concretos supuestamente delictivos. Ni siquiera llegó a prosperar la posibilidad de imponer a todos los proveedores de acceso o servicios la obligación de almacenar durante un cierto período de tiempo determinados datos de tráfico o de comunicación. Como ya se ha dicho más arriba, la falta de acuerdo llevó a abandonar las propuestas en este sentido en las versiones más avanzadas del PCC.

Además, los redactores han incluido una amplia gama de garantías destinadas a controlar y prevenir los abusos que pudieran ocurrir en el

---

<sup>40</sup> Rapport du Parlement européen sur l'existence d'un système d'interception mondiale des communications privées et économiques (système d'interception ECHELON) (2001/2098 (INI), rapporteur Gerhard Schmid, documento A5-0264/2001 Final de 11 de julio 2001.



ejercicio de los poderes y procedimientos que contempla el PCC. En primer lugar, el artículo 15, párrafo 1 PCC precisa que la adopción, ejecución y aplicación de las facultades y medidas previstas en el tratado estará sometido a las condiciones y garantías previstas por el derecho nacional del Estado Parte, cuyo ordenamiento jurídico deberá garantizar, en todo caso, una protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, inclusive de aquellos reconocidos por el CEDH, los Pactos de Naciones Unidas y otros tratados pertinentes.

En virtud del artículo 15, párrafo 2 PCC el ejercicio de los poderes y procedimientos de investigación a los que nos hemos referido más arriba, deberán ser regulados por el derecho nacional. Este deberá establecer las condiciones de su utilización y los mecanismos de control apropiados, y deberá prever mecanismos de control judicial u otras formas de control independiente así como los motivos que justifiquen su utilización, restricciones de su ámbito de aplicación y de su duración.

Recoge por añadidura el PCC de manera expresa —en el artículo 15, párrafo 1 *in fine*— la obligación de respetar el principio de proporcionalidad, recogido en múltiples sentencias por el Tribunal europeo de Derechos Humanos<sup>41</sup>. La aplicación de este criterio implica que antes de utilizar los poderes y procedimientos de investigación previstos por el PCC los Estados parte deben asegurarse de que no existen otras posibilidades menos gravosas para los derechos fundamentales y que las medidas adoptadas guardan una relación de proporcionalidad con la naturaleza del delito investigado y con las circunstancias del caso. Manifestaciones normativas específicas del principio de proporcionalidad se encuentran además insertas en diversos artículos del PCC, tales como por ejemplo, el artículo 21, que permite excluir el empleo de la intercepción en tiempo real de contenidos en procedimientos por delitos menos serios. Si bien el PCC no armoniza las garantías procesales vigentes en cada país, el texto estipula que se aplicarán las que estén en vigor en la legislación interna del país que aplique la medida. Así un país que necesita autorización judicial la deberá obtener antes de utilizar la facultad de entrar y registrar un ordenador.

Debe señalarse, por otro lado, que la preocupación que había generado la ausencia de disposición alguna acerca de la protección de datos<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Véanse, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los asuntos Berrehab de 21 de junio 1988, serie A n.º 138, párrafo 29, Eriksson de 22 de junio 1989, serie A n.º 156, párrafo 71 y Andersson de 25 de febrero 1992, serie A n.º 222, párrafos 92 a 96.

<sup>42</sup> Véase, entre otros documentos, el informe de la 38 reunión de Grupo de Proyecto sobre Protección de Datos (CJ-PD), que tuvo lugar en Estrasburgo en octubre 2000, documento CJ-PD (2000) 27 de 24 de noviembre y la Opinión del CJ-PD sobre el PCC de 13 de octubre 2000, reproducida en el documento CJ-PD (2000) 24.

—aspecto íntimamente ligado a la protección de la intimidad— ha quedado también subsanado en la versión final del PCC. Conocidas son las diferencias de perspectiva en esta materia a ambos lados del Océano Atlántico<sup>43</sup>. Si bien la protección de la persona contra el tratamiento automatizado de datos ha sido objeto de una amplia y detallada regulación de ámbito tanto nacional como europeo, las restricciones a la distribución de datos resultan, las más de las veces, incomprensibles para los operadores del sistema jurídico norteamericano.<sup>44</sup> La cuestión de la protección de datos planeó permanentemente sobre durante el largo proceso negociador amenazando continuamente la consecución de su resultado final. El acuerdo alcanzado en último término —que se refleja en la versión actual del PCC— se inclina por la posición sostenida mayoritariamente por los negociadores europeos (sobre todo Alemania) al precio de importantes concesiones por parte de los Estados Unidos. Así, el artículo 28, párrafo 2 autoriza al Estado requerido a imponer ciertas condiciones de confidencialidad y restricciones de uso de determinados datos que se transmiten en ejecución de una comisión rogatoria proveniente de otro Estado parte. El Estado requerido podrá denegar los datos solicitados si el Estado requirente no acepta las condiciones. Si las acepta el Estado requerido podrá solicitar, una vez transmitidos los datos solicitados, que el Estado requirente explique el uso dado a los datos, en particular en relación con las condiciones establecidas.

---

<sup>43</sup> La Unión Europea dispone de una legislación muy completa en materia de protección de la vida privada. El Convenio n.º 108 del Consejo de Europa sobre protección contra el tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981, si no la Directiva 95/46 EC de 25 de octubre de 1995 configuran una protección estricta de los datos de carácter personal que impide su transferencia a aquellos Estados exteriores a la UE que no dispongan de un nivel adecuado de protección de la privacidad. A diferencia de la UE, los Estados Unidos de América carecen de una legislación global de protección de datos y siguen una aproximación sectorial del problema que descansa sobre todo en la autoregulación. Tales diferencias de perspectiva en ambos lados del Atlántico ha generado múltiples problemas, por ejemplo la negativa de empresas europeas a transferir datos a sus filiales, sucursales o matrices en los Estados Unidos para evitar ser sancionadas con arreglo a la legislación sobre protección de datos. A la vista de la situación, las autoridades americanas se han esforzado a lo largo de los últimos dos años, en tratar de establecer un marco protector que merezca ser calificado como de «nivel adecuado de protección» y facilite, de este modo, la transmisión de datos entre empresas norteamericanas y europeas. La consecución de tal objetivo se ha buscado mediante la adopción de los llamados «International Safe Harbor Privacy Principles». La compatibilidad de tales Principios con la legislación europea en la materia ha sido objeto de amplios debates que exceden del propósito de este trabajo. Véase Opinión 2/99 de 3 de mayo 1999 on the adequacy of the International safe harbor Principles» issued by the US Department of Commerce y la Opinión 3/2000 on the EU/US dialogue concerning the Safe Harbour arrangement».

<sup>44</sup> «Internet Law Update: Developments in Privacy Law». Thelen Reid & Priest Internet Law Group, January 2000.

## 9. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Esta es, probablemente, la parte más importante del PCC pues permitirá la puesta en funcionamiento de formas rápidas y eficaces de cooperación internacional, indispensables para la investigación, persecución y represión penal de la cibercriminalidad. Con arreglo al PCC, las autoridades de cada Estado deberán de ser capaces de llevar a cabo cualquiera de las medidas de investigación previstas a solicitud de otro Estado parte y transmitir el resultado rápida y eficazmente. Además de las formas tradicionales de cooperación —extradición y auxilio judicial mutuo— el PCC dispone que los Estados parte aplicarán los poderes y procedimientos específicos previstos por el PCC a requerimiento de los demás Estados Parte, en tanto que nuevas formas de auxilio judicial mutuo. Claramente uno de los principales objetivos del futuro tratado es el de facilitar la aplicación internacional de aquellas nuevas facultades y medidas que se atribuyen a las autoridades penales para la investigación interna de la delincuencia informática.

El PCC dispone que los Estados parte se otorgarán ayuda mutua «*en la mayor extensión posible*», minimizando los obstáculos que pudieren existir para el flujo rápido y armonioso de la información a través de las fronteras. El ámbito de la cooperación en virtud del PCC no está circunscrito a los procedimientos relativos a los delitos definidos por el tratado, sino que resulta aplicable a las investigaciones y procedimientos penales relativos a cualquier delito cometido a través de un sistema informático y cuyas fuentes de prueba se encuentren en forma digital.

El PCC establece asimismo, en el artículo 35, la obligación para los Estados parte de poner en pie una red de asistencia internacional específica para la represión de la criminalidad informática, a saber la red permanente de puntos de contacto («Red 24/7»). El establecimiento de esta red permanente de asistencia y contacto, que completa pero no sustituye los canales tradicionales de la cooperación internacional, es uno de los resortes más importantes del proyecto de Convenio para conseguir que los Estados respondan solidariamente al desafío de aplicar la legalidad en el ciberespacio, atendiendo presta y eficazmente los requerimientos emanantes de los demás Estados parte.

Debe indicarse, para terminar, que el PCC, en su versión actual<sup>45</sup>, no ha llegado a regular las investigaciones transfronterizas en red, por ejem-

---

<sup>45</sup> No fue así en versiones anteriores del PCC que contemplaban la posibilidad, en determinadas circunstancias y con ciertas salvaguardias, de llevar a cabo registros transfronterizos, es decir investigaciones en ordenadores o sistemas localizados fuera del territorio del Estado al que pertenece la autoridad encargada de la investigación.

plo mediante los registros transnacionales de sistemas informáticos, pues los negociadores no llegaron a ponerse de acuerdo en las modalidades de esta forma de cooperación internacional, cuya utilización afecta a intereses nacionales primordiales y en último término a la soberanía nacional de los Estados. Lejos de versiones mucho más ambiciosas del PCC que llegaron a contemplar la posibilidad, con un cierto número de condiciones y salvaguardias, de llevar a cabo investigaciones transfronterizas en sistemas informáticos localizados más allá de las fronteras nacionales, el actual artículo 32, párrafo b, se limita a autorizar a cada Estado parte a acceder o recibir datos informáticos almacenados en un sistema informático fuera de su territorio si tales datos son accesibles al público o si así lo autoriza la persona legalmente autorizada a divulgarlos.

## 10. CONCLUSIONES

El PCC es un tratado pionero que viene a llenar un vacío clamoroso del ordenamiento jurídico internacional. Su rápida adopción y entrada en vigor son indispensables para hacer frente a una ola de criminalidad de nuevo tipo que se aprovecha del desarrollo de las redes informáticas y condiciona y pone en peligro al mismo tiempo su desarrollo futuro. Al contrario que en otros ámbitos, en los que el derecho europeo o internacional viene a armonizar a posteriori las legislaciones y prácticas nacionales pre-existentes, en el ámbito de la cibercriminalidad es el derecho internacional el que viene a impulsar la adopción de medidas nacionales, muchas veces inexistentes o desfasadas con relación al progreso técnico. Ello se explica porque a defecto de respuesta internacional coordinada cada Estado individual poco puede hacer para reprimir eficazmente este tipo de delincuencia de nuevo cuño, que evoluciona como pez en el agua en esa tierra de nadie que es el ciberespacio. La primera y más deseable consecuencia de la adopción del Convenio sobre la Cibercriminalidad va a ser la de acabar con una cierta sensación de impotencia para hacer frente con éxito a los ciberdelincuentes. Dará lugar a una reacción en cadena en los Estados parte, que al amparo de lo dispuesto en el tratado, van a verse obligados o adoptar las medidas penales de orden sustantivo o procesal que les van a permitir cooperar con los demás Estados parte, participando solidariamente en el esfuerzo colectivo de aplicar la ley en el universo virtual.

Frente a posturas ingenuas o idealistas que buscan preservar el carácter primigenio de Internet como territorio sin ley donde evolucionan sin ingerencias estatales hombres rousseauianos, la propia evolución de las redes informáticas y de su desarrollo exige la organización de una res-

puesta armoniosa por parte de la comunidad de Estados democráticos que permita a la vez reprimir las conductas lesivas para la colectividad que tienen lugar en la red y garantizar el disfrute de los derechos humanos de los usuarios, evitando las ingerencias excesivas de los poderes públicos. El PCC ha sido negociado y concluido en el seno del Consejo de Europa, una organización cuyo primer objetivo estatutario es la defensa y promoción de los derechos humanos y las libertades individuales, responsable de la adopción de las normas y tratados más importantes en este ámbito, empezando por el Convenio europeo de Derechos Humanos y la inmensa obra jurisprudencial del Tribunal europeo de Derechos Humanos. Frente a críticas interesadas provenientes sobre todo del otro lado del Atlántico, el protagonismo asumido por el Consejo de Europa en la elaboración de este tratado constituye una garantía de que el afán represivo no se iba a llevar por delante el disfrute de los derechos individuales en la red.

A la vista del texto concluido después de cuatro años de difíciles negociaciones se puede razonablemente decir que el PCC ha conseguido preservar un equilibrio encomiable entre las necesidades de la justicia y el respeto de la vida privada, sin caer nunca en medidas excesivas, buscando siempre evitar los abusos y la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes que confiere a las autoridades y sin los cuales éstas se encuentran inermes ante los cibercriminales.

Si bien las redes informáticas han adquirido tal importancia para la actividad humana que la introducción del derecho penal en las mismas se ha hecho indispensable, hay que reconocer que se trata de un mundo en rápida mutación cuyos contornos futuros no llegamos siquiera a percibir. El PCC constituye, por consiguiente, una primera y arriesgada respuesta al problema de la cibercriminalidad que necesitará ser completada, adaptada y superada en el futuro, al hilo del desarrollo tecnológico y de las nuevas formas de criminalidad que vayan apareciendo y de las necesidades de las autoridades para detectarlas y castigar a sus autores. Si algo se le puede reprochar al PCC es el no haber ido suficientemente lejos en algunas materias, tales como la tipificación del cibercrimen o al no contemplar la posibilidad —limitada siquiera— de registros transfronterizos. Con todo, resulta un conjunto coherente y democráticamente irreprochable de medidas necesarias cuya utilidad será reconocida por los operadores jurídicos de todo el mundo y cuya naturaleza pionera será saludada por la historia.



# Procedimiento impugnatorio en el Derecho Aduanero. Análisis de la normativa comunitaria y española

Por Montserrat Mariscal Sáez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto. Master en Estudios Europeos  
en la Universidad de Deusto

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.—I. IMPLANTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO (ART. 245 CA).—II. INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO DEL ART. 243 CA. 1. **Concepto de decisión.** 2. **Legitimación para interponer el recurso.** a) *Alcance del concepto de interés.* b) *Significado de la expresión «afectación individual».* c) *El derecho de representación.* 3. **Recursos Administrativos.** a) *Ante las Autoridades Aduaneras.* b) *Ante Autoridad independiente.* c) *Recurso contencioso-administrativo.*—III. ALCANCE DEL ART. 244 CA. 1. **Suspensión de decisión aduanera.** 2. **Autoridades facultadas para otorgar la suspensión.** 3. **Efectos de la suspensión.** 4. **Silencio administrativo.** 5. **Prescripción.** 6. **Cómputo de plazos.**—IV. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DEL TÍTULO VIII DEL CA (ART. 246 CA).—V. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

El Título VIII del Código Aduanero Comunitario (aprobado por el Reglamento CEE 2913/92, de 12 de octubre de 1992) regula los recursos en el ámbito aduanero. En dicho Título se recogen cuatro artículos —del 243 al 246— cuya función es ofrecer a los Estados miembros unas directrices básicas y fundamentales que todos ellos deberán respetar con el fin de conseguir una armonización, aunque sea mínima, en los aspectos más relevantes.

La aplicación del Derecho Comunitario en el derecho interno de los Estados Miembros puede suscitar algún problema; y el ámbito de los recursos aduaneros no es una excepción. Por ello, y con el fin de aclarar y facilitar lo máximo posible esta materia voy a proceder a hacer un estudio exhaustivo de cada uno de los mencionados artículos. De esta forma podremos conocer cuáles son los aspectos regulados en la normativa co-

munitaria, cuáles no aparecen regulados o son competencia de la normativa nacional y, por último, ver si alguna de las materias reguladas al respecto en ambas normativas provoca algún tipo de conflicto por aparecer recogidas desde ópticas contradictorias. Pasamos a continuación a examinar el Título VIII del Código Aduanero que regula los recursos a interponer como consecuencia de los actos aduaneros. No vamos a seguir el orden numérico de los artículos que componen el Título, sino que para una mejor sistemática variaremos su orden.

## I. IMPLANTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO (ARTÍCULO 245 CA)

«Las cuestiones relativas a la implantación del procedimiento de recursos serán adoptadas por los Estados miembros»

El Código Aduanero (Reglamento CEE 2913/92 del Consejo) y el Reglamento de aplicación del Código Aduanero (Reglamento 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993; en adelante RA.) han respondido al deseo de unir en un solo texto la normativa aduanera, que hasta entonces se encontraba dispersa en reglamentos y directivas, bien emanadas del Consejo de las Comunidades Europeas o de la Comisión de las Comunidades Europeas. De este modo queda recogido en una de las consideraciones anteriores al artículo primero del CA que determina que *«en interés tanto de los operadores económicos de la Comunidad como de las administraciones aduaneras, es conveniente reunir en un Código las disposiciones del derecho aduanero, actualmente disperso en una multitud de reglamentos y directivas comunitarias»*.

Sin embargo, en la práctica, lo anteriormente expresado no ha tenido un éxito total, debido a dos motivos fundamentales:

- a) Las administraciones aduaneras nacionales de los Estados y los operadores económicos siguen encontrándose con muchas dificultades a la hora de aplicar la normativa ya que se encuentran con la existencia (o coexistencia en algunos casos) de una normativa aduanera refundida en el Código Aduanero y en el Reglamento de aplicación anteriormente mencionado, junto con otras normas aduaneras comunitarias y por último las normas aduaneras nacionales de cada Estado miembro.
- b) Si bien con la entrada en vigor del CA y del RA, se trata de conseguir una armonización y simplificación de la normativa aduanera, en la práctica será difícil de conseguir, ya que los problemas no vendrán por la normativa a aplicar, que será la misma en todos los Estados miembros, sino porque al tener que ser los dis-



tintos Estados los encargados de implantar el procedimiento de recursos, se va a ver afectada dicha implantación por las diversas peculiaridades existentes en cada una de las administraciones aduaneras.

Una de las novedades del Código Aduanero con respecto a la legislación anterior se basa en haber conseguido cierta armonización en una serie de normas que no pertenecían al ámbito aduanero en sentido estricto, sino que trataban de aspectos del Derecho Administrativo de cada Estado miembro, por ejemplo, el derecho de recurso en materia aduanera o los procedimientos para establecer decisiones.

A mi entender la lógica del texto responde a las siguientes circunstancias:

- a) Aun siendo cierto que en el texto del CA se establece una sección dedicada a los «recursos» no es menos cierto que se limita a regular los aspectos más básicos; si bien se intenta una mínima armonización en los Estados miembros en lo relativo, por ejemplo, a quién está legitimado para interponer el recurso, ante que órgano, suspensión de la ejecución, etc.
- b) Hay que destacar que los recursos son en sí cuestiones procedimentales y es por eso que se dota de cierta libertad a los Estados miembros en su aplicación, aunque ello lleve consigo no lograr la total unificación del procedimiento.

Las administraciones aduaneras nacionales de cada Estado miembro habían adquirido una serie de vicios y peculiaridades a la hora de aplicar la normativa común. Estas peculiaridades sólo podían corregirse con una administración aduanera comunitaria con competencias exclusivas tanto en el ámbito material como formal; sin embargo, esta cuestión no se planteó de forma tan ambiciosa en los reglamentos que aprueban el CA y el RA. En ellos se dio por supuesto que la normativa comunitaria será aplicada por las distintas administraciones nacionales, representando el principio de autonomía institucional y procedimental nacional a la hora de aplicar el Derecho Comunitario. Tal principio establece que en algunas ocasiones pueden detectarse lagunas en el contenido jurídico de un reglamento lo cual contraviene el carácter de jurídicamente perfecto que posee el reglamento. Cuando se da un caso de reglamento incompleto la propia Institución autora del reglamento deberá completarlo, y de no estar ésta en disposición de hacerlo podrá habilitarse, a través del propio texto del reglamento, a los Estados para que lo completen temporalmente. De todos modos aun en el caso de que el reglamento no contenga una habilitación expresa, el Estado tendría obligación de garantizar el efecto

útil del reglamento actuando como gestor del interés común debido a la obligación general de cooperación establecida en el art. 10 del TCE.<sup>1</sup>

Como conclusión nos encontramos con que el propio Reglamento habilita a los Estados miembros (en nuestro caso España) para que adopten las cuestiones relativas a la implantación del procedimiento de recursos, así que debemos acudir a la legislación interna para descubrir cuál es el procedimiento a aplicar. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, BOE 26/11/1992; modificada por la Ley 4/99, BOE 14/01/99) en su Disposición Adicional Quinta en relación a los procedimientos administrativos de naturaleza tributaria expone:

«1. Los procedimientos administrativos en materia tributaria y, en particular, los procedimientos de gestión, liquidación, comprobación, investigación y recaudación de los diferentes tributos se regularán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley.

2. La revisión de los actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma».

Los mencionados artículos de la Ley General Tributaria establecen los recursos a seguir en materia aduanera en relación a los autos de naturaleza tributaria, y que examinaremos exhaustivamente dentro del art. 243 CA. Sin embargo, debo aclarar que no todos los actos tienen naturaleza tributaria, podrán tener también naturaleza administrativa.

## II. INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO DEL ARTÍCULO 243 CA

«1. Toda persona que estime que una decisión de las autoridades aduaneras relativa a la aplicación de la normativa aduanera lesiona sus derechos tendrá derecho a recurrir contra la misma, siempre y cuando ésta le afecte directa e individualmente.

Tendrá asimismo derecho a recurrir la persona que haya solicitado una decisión relativa a la aplicación de la normativa aduanera a las autoridades aduaneras, pero que no haya conseguido que éstas se pronuncien sobre dicha solicitud en el plazo contemplado en el apartado 2 del artículo 6.

El recurso deberá presentarse ante las autoridades del Estado miembro en que se haya adoptado o solicitado la decisión».

---

<sup>1</sup> Algunas Sentencias del TJCE en relación a este tema son: STJCE 11/02/71, Asunto 39/70, Recp. 49; STJCE 19/11/91, Asuntos Acumulados C-6/90 y C-9/90, Págs. I-5357-5418.

Debido a la complejidad y extensión del artículo que nos ocupa me parece más adecuado ir desmembrando y analizando por separado cada uno de los puntos de interés.

## 1. Concepto de decisión

La actividad aduanera se concreta en decisiones por ser la manifestación de una actividad administrativa. Tales decisiones pueden resultar lesivas a los intereses o derechos de los destinatarios, o al menos éstos entenderlo así; en este caso tendrían derecho a recurrir la decisión que les resulta lesiva.

El concepto de decisión es muy amplio por lo que debemos preguntarnos qué es lo que queda incluido en él. Lo que el Título VIII del CA señala realmente es que se podrán impugnar todas las decisiones de las autoridades aduaneras relativas a la aplicación de la normativa aduanera, incluidas, las decisiones a que se refiere el art. 6.2 CA. Quedarán, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de estos recursos las decisiones adoptadas por las autoridades aduaneras en virtud de la legislación penal (art. 246 CA). Algunos ejemplos de actos o decisiones aduaneras son:

- Decisión por la que se da curso a una solicitud de devolución (art. 239 CA).
- Determinación del importe de la deuda aduanera (art. 189 CA).
- Exigencia por las Autoridades aduaneras de la constitución de una garantía (art. 217 CA).
- Decisión por la que se condona total o parcialmente la contracción de un importe de derechos de importación o exportación que no se haya pagado (art. 235 CA).
- Orden dada por la Autoridad aduanera de destrucción de cierta mercancía (art. 182 CA).

La Sección 2 del Código Aduanero (arts. 6 a 10) recoge aspectos sobre las decisiones relativas a la aplicación de la normativa aduanera, tales decisiones son lo que en el Derecho administrativo se conoce como «resoluciones» y «actos». A través de los actos administrativos la Administración formaliza su función gestora con repercusión directa o indirecta en los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos; además el acto administrativo facilita el control judicial de la actividad administrativa que sea jurídicamente relevante. GARCÍA DE ENTERRÍA define el acto administrativo como la *«declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de*

*una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*»<sup>2</sup>. Zandroni estableció en términos parecidos la definición de acto administrativo comunitario; su célebre fórmula reza así: «*toda manifestación de voluntad, juicio, deseo o conocimiento emanado de una institución comunitaria de carácter ejecutivo en el ejercicio de una potestad administrativa diferente de la reglamentaria*»<sup>3</sup>.

Por «decisión» tenemos que entender tanto los actos de trámite a que se refiere el art. 107 LRJAP y PAC («*los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión*»), como las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa. El art. 109 LRJAP y PAC enumera las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos ordinarios; b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el art. 107.2 de la misma Ley; c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico; d) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

En conclusión, un acto aduanero o decisión de la Autoridad aduanera (independientemente de que sea dictada a solicitud de la parte interesada o de oficio por la propia Administración) abarca toda resolución que ponga fin al acto administrativo, aunque sea posible acudir a la vía judicial, y todo acto de mero trámite siempre que se dé alguno de los requisitos arriba mencionados:

- haga imposible la continuidad del procedimiento.
- produzca indefensión.

## 2. Legitimación para interponer el recurso

El Art. 243 CA establece de la forma más amplia posible la legitimación activa para interponer recurso al señalar que podrá hacerlo «*toda persona que estime que una decisión de las Autoridades aduaneras relativa a la aplicación de la normativa aduanera lesiona sus derechos siempre que ésta le afecte directa e individualmente*». En el artículo que nos ocupa también se legitima para interponer recurso a aquella **persona que haya solicitado una decisión** relativa a la aplicación de la normativa aduanera **pero no haya conseguido que las Autoridades aduaneras a quienes se lo solicitó se pronuncien sobre dicha solicitud en el plazo contemplado** en el

<sup>2</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «*Curso de Derecho Administrativo*». Ed. Civitas, 1995, pág. 522.

<sup>3</sup> LUCIANO PAREJO, Alfonso, y otros: «Manual de derecho administrativo comunitario». Centro de estudios Ramón Areces, 2000, pág. 205.

apartado 2 del artículo 6. En este contexto aparece solapado el silencio administrativo cuyas características y plazos analizaré dentro del art. 244 CA.

El legislador comunitario optó por una definición abierta con el fin de que pudiera ser pacíficamente aceptada y aplicable en los ordenamientos jurídicos de los quince Estados que conforman actualmente la Comunidad Europea. Por ello, una vez más, habrá que acudir a la legislación de cada Estado miembro para conocer el alcance exacto de este término. La Ley General Tributaria española establece en los arts. 166 y 167 la legitimación activa en vía económico-administrativa y las personas carentes de dicha legitimación respectivamente. En ellos se legitima para la interposición de recurso a «*los sujetos pasivos y responsables, en su caso, y a cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto administrativo de gestión [...]»*.

Lo que se pretende determinar en este punto es quién está legitimado activamente para interponer el recurso, teniendo en cuenta que el régimen de legitimaciones establecido en cada sistema jurídico varía según los condicionamientos políticos de cada sociedad, por todo ello habrá que examinar por separado:

#### A) *Alcance del concepto de «interés»*

**¿Qué es lo que queda comprendido en tal expresión en cuanto a lo que al ordenamiento comunitario se refiere?** En el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de ahora ETJCE) como regla general otorga a los Estados miembros y a las instituciones de la comunidad la posibilidad de intervenir en los litigios planteados ante la jurisdicción comunitaria sin que sea necesario para su participación que se justifique un interés en la cuestión de litigio (art. 37.1 ETJCE). Sin embargo, en el art. 34 ETJCE se establece una excepción a lo expuesto anteriormente pues en esos supuestos será necesario justificar un interés al intervenir. Los particulares también tienen derecho a intervenir en un litigio sometido ante el Tribunal (siempre y cuando no se traten de litigios entablados entre Estados miembros, entre instituciones comunitarias, o entre instituciones y Estados miembros) siempre que demuestren un interés en la solución del litigio (art. 37.2 ETJCE). El interés deberá examinarse caso por caso ya que no vale con un mero interés indirecto.

**¿Cuál es su alcance dentro del ordenamiento jurídico español?** Partimos de la base de que el derecho a la jurisdicción comprende tanto un derecho general de accionar, es decir, de promover, continuar y agotar la actividad jurisdiccional en relación con un concreto asunto; como un derecho general de excepcionar, o sea, un derecho a reclamar tal actividad con una finalidad contraria. El concepto de legitimación no se for-

mula explícitamente en el texto constitucional, con respecto a la jurisdicción ordinaria, aunque sí aparece explícitamente formulado en relación a la jurisdicción constitucional. De hecho, el art. 24.1 Constitución Española (CE) establece el derecho a la tutela judicial efectiva para que cada sujeto pueda defender sus derechos e intereses legítimos.

El alcance del «interés legítimo» viene siendo definido en diversa jurisprudencia y ha sido objeto de transformación; ya que en S.T.S 22-10-66 se entendió como «*aquel interés que surge de un acto o disposición que no sea lejano, derivado, ni indirecto*». Sin embargo, en sentencias posteriores, como la S.T.C 60/1982, de 11 de octubre y la S.T.C 62/1983, establecen una legitimación basada en el concepto más amplio posible de «interés legítimo» estableciendo que «*éste podrá ser directo o indirecto; siendo suficiente un interés protegido por el derecho*» que no hace falta que derive de una norma jurídica pues se considera suficiente que derive de un contrato firmado».

### B) Significado de la expresión «afectación individual»

Aclarar este punto es de gran importancia porque tanto la personalidad procesal como la capacidad procesal son requisitos ineludibles para la admisibilidad y validez del procedimiento. Por ello, no puede haber una sentencia que resuelva una controversia si el procedimiento no se ha seguido entre partes que tengan capacidad para serlo y capacidad para obrar procesalmente. Ambos requisitos han de existir tanto en el momento de iniciarse el procedimiento como a lo largo del mismo. Otra peculiaridad es que la posible carencia de alguno de esos dos elementos se examinará dentro del procedimiento mismo.

Nuestra normativa recoge el concepto de interesado de una manera más amplia que la establecida en el propio CA, pues en el art. 31 LRJAP y PAC se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- «quienes lo promueven como titulares de derechos o intereses legítimos individuales».
- «aquellos cuyos intereses legítimos, *individuales o colectivos*, puedan resultar afectados por la resolución y se personen[...]».

Incluso en el art. 33 LGT se considera como sujetos pasivos de los tributos a los entes sin personalidad jurídica. La razón se halla en que el legislador se da cuenta de que estos sujetos pueden realizar los supuestos de hecho gravados por la ley, y aunque carezcan de personalidad jurídica nada impide que hagan frente a las obligaciones tributarias. Tal artículo cita:

«Se considerarán como sujetos pasivos sin personalidad jurídica, en las leyes tributarias en que así se establezca,

- Las herencias yacentes,
- Comunidades de bienes.
- Y demás entidades, que carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición».*

*En conclusión si se considera a estos entes como sujetos pasivos de una obligación se les está reconociendo a su vez la posibilidad de que interpongan recurso ante un acto que consideren que le resulta lesivo.*

La interpretación literal del término «individualmente afectados» establecido en el art. 243 CA puede hacer pensar que se excluye la posibilidad de que asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos puedan interponer un recurso contra un acto administrativo, en este caso contra un acto aduanero. En mi opinión este artículo no debe interpretarse de forma tan estricta pues «individualmente» no debe limitarse exclusivamente a individuo o persona física sino que también abarca cualquier entidad o persona jurídica cuyos intereses se hayan visto de algún modo lesionados. Esta intención queda claramente recogida en el art. 4 CA, pues en él se da una definición de «persona» que incluye tanto a personas físicas y jurídicas como las asociaciones de **personas con capacidad reconocida para realizar actos jurídicos sin tener el estatuto legal de persona jurídica**, cuando así lo prevea la normativa vigente. Como se puede observar este artículo 4 CA da una definición de persona muy cercana, cuando no similar, del art. 33 LGT antes citado.

En conclusión, la expresión «individualmente afectado» no es, a mi entender, la más apropiada ya que puede dar lugar a falsos equívocos derivados de una interpretación literal. Probablemente el legislador comunitario al utilizar este término tiene simplemente como objetivo intentar recalcar y destacar que podrá recurrir aquel sujeto que vea sus derechos o intereses dañados de algún modo. Lo que causa el perjuicio debe afectar a su esfera personal o de actuación, no pudiendo, por ejemplo, recurrir por algo que lesione a una colectividad si el propio sujeto que va a recurrir no se encuentra lesionado o no pertenece a la colectividad que entiende sus intereses lesionados de forma directa.

### C) *El derecho de representación*

Tal y como expresa GONZALO GALIANO MARTOS<sup>4</sup> «en el comercio internacional no es normal ni frecuente la intervención directa del sujeto pasivo o contribuyente ante la Aduana y en las operaciones aduane-

<sup>4</sup> GONZALO GALIAN, MARTOS: «El derecho de “representación” y sus consecuencias en el pago de las liquidaciones practicadas en la aduana. Posición específica del Agente de Aduanas» *Crónica Tributaria*, N.º 72/1994.

ras por dos razones básicas: la localización geográfica de las Oficinas de Aduanas —con frecuencia alejadas del destino final de las mercancías y destinatarios— y la complejidad técnica de la propia legislación y declaración aduanera, inasequible para el común de los operadores económicos».

De aquí que una gran proporción de las operaciones aduaneras se lleven a cabo por los en ellas interesados valiéndose o haciéndose representar por terceras personas. Tal representación se puede conferir a un profesional en el ámbito del derecho aduanero, AGENTE DE ADUANAS, figura que no se regula de manera idéntica en todos los Estados miembros; en consecuencia el TJCE ha conocido de diversas consultas realizadas al respecto, sobre todo por parte de Italia como veremos más adelante<sup>5</sup>.

En el tema de la representación tenemos que remitirnos al Código Aduanero pues es en esencia la reglamentación básica; dicho Código fue aprobado mediante Reglamento por lo que no necesita ser transcrito por ninguna norma nacional (como habría ocurrido en caso de Directiva). La existencia de una norma comunitaria básica, que es a su vez desarrollada por normas comunitarias complementarias, como el propio Reglamento de aplicación del Código, no excluye el hecho de que a nivel nacional se establezcan disposiciones sobre aquellas materias que de forma expresa se dejaron a la competencia normativa nacional.

Es aquí donde entran en juego una serie de normas nacionales, por ejemplo el Real Decreto 1889/1999 de 13/12/1999, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones de aduanas (BOE. 28/12/1999) y la Orden de 9/06/2000 por la que se regula el derecho a efectuar declaraciones de aduana (BOE. 24/06/2000). El art. 5 CA constituye la normativa básica sobre la representación y establece que ésta puede ser «directa» (cuando el representante actúe en nombre y por cuenta ajena), o «indirecta» (cuando actúe en nombre propio pero por cuenta ajena<sup>6</sup>). Por tanto

---

<sup>5</sup> Para más información sobre este tema acudir a GARCÍA GALLEGO, J.C.: «La unión aduanera, diez años después», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 13, pp. 55-125.

<sup>6</sup> Me parece interesante incluir por su relación con el tema tratado una Consulta de la Dirección General de Tributos de 2-4-97, en la que se planteó la siguiente cuestión: «*Necesidad o no de nombrar representante fiscal para la liquidación y pago de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), así como la posibilidad de que pueda adquirir tal carácter el propio Agente de Aduanas*». A esta cuestión se contestó argumentando que «en relación con este tributo, y mientras un empresario o profesional no realice en España otros hechos imposables de los que sea sujeto pasivo, distintos de las importaciones de bienes, su representante fiscal podrá ser el Agente de Aduanas que le facilite las gestiones correspondientes al despacho de la mercancía ante la Aduana; así viene establecido en el art. 5 RA.[...]. Cuando un empresario o profesional realice en España hechos imposables de los que sea sujeto pasivo, sin estar establecido en el territorio de aplicación del Impuesto, deberá nombrar un representante fiscal, que



la representación es una facultad que se otorga al propio consignatario o expedidor de la mercancía de una declaración ante la aduana, quien posee libertad para presentarla por el mismo sin intermediación de terceros o por mediación de un representante. Sin embargo, el ya citado art. 5 CA autoriza a los Estados miembros para que limiten el derecho a efectuar en su territorio declaraciones de aduana, y es por ello que el Real Decreto 1889/1999 reserva la representación directa a favor de agentes y comisionistas de aduanas colegiados.

La Orden de 9/06/2000 viene a desarrollar el Real Decreto mencionado en líneas anteriores y determina los requisitos a cumplir para poder actuar ante las aduanas y reza del siguiente modo:

- Declaración efectuada por los propios consignatarios o expedidores de las mercancías, sin intermediación de terceros:** La facultad de presentar declaraciones ante la aduana se limita a las mercancías relacionadas con la actividad empresarial del declarante. Tal declarante debe estar establecido en la Unión Europea donde deberá disponer de un establecimiento en el que se centralice su gestión administrativa y dirección de su actividad empresarial. Las mercancías presentadas deben responder a su actividad empresarial y deben estar consignadas por él o ser a él expedidas, la documentación exigible para el despacho aduanero deberá ser girada a su nombre (si la empresa declarante fuere una persona jurídica debería ser formalizada la declaración por una persona física, en su propio nombre y a cuenta de la empresa<sup>7</sup>). El art. 5 CA cita textualmente «*en las condiciones establecidas en el apartado 2 del art. 64 y a reserva de las disposiciones adoptadas en el marco de la letra b) del apartado 2 del art. 243, toda persona podrá hacerse representar ante las autoridades aduaneras para la realización de los actos y formalidades establecidos en la normativa aduanera*».
- Representación directa:** Es la reservada a Agentes y Comisionistas de Aduanas (los Agentes de Aduanas), los cuales deben poseer una habilitación del Departamento de Aduanas e Impuestos Espe-

---

podrá ser el Agente de Aduanas que le facilite las gestiones correspondientes al despacho de mercancía ante la Aduana. En el caso planteado al existir una importación seguida de una posterior entrega, el representante fiscal deberá estar en condiciones de cumplimentar las obligaciones que corresponden al sujeto pasivo en relación con ambos hechos imponibles. Su nombramiento exige, por una parte, una comunicación a la Administración Tributaria justificando debidamente el poder otorgado por el importador, y por otra, que la comunicación se realice con anterioridad a la realización de las operaciones sujetas».

<sup>7</sup> Art. 3 CA: «*deberá tratarse de personas que se hallen al servicio exclusivo de la persona jurídica mediante una relación laboral estable*».

ciales para el ejercicio de su profesión. El poder que se confiere a los Agentes puede ser para una única declaración o con carácter global. Se da una novedad en relación a este último punto pues el poder global registrado en una aduana puede surtir efecto ante otras aduanas ante las que realice su actividad el Agente de Aduanas. Por último, añadir que, salvo expresa prohibición del mandante, el poder de representación puede ser subdelegado en otras personas dependientes del Agente y que se hallen a su exclusivo servicio (art. 12).

- Representación indirecta:** En este caso el representante presenta la declaración en nombre propio pero por cuenta del mandante. En los arts. 16 a 22 CA, se establecen las características que debe reunir el representante indirecto y se hace una diferenciación entre la representación por persona jurídica o física.

En el artículo 5.4 CA se establece que el representante deberá declarar que actúa por cuenta de la persona representada, precisar si se trata de una representación directa o indirecta y poseer un poder de representación; en caso contrario se entenderá que actúa en nombre y cuenta propia. De este modo, podemos concluir que:

- a) Si el Agente de Aduanas —como representante— no declara expresamente tal condición así como el tipo —directa o indirecta— de representación, o bien, aun declarándolo no cuente con título formal que así lo acredite, el CA le presume declarante en «nombre propio y por cuenta propia» y como consecuencia, único deudor ante la Aduana, **sin ninguna obligación o implicación de pago para el teórico representado** (art. 5.4 CA).
- b) Cuando el Agente de Aduanas actúa con representación directa (en nombre y por cuenta ajena), **el único deudor es el representado o sujeto pasivo**, quedando tal Agente exonerado de obligación de pago alguno. Además, la garantía que en su caso se exija deberá ser presentada por el deudor, aunque según el art. 14 se permite también que sea constituida por un tercero en su lugar y nombre.
- c) Por el contrario, si el Agente opera con representación indirecta (en nombre propio pero por cuenta ajena), tanto el Agente como el sujeto pasivo son designados codeudores solidarios. Para este supuesto el art. 22 establece que la garantía podrá ser prestada tanto por el declarante como por la persona por cuenta de quien se realiza la declaración.

Por último, hacer mención a la Resolución de 12/07/2000, del departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Ad-

ministración Tributaria, relativa al derecho a efectuar declaraciones de aduanas (BOE. 3/08/2000) cuya finalidad es dictar normas de desarrollo del Real Decreto antes analizado y que dispone una serie de concreciones en cuanto a la forma de cumplir las condiciones exigidas en la normativa ya expuesta.

Pasaremos a analizar una Sentencia del Tribunal Supremo que nos puede ilustrar sobre el alcance de la responsabilidad del Agente de Aduanas (Stc. 14-3-1990):

#### **Antecedentes de hecho**

«La empresa «X. S.A.» efectuó la importación de determinadas mercancías, para los que encomendó su despacho de derechos arancelarios a un Agente de Aduanas, que lo realizó a través de las correspondientes declaraciones de importación. Finalizadas tales operaciones, la Aduana expidió los oportunos «levantes» de la mercancía, autorizando su retirada por el Agente de Aduanas, que la entregó a la actora la cual satisfizo al Agente el importe de las cuotas tributarias liquidadas.

Posteriormente, «X. S.A.» fue requerida directa y formalmente por la Administración para el pago de aquellos mismos derechos arancelarios, a consecuencia de que el Agente de Aduanas había desaparecido, sobreesiendo la totalidad de sus pagos, sin verificar el ingreso en el Tesoro de las cantidades adeudadas por la empresa. De esta forma «X. AS» se vio obligada a ingresar en el Tesoro dicha cantidad a pesar de haber hecho la oportuna previsión de fondos al Agente para tal fin.

El 17-9-1982, «X. S.A.» dedujo solicitud de indemnización de daños ocasionados por la actuación de la Administración de Aduanas al conceder los levantes no existiendo garantía suficiente para cubrir el pago de los derechos de aduana devengados tal como dispone el art. 102 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas».

#### **Fundamentos de Derecho:**

«En reiterada doctrina del Tribunal Supremo<sup>8</sup> que se señala en esta sentencia se establece que: 1.º el importador de las mercancías es el sujeto pasivo de la obligación tributaria, en concepto de contribuyente; 2.º el Agente de Aduanas tiene el carácter de responsable subsidiario (excepto si gestiona los despachos sin autorización general, en que sería responsable solidario), por lo que sólo puede reclamársele la deuda tras la declaración de fallido del importador; 3.º la autorización del «levante de las mercancías» sin exigir el previo pago o afianzamiento de la deuda tributaria no altera la situación respectiva del contribuyente y del responsable subsidiario; 4.º la fianza a que se refiere el art. 102 de las Ordenanzas de Aduanas no elimina el beneficio de excusión al modo del art. 1856 del Código Civil, sin perjuicio de la acción que corresponda al importador que hubiese realizado la provisión de fondos; 5.º es de destacar el carácter

---

<sup>8</sup> Sentencias 25-9-1985; 28-4-1987; 23-5-1988; 13-10-1988...

puramente privado —mandato retribuido— del Agente de Aduanas como persona intermedia entre el importador y la Aduana, pero sin la cualidad de funcionario, sin que la no exigencia previa de la constitución del depósito del tributo para el «levante» exima de la obligación de pago».

#### Fallo

«Sin perjuicio de que la Aduana autorizase la retirada o levante de las mercancías sin el pago o afianzamiento de los derechos arancelarios, **el sujeto pasivo de la obligación tributaria era —y sigue siendo— «X. S.A.», y sólo subsidiariamente hubiera sido responsable el Agente, en caso de haber sido declarada fallida «X. S.A.».** Por otra parte, **la exigencia del pago de un tributo precisamente al sujeto pasivo legalmente obligado a ello, nunca puede ser constitutiva de una lesión o daño en los bienes o derechos de los particulares, derivada del funcionamiento de los servicios públicos, que pueda ser indemnizada. La Administración no tiene el deber jurídico de soportar unos daños que ella no ha causado, puesto que evidentemente la acción dañosa está en la conducta del Agente de Aduanas infiel».**

También se recoge el derecho de representación y la obligación de acreditarlo en el art. 43 LGT al decir que el sujeto pasivo con capacidad de obrar podrá actuar por medio de representante. En su apartado 2 añade que **para interponer reclamaciones, desistir de ellas en cualquiera de sus instancias y renunciar derechos en nombre de un sujeto pasivo**, deberá acreditarse la representación con poder bastante, sin embargo, para los actos de mero trámite se presumirá concedida la representación. Con este giro quería llegar a descubrir si el representante podría estar legitimado a interponer un recurso en nombre de su representado. Por la expresión subrayada del artículo 43 no parece derivarse lo contrario. De hecho son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo<sup>9</sup> en las que se reconoce la responsabilidad del agente de aduanas ya sea ésta subsidiaria o solidaria (dependiendo de los casos) y su legitimación para recurrir pero por su cuenta, no en nombre del representado.

Siendo así, el Agente de Aduanas puede reclamar o interponer recurso directamente en su propio nombre, como particular, ya que esta capacidad se le ha reconocido por el Tribunal Supremo como ya hemos visto anteriormente. También cabe la posibilidad de que el Agente de Aduanas

---

<sup>9</sup> S.T.S de 25 de septiembre de 1985; 30 noviembre de 1987: *«El Agente entra siempre en escena por obra de una previa declaración de voluntad de su cliente. Es un mediador que puede actuar por sí mismo ante la Administración aduanera[...]. La vinculación existente entre el Agente y el importador convierte a los Agentes en responsables del tributo, dentro del perímetro de esta modalidad que configura el art. 40 LGT, cuyo párrafo final de su n.º 1 autoriza y deja en vigor los otros supuestos de responsabilidad previstos en las normas reguladoras de los distintos tributos»*; 23 de mayo de 1988 entre otras.

presente recurso como representante de su cliente y en nombre de éste, en estos casos:

- si se trata de un recurso ante las propias Autoridades Aduaneras que dictaron el acto recurrido, el Agente le será suficiente un poder especial de representación tal y como se recoge en el art. 45 del Decreto 17-10-47, por el que se aprueban las Ordenanzas de Aduanas.
- si se trata de un procedimiento ante TEAR, el Agente necesitará un poder de representación especial para dicha instancia (ver R.D. 391/96).
- sin embargo, si se llega ante la vía jurisdiccional el sujeto pasivo deberá ir asistido por abogado y procurador.

El Tribunal Económico Administrativo Central ha reconocido la legitimación de los Agentes de Aduanas para recurrir ya sea como responsables subsidiarios o como responsables directos (si es que actúan en nombre propio), tal y como se establece en diversas de sus resoluciones (por ejemplo, Stc. 20/12/1972 y Stc. 22/10/1974); también se reconoce por el TJCE su legitimación.

Para concluir, me parece de gran interés analizar, aunque tal vez se desvíe algo del tema, un aspecto que ya anteriormente había dejado en el aire. Como ya se ha comentado la figura del Agente de Aduanas no se regula de igual modo en todas las legislaciones de los Estados miembros. A modo de ejemplo y dada su claridad, pasaré a analizar la STJCE de 9 de febrero de 1994 (Comisión/ Italia, Asunto 119/92, Rec. p. I-393 y ss.).

«La controversia surge debido a que en el Reglamento sobre declaración aprobado por el Consejo de 12 de diciembre de 1985, se definieron las condiciones en que una persona estaba facultada para hacer una declaración aduanera; a su vez tal Reglamento no se oponía al mantenimiento de una normativa nacional que reservara el ejercicio de la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, bien en nombre ajeno, bien en nombre propio pero por cuenta ajena. Sin embargo, la Comisión alegó que la República italiana había infringido lo expuesto en el Reglamento antes citado ya que en el art. 56 del Texto Unico se exige que la declaración aduanera sea efectuada por el propietario de las mercancías; añadiendo que se considerará como propietario a aquél que la presente en la aduana o al que la posea en el momento de entrada en el territorio aduanero o a la salida de dicho territorio. Con la aparición de “propietario” se pueden crear dudas e inseguridad jurídica. Lo correcto sería que en los ámbitos cubiertos por el Derecho comunitario, las normas nacionales se deberían formular de manera inequívoca para que las personas puedan conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y para que los órganos nacionales puedan garantizar su observancia.

Además la legislación italiana presenta otras incongruencias en relación a la legislación comunitaria porque aquélla reserva la representación a los Agentes de Aduanas, sin prever expresamente como se exige en el propio Reglamento la posibilidad de que una persona declare una mercancía en nombre propio y por cuenta ajena. Por último, la República Italiana no exige las mismas cualificaciones a los empleados encargados de hacer declaraciones de aduanas y a los profesionales independientes.

Todo ello concluyó con una declaración del TJCE que señalaba que la República Italiana había incumplido las obligaciones que le incumben en relación al Reglamento de declaraciones. En conclusión, una vez más surge la necesidad de que las legislaciones nacionales se adecuen a lo establecido en el ordenamiento comunitario».

### 3. Recursos administrativos

Art. 243.2 CA. «El derecho de recurso podrá ejercerse:

- a) en una primera fase, ante las autoridades aduaneras designadas al efecto por los Estados miembros.
- b) en una segunda fase, ante una autoridad independiente que podrá ser una autoridad judicial o un órgano especializado equivalente, con arreglo a las disposiciones vigentes en el Estado miembro.»

La existencia de los recursos administrativos tiene como fin potenciar la apertura de una vía de revisión de la actividad administrativa y también evitar que la Administración se vea sorprendida por recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta teoría también es válida en lo referente a los actos tributarios y a las decisiones de las autoridades aduaneras. Esto es así porque el art. 243 CA establece la facultad de recurrir las decisiones de las autoridades aduaneras a toda persona que estime lesionados, directa y personalmente, sus derechos por dichas decisiones.

#### A) *Ante las Autoridades Aduaneras*

Para el estudio de la revisión, atenderemos en primer lugar, que el art. 243 establece el recurso en dos fases. En la **primera fase** indica que se realizará ante las autoridades aduaneras designadas al efecto por los Estados miembros. Este recurso podemos entender que se haya inscrito en el art. 160 de la Ley General Tributaria (LGT) que en su punto 1 reconoce el derecho al recurso de reposición, determinándolo como potestativo y que se interpondrá ante el órgano de gestión que dictó el acto o bien la autoridad superior si así fuere establecido. También establece el desa-

rollo del recurso. Así dice que a dicho recurso se someten todas las cuestiones que ofrezca el expediente y que se entenderá tácitamente desestimado si en el plazo establecido reglamentariamente, no se ha practicado notificación expresa de la resolución recaída. La interposición del recurso, supone la suspensión de la ejecución del acto impugnado y la resolución expresa será motivada y notificada a los interesados y a la Intervención.

La LGT en su art. 90 dice que las funciones de la Administración en materia tributaria se ejercerán con separación en sus órdenes: la de gestión para la liquidación y recaudación y la de resolución de reclamaciones que contra aquella gestión se suscite, y cada función se encomienda a órganos diferentes. Las competencias de los órganos anteriores se establecerán reglamentariamente como recoge el art. 91 LGT.

Así, el Real Decreto 391/1996 de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de las relaciones económico-administrativas, establece en su art.8 las competencias del Ministro de Economía y Hacienda, al decir, que resolverá en la vía económico-administrativa: las reclamaciones en que deba oírse o se haya oído como trámite previo al Consejo de Estado; las que por su cuantía o trascendencia, considere el Tribunal Económico-Administrativo que deben ser resueltos por el Ministro; los actos extraordinarios de revisión cuando él hubiere dictado el acto. Dichas competencias, también son recogidas por el Real Decreto legislativo 2795/1980 que articula la Ley de Bases de Procedimiento Económico-Administrativo; y por el art. 18 LGT. Todas estas funciones también están basadas en la potestad que todo órgano superior de la Administración sobre su órgano inferior.

#### B) *Ante una Autoridad independiente*

En una **segunda fase**, el CA establece la posibilidad de recurrir ante una autoridad independiente que podrá ser una autoridad judicial o un órgano especializado equivalente, con arreglo a las disposiciones vigentes en el Estado miembro. Dentro de estas autoridades independientes, en el ordenamiento español nos encontramos, en primer lugar el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) y los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales. Las competencias de dichos Tribunales estaban reconocidas por los arts. 9 y 10 del RD. 391/1996 y por los arts. 5 y 6 del RDL 2795/1980, modificados por la Ley 1/1998 de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los contribuyentes, en cuya exposición de motivos justifica la necesidad de establecer una Ley que contenga los derechos y garantías de los contribuyentes, como medio de reforzar el principio de seguridad jurídica.

Dicha Ley modifica expresamente el RDL 2795/1980 de 12 de diciembre, en sus artículos 5 y 6. Tras la modificación el TEAC conocerá:

A) en **única instancia**:

- de las reclamaciones económico-administrativas dictadas por los órganos centrales del Ministerio de Economía y Hacienda en otros Departamentos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de las Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de la Administración general del Estado, o por los órganos superiores de la Administración de las Comunidades Autónomas.
- de las reclamaciones económico-administrativas dictadas por los órganos centrales del Ministerio de Economía y Hacienda en otros Departamentos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, o por los órganos superiores de la Administración de las Comunidades Autónomas no comprendidos en el párrafo anterior cuando, aun pudiendo presentarse la reclamación en primera instancia ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional o Local correspondiente, la reclamación se interponga directamente ante el TEAC.

c) en **segunda instancia**:

- de los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales.
- de los recursos extraordinarios de revisión y de los de alzada que se interpongan para modificación de criterios.

Las competencias de los Tribunales Económicos-Administrativos Regionales y Locales (TEAR y TEAL) se establecen en el art. 6 y dice que conocerán:

- A) en **única instancia**, de reclamaciones económico-administrativas que se interpongan contra los actos dictados por los órganos periféricos de la Administración General del Estado, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado y por los órganos de la administración de las CCAA no comprendidas en el punto primero del art. 5, cuando la cuantía de la reclamación sea igual o inferior al valor que se fijó reglamentariamente.



B) en **primera instancia**, de las reclamaciones que se interpongan contra los actos administrativos dictados por los órganos mencionados en el párrafo anterior cuando la cuantía de las reclamaciones sea superior al valor que se fija reglamentariamente.

Las cuantías fijadas para las reclamaciones económico-administrativas serán:

- con carácter general de 25.000 Ptas.
- de 300.000 Ptas. cuando los actos impugnados correspondan a liquidaciones, resoluciones, comprobaciones y actos relacionados en dicha ley.

El sistema de recursos se completa con el recurso extraordinario de revisión, regulado por el art. 171 LGT, que tiene como característica el ser un recurso de carácter extraordinario, por lo que solamente es admitido en supuestos estrictamente tasados por la ley y no admite cualquier otro tipo de motivo o tipo de infracción. El recurso se interpondrá por los interesados o por la representación del Estado contra los actos de gestión y las resoluciones de reclamaciones económico-administrativas firmes, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que exista manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados; que aparezcan documentos esenciales para la resolución de la reclamación ignorados al dictarse o de imposible aportación entonces al expediente; que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior, siempre que el interesado desconociese la declaración de falsedad; y que la resolución se hubiere dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme. Para este recurso sólo es competente el TEAC, y los plazos serán de cuatro años a la fecha de la notificación de la resolución impugnada cuando se haya dictado en manifiesto error de hecho y de tres meses a partir del desestimiento de los documentos o desde que quedó firme la sentencia judicial en los demás casos.

### C) *Recurso Contencioso-Administrativo*

El CA en el art. 243, apartado b) admite el recurso ante una autoridad judicial. Este recurso en el caso español sólo puede realizarse por medio de recurso contencioso-administrativo. Su existencia tiene como fin la integración de la justicia administrativa en el sistema judicial común. Se regula por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27/12/1956, abarca todos los conflictos en que son parte directa

las Administraciones Públicas, y también, sobre conflictos entre particulares en cuestiones prejudiciales u otro carácter con ocasión de acto administrativo.

No reviste ninguna especialidad el que el acto haya sido dictado por una autoridad tributaria, por lo que su competencia está recogida en su art. 1, que reconoce a la jurisdicción Contencioso-Administrativa las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley.

El supuesto más común y frecuente es el de la impugnación por un particular del acto de una Administración Pública, que asume el papel de demandada, si bien, pueden existir otras posibilidades menos frecuentes. En cuanto a la capacidad procesal, la tienen las personas físicas y jurídicas a las que se la reconoce la Ley de Enjuiciamiento Civil, la mujer y los menores de edad en defensa de sus derechos cuyo ejercicio esté reconocido por el ordenamiento jurídico-administrativo. La norma general en cuanto a la representación y defensa es que las partes deben conferir la representación a un Procurador o valerse de Abogado con poder al efecto; la Administración estará representada por los Abogados del Estado.

Es objeto de dicho recurso, todo acto expreso o presunto, o una disposición general. El recurso se inicia a través de un escrito, llamado de interposición, que sirve para precisar cuál es el acto requerido, impedir su firmeza y fijar la cuantía del recurso. Una vez identificado el acto, el Tribunal requerirá de la Administración el expediente administrativo, a la vista del cual se han de formalizar posteriormente las alegaciones de fondo y precisar las pretensiones sobre las que se pide pronunciamiento.

El plazo es de 2 meses. Posteriormente se procede a la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el de la Provincia. Recibido el expediente y examinado por el Tribunal, si se considerase necesario, se abre un proceso de admisión o de indagación si el tribunal considera su falta de jurisdicción; no haberse interpuesto recurso previo de reposición; haber caducado el plazo de interposición. El trámite prosigue con el emplazamiento de los demandados coadyuvantes.

El recurso contencioso-administrativo finaliza con el dictado de la sentencia, en la que el Tribunal decide sobre las cuestiones controvertidas en el proceso y en su fallo determinará, bien la inadmisibilidad del recurso o bien, su estimación o desestimación. Cabe recurso de apelación ante un Tribunal superior, cuando el recurso es resuelto en primera instancia.

Hay tres materias que revisten especial interés para el ámbito tributario:

- la regla «solve et repete», por la cual un particular se aviene previamente al pago que se discute para la liquidación de un acto administrativo; su existencia reside en el art. 52.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- La inejecución de sentencias por detrimento grave de la Hacienda Pública, que debe ser acordada por el Consejo de Ministros con carácter extraordinario y fundarse en las causas que taxativamente enumera la Ley.
- El proceso de lesividad; se produce cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiese demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que se hubiere dictado.

### III. ALCANCE DEL ARTÍCULO 244 CA

«La interposición del recurso no suspenderá la ejecución de la decisión impugnada.

No obstante, las Autoridades aduaneras ordenarán la suspensión total o parcial de la ejecución de dicha decisión cuando tengan razones para dudar de la conformidad de la decisión impugnada a la normativa aduanera o cuando pueda temerse en daño irreparable para el interesado.

Cuando la decisión impugnada tenga como efecto la aplicación de derechos de importación o de derechos de exportación, la suspensión de la ejecución de la decisión se supeditará a la constitución de una garantía. No obstante, podrá no exigirse dicha garantía cuando ello pudiera provocar graves dificultades de índole económica o social, debido a la situación del deudor».

#### 1. Suspensión de una decisión aduanera

Para analizar este punto me voy a servir de dos sentencias del TJCE (STJCE de 17 de julio de 1997, Asunto 130/95, I-4291; STJCE de 17 de julio de 1997, Asunto 334/95, I-4517) que de forma clara y concisa hacen un desarrollo interpretativo del art. 244 CA.

El párrafo segundo del artículo que actualmente nos ocupa se debe interpretar en el sentido de que las autoridades aduaneras suspenderán, en todo o en parte, la ejecución de una decisión arancelaria impugnada si se cumple uno solo de los dos requisitos mencionados en esta disposición, de forma que deberá concederse la suspensión cuando pueda temer-

se un daño irreparable para el interesado, incluso si no existen razones fundadas para dudar de la conformidad de la decisión impugnada con la normativa aduanera. El hecho de que el interesado pueda sufrir un daño irreparable en caso de ejecución inmediata de una decisión aduanera impugnada no impide en modo alguno a las autoridades aduaneras supeditar la suspensión de la ejecución de esta decisión a la constitución de una garantía. No obstante, si debido a la situación del deudor, el requisito de constituir la garantía puede provocarle graves dificultades de índole económica o social por no disponer de medios suficientes, las autoridades aduaneras están facultadas para no exigir la constitución de tal garantía.

Siendo así la STJCE de 17 de julio de 1997 (Asunto 130/95, I-4292) establece:

«El hecho de que el interesado pueda sufrir un daño irreparable en caso de ejecución inmediata de una decisión aduanera impugnada no impide en modo alguno a las Autoridades aduaneras supeditar la suspensión a la constitución de una garantía. [...]. Aunque a tenor del art. 244 CA, el requisito de la existencia de un posible daño irreparable constituye un motivo que justifica suspender la ejecución de una decisión impugnada, este requisito no tiene ninguna relevancia en relación con la necesidad de constituir una garantía.

Pero, si debido a la situación del deudor, la constitución de una garantía puede provocar graves dificultades de índole económica y social, las Autoridades aduaneras están facultadas para no exigir tal garantía. Así sucede cuando el deudor no dispone de medios suficientes que le permitan constituir tal garantía.

El importe de la garantía se fijará en un nivel equivalente al importe exacto de la deuda o, si éste no puede determinarse de forma cierta, en un nivel equivalente al importe más elevado de la deuda que ya exista o que pueda originarse, a menos que el requisito de constituir garantía pueda provocar al deudor graves dificultades de índole económico y social; siendo éste el caso el importe de la garantía se fijará teniendo en cuenta la situación económica del deudor, en un nivel inferior al importe total de la deuda de que se trate».

El Asunto C-334/95 I-4517, STCE de 17 de Julio de 1997, añade los supuestos estrictamente tasados en que un órgano jurisdiccional puede suspender la ejecución de una decisión administrativa nacional basada en un acto comunitario, y que son: 1) Cuando este órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto normativo comunitario, y en el supuesto de que no se haya sometido al TJCE la cuestión de validez del acto impugnado, la plantee él mismo. 2) Cuando exista urgencia, en el sentido de que las medidas cautelares sean necesarias para evitar que la que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable. 3) Cuando el ór-

gano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad. 4) Cuando, en la apreciación del cumplimiento de todos los requisitos, el órgano jurisdiccional nacional respete las sentencias del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia dictadas sobre la legalidad del Reglamento o el auto de medidas provisionales relativo a la concesión, en la esfera comunitaria, de medidas provisionales similares.

En nuestro ordenamiento jurídico la suspensión se regula de forma muy similar recogiendo diversas maneras de alcanzar la suspensión:

**1. Cuando se aporten las garantías previstas en el artículo 75 del RPREA (Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo, aprobado por el RD 1391/1996).** En estos casos la suspensión podrá ser:

- AUTOMÁTICA, cuando la suspensión se solicita y se aportan algunos de los medios de afianzamiento expresamente enumerados con el carácter de *numerus clausus* en el apartado 6 del art. 75 RPREA.<sup>10</sup>
- DECIDIDA LIBREMENTE POR EL TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO, cuando el interesado, en su petición, justifique que la ejecución inmediata del acto impugnado le va a causar perjuicios de imposible reparación, y a su vez ofrezca garantía suficiente de cualquier tipo, distinta de la que produce la suspensión automática.<sup>11</sup>

**2. Cuando se dé la suspensión sin prestación de garantías**

Se permite que las Entidades acreedoras acuerden discrecionalmente, a instancia de parte, la suspensión del procedimiento aun sin prestar garantía alguna, cuando el recurrente justificase en su solicitud la imposibilidad de prestarla o demostrase de forma fehaciente la existencia de errores materiales o aritméticos así como en los casos recogidos en el art. 76 RPREA.

Lo cierto es que lo anterior aparecía regulado en el art. 14.4 de la LHL después reformada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Por ello, hasta fecha reciente no era posible la obtención de la suspensión sin prestación de garantía en el procedimiento económico-administrativo; mientras sí era posible en otros ámbitos como, por ejemplo, en el recurso de reposición local. Fueron muchas las críticas vertidas ante esta situación, así que finalmente se reconoció la aplicación de la suspensión; basándose en la redacción del art. 9.2

---

<sup>10</sup> A modo de ejemplo citaré algunas Sentencias al respecto: S.T.S. de 27 de marzo de 1984 (RJ 1984, 2892) y de 28 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1476), Auto del T.S. de 30 de abril de 1991.

<sup>11</sup> S.T.S de 25 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7589), 8 de Marzo de 1996 (RJ 1996, 2115), 15 de julio de 1998 (RJ 1998, 6346)...

LGT que indica: *«tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del Derecho administrativo y los preceptos del Derecho común».*

Se faculta a la administración aduanera —o a los Tribunales, como deduciremos en el apartado siguiente— para no exigir la garantía cuando de tal exigencia puedan derivarse, debido a la situación del deudor, graves dificultades de índole económico y social. Ni que decir tiene que la determinación de la existencia de tales dificultades y su alcance económico y social es una puerta abierta a la discrecionalidad.

Como un medio de evitar esta discrecionalidad en varias sentencias se establece la necesidad de motivación, como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>) de 14-11-1987, en la que se señala:

«La facultad discrecional de los Tribunales Económicos-Administrativos para acordar o denegar la suspensión de los actos impugnados según el Reglamento de 26-11-59 (R. 1671 y N. Dicc. 18449) —ya derogado— precisó que ello no equivalía a denegar, por simple impreso y sin razonamiento alguno, esa suspensión, sino que debía mediar un razonamiento suficiente para poder fiscalizar las Salas de la Jurisdicción, si se daban o no los hechos que determinaron la negativa.»

Como conclusión, cabe destacar que tanto en la legislación comunitaria como la nacional reconocen la posibilidad de suspender el acto administrativo, en este caso el acto aduanero, tras la prestación de la adecuada garantía, y en casos excepcionales se reconoce la suspensión aun sin la necesidad de su prestación (art. 76 RPREA). Citaré a continuación las conclusiones extraídas de una Sentencia del TJCE de 21/02/1991 (Asuntos Acumulados C-143/88y C-92/89, recp. I-415) en la que se indica que *«el Código regula la suspensión de la ejecución de los actos aduaneros cuando éstos son impugnados por los particulares en el ejercicio del derecho de recurso».* También destaca que *«el interés comunitario sobre este aspecto se explica en tanto en cuanto que la suspensión de la eficacia del acto impugnado supone la inaplicabilidad temporal de una norma comunitaria»*, la norma aduanera; ello a su vez tiene consecuencias secundarias sobre unos ingresos que constituyen recursos propios de la Comunidad.

## 2. Autoridades facultadas para otorgar la suspensión

Tal y como hemos visto el CA concede tal facultad a las Autoridades aduaneras cuando éstas tengan reservas en cuanto a la legalidad de la decisión impugnada. Pero cabe plantearnos ahora si tal facultad corresponde solamente a tales Autoridades aduaneras, o si se extiende también a aquélla a quien le corresponda la resolución del recurso o incluso a todas

las autoridades a las que se refiere el art. 243. 2b. En mi opinión, la interpretación más correcta sería la más extensa que abarcaría a todas, ya que la disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la LRJAP y PAC establece que los procedimientos tributarios y la aplicación de tributos se regirán por la Ley General Tributaria, [. . .], y supletoriamente por las disposiciones de la presente Ley. Y siendo así el art. 111 de la misma reza:

*«el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62.1 de esta Ley».

### 3. Efectos de la suspensión

Si la resolución resulta ser **estimatoria** a favor del recurrente, se le deberá devolver la garantía en el caso de haberse prestado y la Administración paga los costes que le haya generado al recurrente la prestación de la garantía.

Si la resolución resulta ser **desestimatoria** el recurrente deberá pagar la deuda más el interés de demora más, en su caso, la sanción del 5% si el órgano económico-administrativo aprecia mala fe o temeridad. Si no se pagase se ejecutaría la garantía.

### 4. El silencio administrativo

A pesar de que este punto está tratado en el art. 243 CA, me parece más coherente hacer el comentario dentro del artículo 244 CA. En el art. 243 CA se nombra el silencio administrativo para establecer *«el derecho a recurrir de la persona que haya solicitado una decisión relativa a la aplicación de la normativa aduanera a las autoridades aduaneras, pero no se ha conseguido que éstas se pronuncien sobre dicha solicitud en el plazo contemplado en el apartado 2 del artículo 6»*, es decir, se le nombra como un modo de legitimación para interponer el recurso. Sin embargo, ahora nos vamos a ocupar de todos los aspectos procesales y administrativos que rodean a esta figura con el fin de descubrir si hay alguna diferen-

cia significativa entre el silencio administrativo tal y como se concibe en nuestro ordenamiento y el existente en el ordenamiento comunitario.

De la Administración pública se exige no sólo que resuelva expresamente los expedientes administrativos sino que además los resuelva en un plazo. En mi opinión el silencio administrativo supone una defensa de los derechos del administrado ante la gran mole que representa la Administración pues es una forma de dar seguridad jurídica; ya que el administrado sabrá en cada caso si una ausencia de respuesta por parte de la Administración supone una denegación o una admisión de lo requerido, evitando así una prolongada incertidumbre en el administrado.

La LRJPAC establece unos plazos máximos dentro de los cuales se deberá resolver por la Administración tanto las solicitudes que se formulen como los recursos y reclamaciones que se interpongan, de hecho en su art. 42.2 establece que el plazo de resolución será el que se indique en la norma reguladora del correspondiente procedimiento (*«no pudiendo exceder de 6 meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga establecido por una normativa de origen comunitario»*). Cuando la normativa del procedimiento no establezca plazo alguno se considerará el de 3 meses. La referencia expresa a la normativa europea se incluyó en la reciente Ley 4/1999, de 13 de enero.

En el Derecho administrativo se atribuye al silencio el valor de una decisión de significado unas veces negativo o desestimatorio y otras estimatorio o positivo. De aquí que se hable de dos clases de silencio: negativo y positivo.

#### —*Silencio negativo*

La falta de respuesta tiene normalmente un significado negativo o de desestimación de la petición o recurso interpuesto por el particular.<sup>12</sup> Esta ficción permite que el administrado pueda acceder a la vía de recurso, administrativo o judicial; al no existir acto se inventa uno para permitir el enjuiciamiento de la actividad administrativa que se oculta tras dicho silencio. Cumpliéndose así con la regla de que el proceso contencioso necesita un acto. Sin embargo, la denegación presunta no excluye a la Administración del deber de dictar resolución expresa. Contra dicho incumplimiento se podrá realizar reclamación en queja, que servirá de recordatorio también para la posible responsabilidad, en el caso que hubiere lugar a ella, de la Autoridad o funcionario negligente. Pero también es cierto que el silencio administrativo negativo tiene cierto inconveniente

---

<sup>12</sup> PARADA VAZQUEZ, José Ramón: *«Derecho administrativo. Parte General»*, pág. 92 y ss. Ed. Marcial Pons. Madrid 1989.



para el administrado, pues no se dan las razones que motivan esa desestimación presunta.

—*Silencio positivo. La regulación general*

Como regla general se entenderá el silencio como positivo en las relaciones inter-orgánicas o interadministrativas para los supuestos en que las autorizaciones y aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Por el contrario, en las relaciones de la Administración con los particulares el silencio sólo se entiende positivo en aquellos casos en que así se establezca por una disposición expresa.

Un problema que surge con este tipo de silencio es el planteado por GARCIA ENTERRIA<sup>13</sup> y es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por medio del silencio positivo en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuere conforme a Derecho. Dicho autor recoge tres directrices jurisprudenciales:

- a) Una primera entendió, basándose en el principio de la seguridad jurídica, que producido el silencio el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos, como si hubiere recaído un acto expreso en este sentido.
- b) Una segunda, más sensible a la legalidad que a la seguridad jurídica, consideró que siendo el silencio administrativo creación de la Ley, difícilmente podía aceptarse que por esta vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía. Por ello se concluye, que el silencio suple el acto expreso pero sólo dentro de los límites de la propia Ley y hasta donde ésta permite.
- c) Finalmente, una tercera encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho.

## 5. La prescripción

La prescripción y la caducidad vienen a ser en realidad mecanismos destinados a garantizar que el interés general se satisfaga en un tiempo

---

<sup>13</sup> GARCIA ENTERRÍA, Eduardo: «Curso de Derecho administrativo I», pág. 576. Ed. Cívitas. 1995.

determinado, evitando situaciones de inseguridad jurídica a los ciudadanos. Sobre todo en Derecho público, responde a una preocupación de introducir límites temporales al poder público; de este modo, por una parte se beneficia al ciudadano ofreciéndole una mayor seguridad jurídica, y por otra, se castiga o sanciona a los funcionarios negligentes que con su pasividad no cumplen diligentemente su trabajo.

En el Derecho privado se ha utilizado como un modo de diferenciación de la prescripción y la caducidad, que la primera debe ser alegada por parte de la persona que la invoca, mientras que la segunda no estaba a la libre disposición de las partes. Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo, la prescripción debe ser declarada de oficio por la Administración o por los Tribunales (tal y como viene recogido por el propio legislador y en numerosas sentencias judiciales<sup>14</sup>).

El requisito esencial para que se produzca la prescripción es la inactividad de la Administración, por ello si ha transcurrido el plazo inicialmente previsto pero la Administración no ha permanecido en una situación de pasividad pues ha puesto toda la diligencia exigible, habiéndose frustrado su actuación por factores ajenos a la misma. La prescripción significa la pérdida de un derecho o de sus medios de tutela en general.

Como requisito para que se produzca caducidad se señala el transcurso de un plazo sin que se haya producido una determinada actuación administrativa, con independencia de que exista una voluntad procedimental por parte de la Administración para su realización. La caducidad se refiere a un acto concreto determinado por la ley, a un acto determinado de ejercicio de un derecho.

Las relaciones obligatorias de Derecho tributario se pueden extinguir por prescripción, como en general todas las obligaciones tal y como se señala en el art. 1930 C. Civil. Pero, también es cierto, que la prescripción de las obligaciones tributarias presenta algunas peculiaridades. El art. 64 LGT dispone:

*«Prescribirán a los 5 años los siguientes derechos y acciones:*

- a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.*
- b) La acción para exigir el pago de las deudas tributarias.*
- c) La acción para imponer sanciones tributarias, con la salvedad de lo establecido en la letra a).*
- d) El derecho a la devolución de ingresos indebidos».*

---

<sup>14</sup> VICENÇ AGUADO I CUDOLÁ en su obra *«Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas»* cita a modo de ejemplo las siguientes sentencias: SSTS de 13 de febrero de 1975 (ref. Ar. 471), 22 de mayo de 1979 (ref. Ar. 2032), 14 de febrero de 1988 (ref. Ar. 6741), 7 de febrero de 1989 (ref. Ar. 986), 26 de noviembre de 1996 (ref. Ar. 8700).

Otro punto a tratar es cuándo se comienza a contar el plazo de prescripción; esto aparece regulado en el art. 65 LGT estableciendo para caso señalado en el artículo 64 un inicio de cómputo distinto, así dice que en el caso:

- a) *Desde el día que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración.*
- b) *Desde la fecha en que finalice el plazo de pago voluntario.*
- c) *Desde el momento en que se cometieron las respectivas infracciones.*
- d) *Desde el día en que se realizó el ingreso indebido.*

La prescripción quedará interrumpida (art. 66 LGT) por el ejercicio de cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal por el sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del impuesto devengado. También quedará interrumpida por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, y por cualquier actuación del sujeto pasivo conducente al pago o liquidación de la deuda.

La prescripción se aplicará de oficio, sin necesidad de que sea invocada o excepcionada por el sujeto pasivo.

Después de haber observado cómo se regula la prescripción en nuestra legislación nacional cabe preguntarse si esta figura aparece igualmente regulada en la legislación comunitaria. El art. 2 del Reglamento CEE 1697/1979 (actualmente derogado por el Código Aduanero en sus arts. 221 y ss.) establecía que:

«1.—Cuando las Autoridades competentes comprueben que el total o parte de los derechos de importación o de los derechos de exportación, legalmente debidos por una mercancía declarada en un régimen aduanero que suponga la obligación de pagar tales derechos, no haya sido exigido del deudor, iniciarán una acción para la recaudación de los derechos no percibidos.

Sin embargo, *esta acción no podrá iniciarse una vez transcurrido un plazo de tres años a partir de la fecha de contracción del importe de los derechos primeramente exigidos del deudor o, si no hubiere habido contracción, a partir de la fecha del nacimiento de la deuda aduanera correspondiente a la mercancía de que se trate.*

2.—A los efectos del apartado 1, la acción de recaudación se iniciará por la notificación al interesado del importe de los derechos de importación o de los derechos de exportación de los que sea deudor».

Vemos que hay una diferencia entre ambas legislaciones en relación al tiempo necesario para que se produzca la prescripción, pues la legislación comunitaria establece un plazo de 3 años, y no de 4 como se exige

actualmente en nuestro ordenamiento nacional (art. 64 Ley General Tributaria). Llegado hasta este punto, ¿qué plazo de prescripción sería aplicable? Para resolverlo voy a acudir a las directrices que se fijan en la:

### **S.T.S. de 29 de noviembre de 1996**

#### **Fundamentos de hecho:**

«Transcurridos más de 3 años pero menos de 5 desde la fecha de contracción de la deuda (derivada de la liquidación de derechos de importación), la Aduana requiere el pago de la misma, a lo que se opone el sujeto pasivo alegando que ha prescrito el plazo establecido para proceder al cobro de la deuda aduanera, en virtud de lo establecido en el Reglamento (CEE) n.º 1697/1979.

Se interpuso reclamación económico-administrativa que es desestimada. Recurrida la Resolución en vía contencioso-administrativa ante la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el recurso resulta estimado. Finalmente el Abogado del Estado se persona ante la Sala del Tribunal del Supremo interponiendo recurso de casación para unificación de doctrina, suplicando que se anule y revoque la Sentencia recurrida y se confirme la resolución administrativa impugnada. El Abogado del Estado basa su petición invocando como precedente incompatible la Sentencia de 12 de mayo de 1992 de la misma Sala y Sección que ha dictado la Sentencia recurrida».

#### **Fundamentos de derecho:**

«Ambas Sentencias resultan contradictorias, pues llegan a pronunciamientos distintos respecto a litigantes diferentes en idéntica situación y en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, debido a la diferente interpretación que se hace del art. 2 antes mencionado. Mientras que para la Sentencia que nos ocupa el plazo de prescripción de 3 años está previsto para **proceder a la recaudación de la deuda aduanera**, con la consecuencia de que cuando tuvo lugar el requerimiento de ingreso cursado por la Aduana de Barcelona ya había transcurrido el plazo mencionado; en la Sentencia de 12 de mayo de 1992, el plazo en cuestión tiene su fundamento en la **actividad de comprobación tributaria** por lo que al requerimiento hecho al importador no era aplicable el plazo que se prevé en tal artículo, sino el de 5 (recordar que actualmente es de 4 años) años que se establece con carácter general en el art. 64 LGT».

Para la mejor interpretación de este controvertido artículo debemos acudir al Preámbulo de esta disposición comunitaria en el que se dice que la cuantía de los derechos de importación y exportación cuyo pago haya sido exigido por el deudor puede ser inferior al legalmente debido (ya sea a consecuencia de un error de cálculo o de transcripción, o por haber tomado las Autoridades correspondientes elementos de la liquidación inexactos o incompletos), en tales casos, se permitirá a dichas Autoridades que procedan a la recaudación a posteriori de la parte de los de-

rechos que sea exigible cuando comprueben que se ha cometido el error. **La recaudación a posteriori de estos derechos atenta en cierta medida contra la seguridad que los deudores tienden a esperar de los actos administrativos que tengan consecuencias pecuniarias; por ello será necesario limitar las posibilidades de acción de las autoridades competentes en la materia fijando un plazo, transcurrido el cual, deberá ser considerada como definitiva la liquidación.**

En suma, el propósito de esta disposición reglamentaria consiste en regular la recaudación a «posteriori» de los derechos de importación y exportación legalmente debidos, tanto si se deben íntegramente como si tras la pertinente comprobación se descubriese que no fueron exigidos íntegramente y se pidiera la parte que faltase. Bien es cierto que esto podría llevar al deudor a una situación de inseguridad e incertidumbre constante, por lo que en el art. 2 se establece que la acción para la recaudación de los derechos no percibidos no se podrá iniciar una vez transcurridos tres años a partir de la fecha de contracción del importe de los derechos de importación o de exportación. Se debe tener en cuenta que también se nos dice en el propio art. 2 que la acción de recaudación se iniciará por la notificación al interesado del importe de tales derechos.

Por otra parte, cuando se trate del plazo de prescripción establecido para la comprobación por las Autoridades de la corrección de los datos expresados o del importe satisfecho, en este caso será de aplicación el plazo general establecido en la legislación nacional (en nuestro caso 4 años).

## 6. Cómputo de plazos

Este punto es muy importante en el ámbito de la prescripción y el silencio administrativo, ya que para conocer desde qué momento comienzan a producir los efectos más arriba descritos es necesario saber qué días se computan y cuáles no. También es interesante a la hora de saber el plazo concreto que se concede para interponer una demanda, un recurso, contestar a una demanda, es decir, para todo tipo de actuación judicial o administrativa que esté sujeta a plazo. En conclusión, resulta imprescindible conocer desde qué momento empieza a contarse un plazo y si dicho plazo incluye los días festivos o no. Todo esto se complica más cuando nos encontramos ante el sistema de cómputo de plazos que se establece en el ordenamiento jurídico comunitario, ya que éste no tiene por qué coincidir con el nacional de cada Estado miembro.

A nivel europeo se dictó el 3 de junio de 1971 el Reglamento (CEE, EURATOM) N.º 1182/71 del Consejo, por el que se determinaban las normas aplicables a los plazos, fechas y términos. La esencia de dicho

Reglamento tal y como en él mismo se expresa antes de su articulado es «*que para conseguir los objetivos de las Comunidades, es necesario asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y, por lo tanto, determinar las normas generales aplicables a los plazos, fechas y términos*». En su artículo 2 nos define día feriado y día hábil:

1. *«Por los primeros se entenderá, para la aplicación del presente Reglamento, todos los días previstos como tales en el Estado miembro o en la institución de las Comunidades donde deba cumplirse un acto.*

*A tal fin, cada Estado miembro comunicará a la Comisión la lista de días previstos como días feriados por su legislación. La Comisión publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas las listas comunicadas por los Estados miembros, completadas con la mención de los días previstos como días feriados en las instituciones de las Comunidades.*

2. *Por días hábiles se entenderá, para la aplicación del presente Reglamento, todos los días menos los días festivos, los domingos y los sábados.*

Por su parte, el art. 3.3 del mismo Reglamento el cual nos establece como regla general que «*los plazos comprenderán los días feriados, los domingos y los sábados, salvo si éstos quedan expresamente excluidos o si los plazos se expresan en días hábiles*». Es decir, que al realizarse el cómputo se incluirán tanto los días hábiles como los no hábiles.

En el ordenamiento jurídico español la definición de días hábiles e inhábiles aparece recogida tanto en los arts. 256 a 259 LEC como en los arts. 182 a 185 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial). El art. 257 LEC menciona como días hábiles «*todos los días del año, menos los domingos, fiestas enteras religiosas o civiles y los en que está mandado o se mandare que vaquen los Tribunales*». Esto se completa por lo sentenciado en el art. 182.1 LOPJ para los días inhábiles: «*serán los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad*» y el art. 183 de la misma Ley también establece como inhábiles «*los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, exceptuando las que se declaren urgentes por las leyes procesales*».

Se puede plantear cierto problema si estamos en la necesidad de presentar unos documentos ante una instancia europea, como ya he comentado en los párrafos precedentes, podía darse la situación de que en dicho período no coincidiesen el mismo número de días hábiles según el ordenamiento nacional o el comunitario. En mi opinión, una solución apropiada ante esta disyuntiva podría ser que si el proceso ha perdido su ám-

bito meramente interno y ha alcanzado un carácter comunitario los plazos se deberían computar de acuerdo a lo establecido en la normativa comunitaria. De todos modos, en un intento de que ninguna de las partes pueda alegar desconocimiento, o para evitar posibles conflictos paralelos en relación a si este plazo había o no terminado realmente, también se podría optar por la solución, aunque tal vez sea muy idealista y poco acertada, de considerar que el plazo ha acabado cuando ya sea reconocido así por los dos ordenamientos. De este modo no cabría lugar a ninguna incertidumbre. Sin embargo, me parece más coherente la primera teoría, ya que al encontrarnos ante un litigio lo más seguro es que si una parte resulta beneficiada por la elección del plazo más largo, la otra, por el contrario, se vería perjudicada.

Ambos ordenamientos coinciden al señalar que cuando el último día de un plazo fuere inhábil el plazo se computará al finalizar la última hora del día hábil siguiente. También se recoge en el art. 3 del Reglamento antes mencionado que si el plazo aparece expresado en horas debe contarse a partir del momento en que sobrevenga un acontecimiento o se cumpliere un acto, la hora durante la cual ocurra dicho acontecimiento o se cumpliera dicho acto no se computará en el plazo; si por el contrario el plazo apareciese señalado en días, semanas, meses o años debe contarse a partir del momento en que sobrevenga el acontecimiento o se cumpliera un acto, el día durante el cual ocurra dicho acontecimiento o se cumpliera dicho acto no se computará en el plazo. Y este mismo artículo en su apartado 3.º, también regula el momento en que empieza a correr el cómputo y el momento en concluirá dicho plazo.

En último término, señalar que el sistema de cómputo de plazos se regula a su vez en los artículos 80 del RPTJ y 101 del RPTPI<sup>15</sup>, y en estos artículos se dice expresamente que «*el cómputo no se suspenderá durante las vacaciones judiciales*» a diferencia de lo recogido en la normativa española que declaraba inhábiles los días de vacaciones estivales salvo caso de urgencia (art. 183 LOPJ).

Los plazos judiciales, en el ordenamiento comunitario, **se pueden prorrogar** por la Autoridad que los haya establecido (art. 82 Reg. Proced.). Tal disposición no indica si serán prorrogables a instancia de parte interesada o de oficio, aunque entendemos que, precisamente por no hacer distinción, pueden ser prorrogados de oficio o a instancia de parte. En cambio, en nuestro Derecho, sobre todo en nuestra Ley Procesal Civil rige el principio de no prorrogabilidad de los plazos, en contra de la prorrogabilidad establecida hasta la reforma de 6 de agosto de 1984.

---

<sup>15</sup> Para más información mirar en PALACIO GONZÁLEZ, José: «*El sistema judicial comunitario*», pág. 121.

Como se puede observar, existe alguna diferencia entre los términos procesales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y el comunitario, lo que creo que puede crear alguna situación de inseguridad jurídica o de confusión por parte de los interesados. Es importante señalar la necesidad de cumplir los plazos procesales, ya que su inobservancia puede tener como consecuencia, por ejemplo, la imposibilidad de plantear recurso una vez transcurrido el plazo, o la imposibilidad de aportar documentos importantes para la causa fuera de tal plazo...

Por otra parte, me parece loable la armonización realizada por el Reglamento N.º 1182/71, de 3 de junio de 1971, anteriormente mencionado, al establecer que cada Estado miembro deberá comunicar a la Comisión la lista de los días previstos como feriados en su propia legislación. De este modo, la Comisión publicará en el *D.O.C.E.* las listas comunicadas por todos los Estados miembro, completándola con la mención de los días feriados que se establecen en las propias instituciones de las Comunidades.

#### IV. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DEL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO ADUANERO (ARTÍCULO 246 CA)

«El presente título no será aplicable a los recursos que tengan por objeto la anulación o la modificación de decisiones adoptadas por las Autoridades aduaneras en virtud de la legislación penal».

Como ya se ha indicado anteriormente, el Derecho procedimental para aplicar la normativa aduanera comunitaria es, con sus limitaciones regladas, el nacional de cada Estado miembro; por ello, lógicamente, la cuestión de los recursos cae dentro del ámbito nacional. Sin embargo, el Código Aduanero ha regulado en su Título VIII algunas cuestiones referentes a los recursos con el fin de que todos los operadores económicos de los Estados miembros tengan unas garantías mínimas para impugnar jurisdiccionalmente los actos de la Administración aduanera.

Por ello, establece en el art. 243 CA que se podrán impugnar todas las decisiones de las autoridades aduaneras relativas a la aplicación de la normativa aduanera. Quedando fuera del ámbito de aplicación de estos recursos a tenor de lo estipulado en el art. 246 CA, aquellas decisiones adoptadas por las Autoridades aduaneras en virtud de la legislación penal. Pues éstas no tienen como fin reparar un daño patrimonial, sino imponer una sanción penal al infractor con el fin de castigar una conducta ilegal e intimidar a todos aquéllos que pretendieran seguir su misma conducta.



Es conveniente advertir que la Constitución Española no atribuye a la Administración de forma expresa y directa un poder sancionador; sino, que lo hace indirectamente en el art. 25.1 para someterlo al principio de legalidad y en el art. 25.3 para prohibir sanciones que impliquen la pérdida de libertad. Así viene recogido en la sentencia del T.S. (Sala Contencioso-Administrativa) de fecha 6 de febrero de 1989, que en su Fundamento de Derecho Primero, establece: *«El art. 25 de la Constitución, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena»*; para ello se apoya en una Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, en la que dicho Tribunal sostiene que *«los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado»*. Hasta tal punto esto es así que afirma que: *«un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25, en su apartado 3, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad»*.

Vista la capacidad sancionadora en el ámbito penal, podemos decir que esta capacidad se ejecutará cuando a la infracción de una norma tributaria ligue el ordenamiento una sanción, que podrá ser civil o penal, según sea el ilícito que lo provoque. Las sanciones de índole penal por infracción de normas tributarias pueden estar, bien en normas de Derecho penal normal o en leyes penales especiales como puede ser en el caso que nos interesa la Ley de Contrabando, de 12 de diciembre de 1995 o la Ley General Tributaria en cuanto a infracciones administrativas.

Las infracciones tributarias según la LGT en sus artículos 78 y 79, indica dos clases; simples y graves, a las que se añade una tercera: la de infracciones administrativas de contrabando que el art. 77.2 LGT ha separado debido su especialidad. Las sanciones por estas infracciones son impuestas por órganos de la Administración, generalmente de la Administración financiera; éstas pueden ser pecuniarias o no pecuniarias. Las pecuniarias consisten en multas bien de cuantía fija o bien proporcional. Por su parte, las no pecuniarias pueden consistir en la pérdida del derecho a obtener subvenciones, prohibición de contratar con el Estado, o la suspensión de profesiones oficiales, empleo o cargo público. De lo anteriormente expresado parece deducirse que las infracciones que constituyan delito se regirán según lo dispuesto en el Código Penal; mientras que las infracciones de tipo administrativo se regularán por las leyes especiales establecidas al efecto en la Ley de Contrabando, o en la Ley General Tributaria.

## V. CONCLUSIONES

En la actualidad nos encontramos inmersos en un proceso en el que el Derecho Comunitario afecta a parcelas cada vez más extensas de la realidad social y económica de los Estados miembros. El ámbito aduanero y de comercio exterior ha sido desde el principio centro de atención preferente de la normativa comunitaria, en armonía con la condición inicial de la Unión Europea de ser una Unión Aduanera entre sus países miembros. De hecho, la evolución de la Unión Europea es la historia de la ampliación y extensión de sus competencias a ámbitos cada vez más ajenos al de la propia circulación de mercancías. De este modo se pasó de la Unión Aduanera al Mercado Unico, de éste se alcanzará en breve la Unión Económica y Monetaria, cubriendo hitos de un camino cuyo agotamiento está lejos de concebirse. Así pues, cada etapa parece servir para vivificar el proceso integrador y enriquecerlo de mayor dinamismo.

Sin embargo, la extensión de las parcelas de actuación de la Comunidad Europea a terrenos cada vez más diversos parecen haber despojado, a mi entender, del reconocimiento que el ámbito aduanero juega dentro de la propia Comunidad ya que juega un papel íntimamente ligado a la «libre circulación de mercancías»; que constituye uno de los objetivos fundamentales recogidos en los artículos 12 a 25 del Tratado de Roma.

Lo cierto es que son de destacar los pasos de gigante dados por la Comunidad Europea en este ámbito; se podría decir que se ha conseguido una plena unión tanto arancelaria como aduanera. Cada uno de los términos que acabo de mencionar tienen sus peculiaridades que a simple vista se nos podrían escapar; «la unión arancelaria persigue como fin inmediato la eliminación de obstáculos arancelarios y la implantación de un arancel común [...]. Mientras que el objetivo de la aduanera no se limita a asegurar una libre circulación de mercancías sin restricciones cuantitativas ni medidas de efecto equivalente, sino también a eliminar todo tipo de causa de distorsión que pueda dar lugar a la desviación del tráfico o a desvirtuar la protección arancelaria mediante prácticas administrativas diferentes en los distintos Estados miembros, como por ejemplo, en cuestiones relativas a la determinación del origen de las mercancías, trámites aduaneros, concesión de exenciones en el pago de los impuestos a la importación, clasificación arancelaria de mercancías ...»<sup>16</sup>.

Una característica esencial del ámbito aduanero es que se dota a los Estados miembros de cierta libertad a la hora de aplicar el Derecho Comunitario en este ámbito; a mi entender esto se debe a que el Derecho

---

<sup>16</sup> GARCÍA GALLEGO, J.C: «La unión aduanera, diez años después», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 13. Pág. 57.

aduanero es sumamente administrativo, lo que podría crear grandes dificultades si se pretendiese igualar los procedimientos administrativos (y judiciales en el caso de recursos) de todos los Estados miembros; así que se abandonó esta visión tan ambiciosa optando por dar más importancia a la satisfacción efectiva de los objetivos que a los procedimientos administrativos necesarios para su consecución. En el tema de los posibles recursos impugnatorios contra actos aduaneros esto se hace si cabe aún más patente; ya que como se ha venido repitiendo a lo largo de la exposición el propio CA en su art. 245 «dota a los Estados miembros para que adopten las cuestiones relativas a la implantación del procedimiento de recurso». Vuelvo a mencionar en relación a este aspecto la STJCE de 19-11-91, Asuntos Acumulados C-6/90 y C-9/90 que establece:

«A falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que resultan para los justiciables del Derecho comunitario».

Realmente son pocos los ámbitos que están sometidos a la administración directa de una institución comunitaria dotada de poder de decisión respecto a los particulares, caso que no se da más que en materia de las normas de competencia aplicables a las empresas<sup>17</sup>. En todos los demás ámbitos (aduanas, intervenciones agrícolas, política comercial común, seguridad social, policía de extranjeros, celebración de contratos públicos, etc...) prevalece el sistema de gestión descentralizada o de administración indirecta. Por lo que la aplicación de las reglas fijadas por el Tratado o adoptadas por las instituciones comunitarias se dejan a las Administraciones nacionales.

Así las cosas, la función de controlar a estas Administraciones corresponderá a las jurisdicciones nacionales; resultando que es al juez nacional al que le corresponderá la carga esencial de la aplicación jurisdiccional del Derecho Comunitario en la medida en que este Derecho sea susceptible de intervenir en la solución de los litigios que se le sometan. Por ello, en el caso de administración indirecta, el particular no podría acudir directamente ante el TJCE sino que es ante los Tribunales internos donde puede obtener la protección y el cumplimiento de las obligaciones que vinculen al Estado; sin olvidar los medios de control establecidos en el propio Tratado de Roma, y también la posibilidad de acudir al TJCE a título prejudicial.

---

<sup>17</sup> En este sentido Joliet, René: «L'article 177 du TCEE» y; ALONSO GARCÍA: «Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo» Ed. Cívitas, Madrid 1989, pág. 164.

Un tema de gran controversia supone el cuestionarse si el sistema español de impugnación se adecua realmente a las directrices dadas en el art. 243.2 del Código Aduanero el cual establece que «*el derecho de recurso podrá ejercerse: a) en una primera fase, ante las autoridades aduaneras designadas al efecto por los Estados miembros, b) en una segunda fase, ante una autoridad independiente que podrá ser una autoridad judicial o un órgano especializado equivalente, con arreglo a las disposiciones vigentes en el Estado miembro*». Si acudimos al sistema español, tal y como ya he explicado en su punto correspondiente, vemos que se basa en: «*a) interposición facultativa del recurso de reposición ante la aduana o ante el jefe de dependencia regional de aduanas, b) interposición de reclamación económico-administrativa, c) interposición de recurso contencioso-administrativo*». Lo cierto es que no veo perjuicio alguno en aplicar el sistema español pues cumple el objetivo primordial perseguido por el Código Aduanero: asegurarse la posibilidad de recurso y así la defensa de sus derechos por el particular; sin embargo, PELECHA ZOZAYA<sup>18</sup> parece no encontrar totalmente compatible el sistema judicial de impugnación con lo señalado en el artículo 243 Código Aduanero, y por ello aconseja su pronta adaptación a éste.

Como punto final a mi exposición considero justo alabar la gran labor conseguida por el Código Aduanero Comunitario (aprobado por el Reglamento CEE 2913/92, de 12/10/92), el cual llevó a cabo la tarea titánica de recoger en un único texto la normativa aduanera dispersa hasta entonces en distintos Reglamentos y Directivas ya fueren del Consejo o de la Comisión de las Comunidades Europeas. Esta recopilación intentó responder, a mi entender con éxito, a las peculiaridades que revisten al ámbito aduanero. De hecho, en el «**Informe de la Comisión Europea sobre la flexibilización del Código aduanero Comunitario**»<sup>19</sup> la propia Comisión elogió la labor realizada por el CA al señalar que «Código ha supuesto una magna labor de codificación de numerosos textos que se hallaban dispersos, lo que hacía muy laboriosa su aplicación. Desde la perspectiva de su puesta en marcha, el balance ha sido positivo en cuanto a clarificación y transparencia en la legislación aduanera comunitaria. Asimismo ha servido de modelo para la elaboración de textos similares en territorios aduaneros no comunitarios».

No obstante, a pesar de ese optimismo, la Comisión sugiere algunas modificaciones en su contenido, cuyas líneas maestras son las siguientes:

---

<sup>18</sup> PELECHÁ ZOZAYA, F: «*El Código Aduanero Comunitario y su aplicación en España*» Ed. Marcial Pons. Madrid 1995.

<sup>19</sup> Recogido en la Revista de Estudios «*Aduanas informa*» n.º 79, de octubre a diciembre de 1998.

- a) Garantizar una mayor flexibilidad en el ámbito de la deuda aduanera.
- b) Simplificar, en la medida de lo posible, los trámites aduaneros.
- c) Limitar el plazo de prescripción durante el cual las Autoridades pueden reclamar el pago de la deuda aduanera.
- d) Simplificar y racionalizar las disposiciones de aplicación del Código Aduanero.

## BIBLIOGRAFÍA

### —Monografías

- AGUADO I CUDOLÁ, VICENÇ: «*Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*» Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999.
- ALBIÑAGA GARCÍA-QUINTANA: «*Sistema Tributario Español y Comparado*» Ed. ICE.
- ALONSO GARCÍA: «*Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*» Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995.
- ALVAREZ GOMEZ-PALLETE: «*El arancel de aduanas en la CEE*» Ed. Hacienda Pública.
- ALVAREZ GOMEZ-PALLETE, José María: «*Política Comercial del Mercado común*» Ed. Mc. Graw-Hill. 1992.
- ASENSIO MELLADO, José María: «*Introducción al Derecho Procesal*» Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: «*Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*» Ed. Mc. Graw Hill. Madrid, 1992.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente: «*La suspensión en Vía Económico-administrativa de la ejecución de los actos administrativos tributarios*» Ed. Aranzadi, 1999.
- FERNÁNDEZ SUAREZ, Alvaro: «*Unión Aduanera y libre circulación de mercancías. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las C.E.*» Ed. Escuela de la Hacienda Pública. 1989.
- FERREIRO LAPATZA, Jose Juan: «*Curso de Derecho financiero español*» Ed. Marcial Pons. 1998.
- GALERA RODRIGO, Susana: «*Derecho aduanero español y Comunitario*» Ed. Cívitas. 1995.
- GALERA RODRIGO, Susana: «*La aplicación administrativa del Derecho Comunitario*» Ed. Cívitas. 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «*Curso de Derecho Administrativo*» Ed. Cívitas. 1995.
- GARCÍA GALLEGO, José Carlos: «*La Unión Aduanera diez años después*» Cuadernos Europeos de Deusto. N.º 13.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «*El silencio administrativo en la Nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*» Ed. Cívitas. Madrid, 1994.
- GUASP: «*Derecho Procesal Civil*» Volumen II. Madrid, 1968.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia: «*El silencio administrativo*» Ed. Cívitas.

- ISAAC, G: «*Manual de Derecho Comunitario General*» Ed. Ariel. Barcelona, 1985.
- LA LEY ACTUALIDAD: «*Jurisprudencia tributaria del TJCE. 1992-1995*».
- LÓPEZ BERENGUER, José: «*Manual de Derecho Tributario*» Ed. 1996.
- MUÑOZ BAÑOS, Cipriano: «*Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*» Ed. Edersa.1999.
- ORDOÑEZ SOLÍS, David: «*La ejecución del Derecho Comunitario en España*» Ed. Cívitas. 1994.
- OTEROS FERNÁNDEZ, Manuel: «*Introducción al Derecho Procesal Comunitario*» Serie Derecho y Justicia. 1992.
- PALACIO GONZÁLEZ, José: «*El Sistema Judicial comunitario*» Universidad de Deusto. Bilbao.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: «*Derecho Administrativo. Parte General*» Ed. Marcial Pons. 1989.
- PARERO ALFOSO, Luciano y otros: «*Manual de derecho administrativo comunitario*». Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2000.
- PELECHA ZOZAYA, Francisco: «*Hacienda Pública y Derecho Comunitario*» Escuela de Hacienda Pública.
- PELECHA ZOZAYA, Francisco: «*El Código Aduanero Comunitario y su aplicación en España*» Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B; CANEDO ARRILLAGA, J.C; BESNE MAÑERO, R: «*La Unión Europea: historia, instituciones y sistema jurídico*» Universidad de Deusto. Bilbao, 1998.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «*Código Aduanero*» Actualidad Castro.
- VAULONT, NIKOLAUS: «*La Unión europea de la Comunidad Económica Europea*» Serie, Perspectivas Europeas. 1980.

### —Publicaciones periódicas

- ADUANAS INFORMA, N.º 79: Cuarto Trimestre 1998.
- ADUANAS INFORMA, N.º 75: Octubre-Diciembre1997.
- ADUANAS INFORMA, N.º 58: Enero-Febrero 1994.
- ADUANAS INFORMA, N.º 42: Mayo-Junio 1991.
- ADUANAS INFORMA, N.º 45: Mayo-Diciembre 1991.
- CRÓNICA TRIBUTARIA: n.º 72/1994. GONZALO GALIANO MARTOS; «*El Derecho de “representación” y sus consecuencias en el pago de las liquidaciones practicadas en la aduana. Posición específica del Agente de Aduanas*».

### —Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CA	Código Aduanero.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
C.Civil	Código Civil.

DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
ESTJCE	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGT	Ley General Tributaria.
LRJAP y PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
OO.AA	Ordenanzas Aduaneras.
RA	Reglamento Aduanero.
R.D.	Real Decreto.
RPREA	Reglamento del Procedimiento Económico Administrativo.
RPTJ	Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.
RPTJI	Reglamento del Tribunal de Primera Instancia.
STJE	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán.





# A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais

Rui Manuel Moura Ramos

Juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

1. A recente proclamação, pelo Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, por ocasião do Conselho Europeu de Nice<sup>1</sup>, de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>2</sup>, à qual foi por enquanto negada a inserção na lei fundamental da Comunidade e da União<sup>3</sup>, oferece naturalmente o ensejo de repensar a problemática da protecção dos direitos fundamentais no interior do sistema jurídico criado por estas organizações.

Procuraremos, no presente texto, de forma necessariamente sumária, abordar alguns dos aspectos que esta questão suscita. Para tanto, e após recordar brevemente as razões que, no plano interno como no internacional, impuseram que a este tema fosse reconhecido, na segunda metade do último século, direitos de cidade, referiremos a evolução que a problemática em apreço sofreu no sistema comunitário e a especificidade de que ela se reveste no seu seio, para concluir com uma breve avaliação da Carta e do lugar por ela ocupado no aprofundamento do ordenamento em que se passa a inserir.

---

<sup>1</sup> A 7 de Dezembro de 2000.

<sup>2</sup> Para o respectivo texto, cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 364, de 18 de Dezembro de 2000, pp. 1-22.

<sup>3</sup> A revisão destes textos a que procede o Tratado de Nice não afecta, na verdade, as disposições que se referem à protecção dos direitos fundamentais, designadamente o actual artigo 6.º do Tratado da União Europeia. Apenas se modificam os termos pelos quais o Conselho pode agir nos casos de risco claro de violação grave destes direitos por um Estado-Membro.

2. Constitui praticamente um truísmo recordar que a consciência da necessidade de inventariar os direitos humanos fundamentais e para eles instituir mecanismos de protecção se afirma sobretudo após o final do segundo conflito mundial que marcou o século que há pouco finda. A circunstância de durante e após o termo das hostilidades se ter tornado claro o grau de violação desses direitos em alguns dos países beligerantes viria assim a estar na origem do desenvolvimento que os textos constitucionais do pós-guerra europeu, *maxime* em Itália e na Alemanha, deram a esta questão, que atingiria um nível até então desconhecido e que se não pode dissociar da experiência acabada de viver.

Mas a história do direito constitucional comparado revela-nos também que se não tratou de uma moda ou de algo de passageiro, podendo ao contrário dizer-se que esta tendência para a consagração da protecção constitucional dos direitos humanos se afirmou como um dado estrutural da evolução jurídica recente. Tenha-se presente, a este propósito, o que se passou com os textos constitucionais que, no dobrar do terceiro quartel do último século, marcariam a transição dos países ibéricos para sistemas de democracia representativa e pluralista<sup>4</sup>, assim como a de vários Estados latino-americanos<sup>5</sup>, na década seguinte, e, um pouco mais tarde, a da generalidade dos Estados leste-europeus.

Antecedendo este desenvolvimento, contudo, ou contemporâneo dele, um outro se faria no entanto sentir, buscando fundar na ordem internacional a protecção dos direitos humanos. Trata-se de um mecanismo complementar do anterior que, começando por partir da possível insuficiência deste, uma vez que a protecção que ele garante ficaria sempre dependente da consagração constitucional que aqueles direitos poderiam lograr em cada ordem jurídica estadual, sublinha em particular o universalismo que caracteriza esta problemática<sup>6</sup>. Na verdade, é a circunstância

---

<sup>4</sup> No que respeita a Portugal, e com referência à Constituição de 1976, vejam-se sobretudo, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, Livraria Almedina, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª edição, Coimbra, 1999, Livraria Almedina, pp. 349-496 e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV) Direitos Fundamentais, Coimbra, 1998, Coimbra Editora.

<sup>5</sup> Em particular sobre a experiência brasileira, vide Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4.ª edição, São Paulo, 2000, Max Limonad, pp. 47-63.

<sup>6</sup> Para uma ilustração desta asserção, cfr. o conjunto de estudos inseridos em *Les Dimensions universelles des droits de l'homme* (sob a direcção de A. Lepeyre, F. De Tinguy e K. Vasak), v. I, Bruxelas, 1990, Bruylant.

Sublinhando igualmente que os direitos do homem se não confundem com as garantias constitucionais ou com os direitos da cidadania democrática e que constituem uma classe particular de direitos cuja aplicação é universal e cuja generalidade é incontroversa, cfr. ainda John Rawls (*Le droit des gens*, Paris, 1998, Editions Esprit, p. 93) que precisa que eles fazem parte de um direito razoável dos povos e especificam os limites que vinculam as instituições

de o fundamento dessa protecção radicar afinal em valores que se têm por universais e perenes, essenciais à convivência humana e social<sup>7</sup>, que justifica que a ordem internacional por ela se venha igualmente a responsabilizar e que os Estados que incorram na sua violação possam ser alvo da condenação de instâncias internacionais.

Dando corpo a esta ideia, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>8</sup>, concluída em 4

---

internas e que se impõem a todas as comunidades humanas, especificando «o limite exterior do direito interno das sociedades admissível para os membros respeitáveis de uma justa sociedade dos povos».

<sup>7</sup> Sobre este fundamento, cfr. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988, Companhia das Letras, os trabalhos reunidos em *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Paris, 1985, Unesco-Serbal e José Manuel Pureza, «Os direitos do homem na comunidade planetária: auto-referência ou harmonia espacial?» in *Estado e Direito*, n.º 4 (1989), pp. 17-31. E para as suas raízes, cfr. os textos coligidos em *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, 1993, Presses Pocket.

<sup>8</sup> Cfr. para uma análise deste texto, dos protocolos adicionais que o modificariam e desenvolveriam, assim como da jurisprudência do Tribunal, *Convention européenne des droits de l'homme, Recueil de textes*, Strasbourg, 1994, Les éditions du Conseil de l'Europe, *Les droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Strasbourg, 1993, Les éditions du Conseil de l'Europe, Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975, Clarendon Press, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, Economica, Jacques Velu-Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, Bruylant, Fausto de Quadros, «La Convention européenne des droits de l'homme: un cas de ius cogens régional», in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, 1995, Springer Verlag, pp. 555-562, Frederic Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1990, Presses Universitaires de France, Dimitrios Evrigenis, «Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme», in *New Perspectives for a Common Law of Europe* (sous la direction de Marco Cappelletti), Bruxelles, 1978, Bruylant, pp. 341-357 e Donna Gomien, *Vademecum de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe, e, em língua portuguesa, Maria Luísa Duarte, «O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39/40 (1989), pp. 191-242, Pinheiro Farinha, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, Lisboa, 1980, José Alfredo de Oliveira Baracho, «A prática jurídica no domínio da protecção internacional dos direitos do homem (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem)», in *Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio*, São José, Costa Rica, 1998, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 375-413 e Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 2.ª edição, Coimbra, 1999, Coimbra Editora. Para a posição deste instrumento nas ordens jurídicas nacionais, vide Dimitrios Evrigenis, «L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme: Notions autonomes et effet direct», in *Volkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbarkeit. Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, 1983, Springer Verlag, pp. 193-202 e, entre nós, Moura Ramos, «A Convenção Europeia dos Direitos do homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito. Estudos de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais*, Coimbra, 1996, Coimbra Editora, pp. 5-108.

de Novembro de 1950, em Roma, no seio do Conselho da Europa, viria a estabelecer um conjunto de direitos que os Estados que a ela se vinculassem deveriam reconhecer a todas as pessoas dependentes da sua jurisdição (artigos 2.º a 18.º), prevendo igualmente a criação de um tribunal permanente (o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) que asseguraria o respeito, por parte daqueles, dos compromissos assim assumidos (artigos 19.º a 51.º). E o mesmo caminho seria posteriormente seguido no âmbito do universo jurídico latino-americano pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada em 22 de Novembro de 1969 em São José da Costa Rica<sup>9</sup>. De modo não inteiramente idêntico, as Nações Unidas dariam também corpo a um outro sistema de protecção internacional de direitos humanos que, assentando igualmente num catálogo de direitos cujo reconhecimento é imposto aos Estados partes nos instrumentos internacionais que o integram<sup>10</sup>, vê o controlo da respectiva observância por estes últimos assentar na discussão e análise, pelo Comité de Direitos Humanos<sup>11</sup>, de relatórios estaduais descrevendo as medidas adoptadas no plano nacional para a efectivação daqueles direitos<sup>12</sup>.

---

E para a caracterização do sistema por ele instituído *vide*, por último, Richard S. Kay, «The European Human Rights System as a System of Law», 6 *The Columbia Journal of European Law* (2000), pp. 55-71.

<sup>9</sup> E no do africano, ainda que com características diferentes, com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adoptada em Junho de 1981 em Nairobi, pela Conferência de chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana. Sob este sistema, em particular, cfr. Philip Kunig/Wolfgang Benedek)Costa R. Mahalu, *Regional Protection of Human Rights by International Law: The Emerging African System*, Baden-Baden, 1985, Nomos Verlagsgesellschaft.

<sup>10</sup> Constituído pelo Pacto Internacional relativo aos direitos económicos, sociais e culturais e pelo Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 de Dezembro de 1966 e que desenvolvem, dotando-os de uma garantia jurídica, os direitos que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada a 10 de Dezembro de 1948, consagrava como simples directiva moral. Sobre este sistema, cfr. *The United Nations and Human Rights*, New York, 1984, United Nations, Jaime Oraá)Felipe Gomez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario*, Bilbao, 1997, Universidad de Deusto e Alberto de Amaral Junior e Claudia Perrone-Moises (orgs.), *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, São Paulo, 1999, Editora da Universidade de São Paulo.

<sup>11</sup> Instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, referido na nota anterior.

<sup>12</sup> Para uma recolha de textos de direito internacional sobre direitos do homem, cfr. *Droits de l'homme en droit international*, Strasbourg, 1992, Les éditions du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme. Recueil de documents internationaux et nationaux*, Bruxelles, 1989, Bruylant, e, em língua portuguesa, Jorge Campinos, *Direito Internacional dos Direitos do Homem. Textos Básicos*, Coimbra, 1984, Coimbra Editora. E para um comentário à sua origem e desenvolvimento, Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos humanos*, Lisboa, 1983, Unesco) Manuais LTC, Thomas Buergenthal, *International Human Rights in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1988, West Publishing Co, Frédéric Sudre, *Droit international et*

3. A constituição de entidades fruto do desenvolvimento do fenómeno de integração regional introduziria no entanto algumas novidades ao funcionamento do sistema acabado de evocar. Na verdade, como sucedeu com a instituição das Comunidades Europeias, os Estados-Membros aceitaram a limitação de alguns dos seus poderes, passando as respectivas competências a ser exercidas pelos órgãos das novas instituições por eles criadas. Nessas circunstâncias, a admitir-se que estas estariam livres da vinculação aos mecanismos de protecção internacional que os Estados haviam constituído, a sua criação envolveria um retrocesso, no que à tutela dos direitos humanos diz respeito. A menos que se entendesse que elas sucederiam aos Estados-Membros partes nos instrumentos que haviam presidido à sua criação quando exercessem as competências de cujo exercício os Estados haviam sido privados e que, a sê-lo por estes, estariam na origem do funcionamento do referido mecanismo de protecção.

Acresce que o risco que se acaba de relevar era de algum modo reforçado pela circunstância de os tratados institutivos, num silêncio que se prolongaria durante bastante tempo, não fazerem qualquer referência à problemática da protecção dos direitos humanos) e isto apesar de às instituições por eles criadas terem sido devolvidos poderes cujo exercício poderia sem sombra de dúvidas desencadear a respectiva violação<sup>13</sup>. E não se esqueça que, num período inicial, o Tribunal de Justiça, quando chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de disposições comunitárias com as normas constitucionais dos Estados-Membros relativas à

---

*européen des droits de l'homme*, 2.<sup>a</sup> edição, Paris, 1995, Presses Universitaires de France, AAVV, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, 1998, Editions A. Pedone, AAVV, *Los derechos humanos en un mundo dividido*, Bilbao, 1999, Universidad de Deusto, AAVV, *Os direitos humanos e o direito internacional* (org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araújo), São Paulo, 1999, Renovar, e Rui Machete, *Os Direitos do Homem no Mundo*, Lisboa, 1978, Fundação Social Democrata Oliveira Martins.

Em especial sobre os direitos culturais, cfr. AAVV, *Os direitos culturais como direitos do homem*, Unesco) 1970, Porto, 1973, Livraria Telos Editora.

E sobre os meios da sua efectivação, cfr. a resolução do Institut de droit international, na sua Sessão de Santiago de Compostela de 1989 e o comentário de Christian Dominicé, «La contrainte entre Etats à l'appui des droits de l'homme», in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, 1993, Editorial Tecnos, pp. 261-272.

<sup>13</sup> Estamos a pensar em disposições que se refiram à questão em geral, não querendo com isto esquecer que diversas regras específicas se inspiraram nos valores que tinham estado na base da consagração dos sistemas de protecção dos direitos humanos. Assim, o artigo 7.º e as demais cláusulas de não discriminação entre os nacionais dos Estados-Membros (artigos 40.º, 48.º, 52.º e 60.º) e o artigo 119.º, que se referia à igualdade entre homens e mulheres, em matéria de remuneração (referimo-nos à numeração inicial destes artigos).

protecção dos direitos fundamentais, se limitava a afirmar só ter «que garantir o respeito do Tratado e dos regulamentos de execução, não devendo regra geral pronunciar-se sobre as normas de direito interno», e não podendo, em consequência «examinar o argumento segundo o qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional alemão»<sup>14</sup>. A instância jurisdicional comunitária negligenciava assim, de alguma forma, a questão da protecção dos direitos fundamentais, ao não indagar se os direitos fundamentais invocados pelo requerente não deveriam ser considerados como existentes na própria ordem jurídica comunitária, por a respectiva consagração resultar afinal de princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros<sup>15</sup>.

Posteriormente a esta tomada de posição, o défice de protecção comunitária dos direitos fundamentais seria sublinhado, no plano nacional, pelo acórdão do *Bundesverfassungsgericht* de 29 de Maio de 1974<sup>16</sup> que sublinharia que esta instância não podia deixar de controlar a compatibilidade do direito comunitário derivado com os direitos fundamentais enquanto não existisse, por falta de um catálogo de direitos fundamentais no sistema comunitário, uma garantia suficiente quanto à protecção de tais direitos nesta ordem jurídica.

Face à necessidade de evitar as consequências que tomadas de posição como esta poderiam vir a ter sobre o acatamento dos princípios da aplicabilidade directa e do primado do direito comunitário, por si entretanto formulados<sup>17</sup>, o Tribunal de Justiça chamaria a si, com o acórdão

---

<sup>14</sup> Acórdão de 4 de Fevereiro de 1959, Storck/Alta Autoridade, processo 1/58, *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal*, 1954-1961, pp. 293-306, ponto 4, alínea a).

<sup>15</sup> Recorde-se que o Tribunal havia já considerado que os princípios de direito comuns aos Estados-Membros constituíam uma fonte complementar de direito comunitário, ao afirmar que, na inexistência de disposições do Tratado sobre determinada questão, o Tribunal, «para evitar uma denegação de justiça, se encontrava obrigado a decidir inspirando-se das regras reconhecidas pelas legislações, a doutrina e a jurisprudência dos Estados-Membros (acórdão de 12 de Julho de 1957, Dineke Algera e o./ Assembleia Comum da CECA, processos apensos n.ºs 7-56 e 3-57 a 7-57, *Colectânea, cit.*, 1954-1961, p. 158 e, para a publicação integral do acórdão, *Recueil de jurisprudence de la Cour*, v. III (1957), pp. 81-178 (114-115).

Maria Luísa Duarte («A União Europeia e os Direitos Fundamentais) Métodos de Protecção», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, Coimbra Editora, pp. 11-35), qualifica de agnosticismo valorativo a postura do Tribunal referida em texto.

<sup>16</sup> Veja-se o v. 37 da *Colectânea* das decisões do Bundesverfassungsgericht, p. 271-291. Este acórdão fora precedido de outros da mesma instância jurisdicional alemã, na sequência de uma primeira decisão no mesmo sentido de 18 de Outubro de 1967; cfr. a mesma *Colectânea*, no v. 22, pp. 293-299.

<sup>17</sup> Cfr., respectivamente, os acórdãos de 5 de Fevereiro de 1963, Gend & Loos/Administração Fiscal, processo 26/62, *Colectânea*, 1962-1964, pp. 205-232 e de 15 de Julho de 1964, Flaminio Costa/ENEL, processo 6/64, *Colectânea*, 1962-1964, pp. 549-577.

*Stauder*<sup>18</sup>, o papel de garante dos direitos fundamentais. Nesta decisão, e ao apreciar uma disposição cuja conformidade com os princípios gerais do direito comunitário constituía o objecto da questão prejudicial formulada pelo juiz nacional, o Tribunal acrescentaria num *obiter dictum* que a interpretação que para ela preconizava não revelava «qualquer elemento susceptível de colocar em causa os *direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal*»<sup>19</sup>.

A inserção da garantia da protecção dos direitos fundamentais nos poderes de cognição da jurisdição comunitária seria pouco depois precisada com particular destaque no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>20</sup>, onde o Tribunal procederia à compatibilização das suas afirmações anteriores desenvolvendo ademais o papel reconhecido aos direitos fundamentais no ordenamento comunitário». Pronunciando-se expressamente sobre a protecção dos direitos fundamentais nesta ordem jurídica<sup>21</sup>, começaria por recordar a jurisprudência mais antiga nos termos da qual «o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação dos actos adoptados pelas instituições da comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário». E sublinharia que «ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-Membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado». Para acrescentar em seguida, aprofundando as considerações já afloradas no acórdão *Stauder*: «Convém, no entanto, analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário. Com efeito, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos

---

<sup>18</sup> Acórdão de 12 de Novembro de 1969, processo 29/69, *Colectânea*, 1969-1970, pp. 157-166. Esta decisão inaugura aquela a que Maria Luísa Duarte (*op. cit. supra*, nota 15) chama de fase de reconhecimento activo dos direitos fundamentais (p. 20).

<sup>19</sup> Sublinhado nosso. Cfr. o ponto 7 da decisão citada na nota anterior, a p. 160.

<sup>20</sup> Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, no processo 11/70, *Colectânea*, 1969-1970, pp. 625-657.

<sup>21</sup> Pontos 3 e 4 da decisão citada na nota anterior, a pp. 628-629.

Estados-Membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade».

Ficava assim assente a competência jurisdicional para a protecção dos direitos fundamentais, mediante a inserção destes nos princípios gerais de direito cuja observância o Tribunal deve garantir. E estes princípios viam a sua formulação decorrer da utilização do método comparativo, que sublinhava o recurso à tradição constitucional dos Estados-Membros, em lugar da abstracta referência do acórdão *Stauder* aos princípios gerais de direito comunitário<sup>22</sup>.

Posteriormente, no acórdão *Nold/Comissão*<sup>23</sup>, ao ser confrontado com a alegação de que certas disposições comunitárias, além de contrariarem disposições constitucionais alemãs, violavam ainda «diversos instrumentos internacionais, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem», o Tribunal alargaria o quadro de parâmetros de identificação dos direitos fundamentais, ao acrescentar à ideia de que se deveria inspirar, ao garantir a protecção dos direitos fundamentais, nas tradições constitucionais dos Estados-Membros<sup>24</sup>, o reconhecimento de que «os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário».

Esta linha de rumo viria a ser concretizada em seguida no acórdão *Rutili/Ministro do Interior*<sup>25</sup> em que o Tribunal, instado a esclarecer quando é que as limitações ao direito de livre circulação e permanência dos cidadãos de outros Estados-Membros se poderiam considerar *justificadas*, para os efeitos do artigo 48.º, n.º 3 (hoje artigo 39.º, n.º 3), invocaria determinadas normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>26</sup> para acentuar que as limitações introduzidas aos poderes dos Estados-Membros em matéria de polícia dos estrangeiros<sup>27</sup> seriam expressão de um princípio mais geral consagrado naquelas disposições que igualmente dispõem que as ofensas aos direitos por elas garantidos, «em

---

<sup>22</sup> Acentuando esta precisão, cfr. Antonio Saggio, «A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária», in *O Sistema Jurisdicional Comunitário e a sua contribuição para a integração europeia*, Lisboa, 1993, pp. 69-97, p. 74.

<sup>23</sup> Acórdão de 14 de Maio de 1974, no processo 4/73, *Colectânea*, 1974, pp. 283-300, especialmente ponto 13.

<sup>24</sup> O que teria a consequência de que não poderia «admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados».

<sup>25</sup> De 28 de Novembro de 1975, no processo 36/75, *Colectânea*, 1975, pp. 415-436.

<sup>26</sup> Os artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º, assim como o artigo 2.º do Protocolo n.º 4, de 16 de Setembro de 1963.

<sup>27</sup> Pelo artigo 3.º da Directiva 64/221 e o artigo 8.º do Regulamento n.º 1612/68.



virtude das necessidades de ordem e segurança públicas, não poderão ultrapassar o âmbito do que é necessário para protecção daquelas necessidades numa sociedade democrática»<sup>28</sup>.

4. Assumindo este desenvolvimento jurisdicional, as instituições comunitárias em breve confirmariam no plano político o caminho assim trilhado. Na verdade, por uma Declaração Comum de 5 de Abril de 1977<sup>29</sup>, o Parlamento europeu, o Conselho e a Comissão vieram sublinhar «a importância fundamental que reconhecem aos direitos fundamentais tais como resultam nomeadamente das Constituições dos Estados-Membros bem como da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais», acrescentando que «no exercício da sua missão e no prosseguimento dos objectivos das Comunidades Europeias, respeitam e continuarão a respeitar esses direitos».

Após as instituições serem os chefes de governo dos Estados-Membros a reafirmar a mesma linha, ao subscreverem, a 7 e 8 de Abril de 1978, a Declaração sobre a Democracia, onde, para além de se afirmar «que a aplicação dos princípios da democracia representativa, do primado da lei, da justiça social e do respeito pelos direitos do homem implicava um regime político que garantisse as modalidades processuais necessárias ao respeito dos direitos do homem», se acrescentava que «a manutenção da democracia e a defesa dos direitos do homem constituíam elementos consubstanciais da Comunidade Europeia».

Estas tomadas de posição só poderiam reforçar a corrente jurisprudencial acima referida, que passaria a fundar a referência à protecção dos direitos fundamentais, de forma sistemática, nas tradições constitucionais nacionais e nos instrumentos de direito internacional pactício, com particular referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Exemplo do que afirmamos é o acórdão *Lislotte Hauer/Land Rheinland Pfalz*<sup>30</sup> onde, referindo-se ao acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, o Tribunal sublinharia que «a questão de uma violação eventual dos direitos fundamentais por um acto institucional das Comunidades apenas pode ser apreciada no quadro do próprio direito comunitário» (ponto 14). Para continuar, na esteira do acórdão *Nold*, referindo que «os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito lhe cabe assegurar», e que, ao fazê-lo, «está obrigado a inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, de tal

<sup>28</sup> Ponto 32 do acórdão citado *supra*, na nota 25.

<sup>29</sup> Vide *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 1997, C, 103, p. 1.

<sup>30</sup> Acórdão de 13 de Dezembro de 1979, no processo 44/79, *Recueil*, 1979, v. III, pp. 3727-3765.

modo que se não poderiam admitir na Comunidade medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições destes Estados; e que os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, nos quais os Estados-Membros cooperaram ou a que aderiram, podem igualmente fornecer indicações que há que ter em conta no quadro do direito comunitário». Para concluir recordando que esta concepção havia sido igualmente reconhecida pela citada Declaração comum das instituições, de 5 de Abril de 1997, que, «após ter recordado a jurisprudência do Tribunal, se referia, por um lado, aos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados-Membros e, por outro, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem» (ponto 15).

5. Pode dizer-se que a partir desta altura a vinculação das Comunidades à garantia dos direitos fundamentais não deixaria de ser uma constante da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Simplesmente, na ausência de textos claros no direito primário que consagrassem com carácter geral esta obrigação, ela apresentava-se assim como uma corrente de natureza pretoriana, que procurava suprir a falta de um catálogo preciso de direitos fundamentais recorrendo às tradições constitucionais nacionais e, de forma crescente, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A importância deste texto como parâmetro da interpretação do sistema de direitos fundamentais reconhecidos no sistema comunitário seria evidenciada pela jurisprudência posterior<sup>31</sup> e levaria inclusivamente a Comissão a apresentar em 4 de Abril de 1979<sup>32</sup> um Memorandum sobre a adesão

---

<sup>31</sup> Para mais extensas indicações neste sentido, cfr. Manfred Dausen, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés Européennes. Position du problème, état actuel et tendances», in *Documentação e Direito Comparado*, 41-42 (1990), pp. 9-35, Antonio Saggio, «O sistema jurisdicional comunitário e a sua contribuição para a integração europeia», *cit. supra*, nota 22, Angel Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, Bosch, pp. 147-321, Andrew Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft, especialmente pp. 29-89, Konstantinos Kakouris, «La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux droits de l'homme) Aperçu général», in Julia Iliopoulos)Strangas (hrsg.), *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen. L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Baden-Baden, 1993, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 183-207, Federico Mancini)Vittorio di Bucci, «Die Entwicklung der Grundrechte als Teil des Gemeinschaftsrechts», *ibidem*, pp. 208-230, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, «La protección de los derechos fundamentales en la Union Europea», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II-Diritto dell'Unione Europea, Milano, 1998, Giuffrè, pp. 831-845. e Koen Lenaerts, «Fundamental rights in the European Union» *25 European Law Review* (2000), pp. 575-600 (577-585).

<sup>32</sup> Na esteira de uma posição anterior do Parlamento Europeu que em 10 de Julho de 1975 aprovaria uma Resolução sobre a União Europeia em que reclamava a elaboração de uma car-

das Comunidades à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Se as diferentes dificuldades postas por uma tal *démarche* (e que seriam, de resto, elencadas neste documento)<sup>33</sup> estariam necessariamente na origem de um arrastar da reflexão sobre o tema, o certo é que a ideia de dotar a Comunidade de um catálogo de direitos fundamentais não seria abandonada.

É assim que o Projecto de Tratado da União Europeia, aprovado pelo Parlamento Europeu em 14 de Fevereiro de 1984, conteria um artigo 4.º que retomava o compromisso das Comunidades com a protecção dos direitos fundamentais, nos termos da jurisprudência já referida, nela incluindo também os direitos económicos, sociais e culturais<sup>34</sup>, previa a possibilidade de sanções aos Estados que séria e persistentemente os violassem e anunciava, num prazo de cinco anos, uma decisão sobre a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à Carta Social Europeia assim como a adopção de uma declaração comunitária sobre os direitos fundamentais<sup>35</sup>. E se os Estados não viriam a adoptar esta via (nem a dar seguimento ao projecto de Tratado), o certo é que não deixariam de reafirmar, no preâmbulo do Acto Único Europeu assinado em 17 de Fevereiro de 1986, a sua decisão de promover conjuntamente a democracia «com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros, na Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social».

Claramente afirmado no preâmbulo dos Tratados, o compromisso da Comunidade com a protecção dos direitos fundamentais seria ainda retomado pelo Parlamento Europeu, através da adopção, em 12 de Abril de 1989, de uma Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais<sup>36</sup> e se-

---

ta dos direitos dos cidadãos da Comunidade com o objectivo de dar aos cidadãos da Comunidade o sentimento da sua comunidade de destino.

<sup>33</sup> Para a sua análise, cfr., entre outros, Angel Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, cit. *supra*, nota 31, pp. 327-353 e Rudolf Bernhardt, «Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts Konvention», in *Festschrift für Ulrich Everling* (Ole Due) Marcus Lutter/Jurgen Schwarze hrsg), v. I, Baden-Baden, 1996, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 103-111.

<sup>34</sup> Referindo-se a este propósito também à Carta Social Europeia. Cfr., a propósito deste texto, *La Charte sociale européenne. Origines, fonctionnement et résultats*, Strasbourg, 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe.

<sup>35</sup> Veja-se o comentário a esta disposição em *The European Union Treaty-Commentary on the draft adopted by the European Parliament on 14 February 1984* (por Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis G. Jacobs e Jean-Paul Jacqué), Oxford, 1986, Clarendon Press, pp. 39-44.

<sup>36</sup> Para o respectivo texto, cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 120, de 16 de Maio de 1989, pp. 51-57. Note-se que o Conselho Europeu adoptaria também, a 8 e 9 de Dezembro de 1989, em Estrasburgo, uma Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores.

ria expressamente realçado pelo Tribunal Constitucional alemão que, por sentença de 22 de Outubro de 1986<sup>37</sup>, reconheceria que o Tribunal de Justiça tinha passado a assegurar, pelo desenvolvimento da sua jurisprudência, uma protecção dos direitos fundamentais que no essencial era equivalente à exigida pela lei fundamental alemã<sup>38</sup>.

Se tal compromisso parecia indiscutível, continuava porém a notar-se alguma incerteza sobre as melhores vias para a sua concretização. Assim, enquanto a via pretoriana ensaiada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência se mantinha e desenvolvia, e as tentativas de estabelecer um catálogo próprio de direitos fundamentais cujo respeito deveria ser assegurado no sistema comunitário continuavam a não ser coroadas de sucesso<sup>39</sup>, a Comissão retomaria a via de um controlo externo do respeito dos direitos fundamentais na Comunidade, ao aprovar, na sequência do já referido Memorando de 4 de Abril de 1979, uma comunicação, a 19 de Novembro de 1990, em que propunha ao Conselho a adesão das Comunidades à Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>40</sup>.

Ainda que apoiada pelo Parlamento, que na sua resolução de 9 de Julho de 1991<sup>41</sup> sobre os direitos do homem convidaria a Comunidade a aderir à Convenção a fim de melhor garantir o respeito destes direitos, a

---

<sup>37</sup> Cfr. o respectivo texto na *Colectânea* das decisões do Bundesverfassungsgericht, v. 73, pp. 339-388.

<sup>38</sup> Com o que aquela instância declarava que não exerceria o controlo normativo das disposições de direito comunitário que serviam de base aos actos da administração ou das jurisdições alemãs enquanto o Tribunal de Justiça garantisse uma protecção eficaz dos direitos fundamentais face ao poder da Comunidade.

Mas atente-se em que, numa ulterior decisão de 12 de Maio de 1989, o Bundesfassungsgericht voltaria a decidir que se o Tribunal de Justiça continuasse a não garantir os princípios jurídicos sobre os quais se fundamenta a parte da lei fundamental relativa aos direitos fundamentais consideraria admissíveis os recursos que viessem a ser interpostos pelos particulares.

<sup>39</sup> No sentido de que não lograra ainda a aprovação de um documento com carácter vinculativo com este objecto.

<sup>40</sup> Sobre o ponto cfr., além dos trabalhos citados *supra*, na nota 33, G. Cohen-Jonathan, «La problématique de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», in *Mélanges Henri Teitgen*, Paris, 1984, Pedone, pp. 81-108, Jean-Paul Jacqué, «L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Aspects juridiques et techniques», in *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen* (cit. *supra*, nota 31), pp. 302-319 e «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme», in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1992, Dalloz, pp. 325-340 e Moura Ramos, «L'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme. Rapport national Portugal», 16 a 19 *Revista de Direito e Economia* (1990 a 1993), pp. 753-766.

Identificando também as três possibilidades que citamos em texto, cfr., por exemplo, Jean Vergès, «Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire», in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, cit, pp. 513-531, a p. 515.

<sup>41</sup> Cfr. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 240, p. 45.

proposta não colheria a aceitação dos Estados entretanto reunidos em conferência intergovernamental para a revisão dos Tratados, que se limitariam a consagrar expressamente a via pretoriana no direito comunitário primário ao inserirem no Tratado da União Europeia, aprovado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, um artigo F, n.º 2, segundo o qual «a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário».

Se os Tratados passavam assim a reconhecer expressamente, no seu texto, a vinculação das Comunidades à protecção dos direitos do homem, a ideia de as submeter a um controlo externo conheceria novo desenvolvimento com a iniciativa do Conselho de, após novo pronunciamento do Parlamento a favor da adesão à Convenção Europeia<sup>42</sup>, submeter ao Tribunal de Justiça, em 26 de Abril de 1994, um pedido de parecer sobre a compatibilidade de tal adesão com o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.

No parecer que proferiria cerca de dois anos depois<sup>43</sup>, o Tribunal de Justiça viria a pronunciar-se no sentido de que, «no estado actual do direito comunitário, a Comunidade não tem competências para aderir à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais». Partindo da constatação (ponto 27) de que «nenhuma disposição do Tratado confere às instituições comunitárias, de modo geral, o poder de adoptar regras em matéria de direitos do homem ou de celebrar convenções neste domínio», o Tribunal analisaria depois a questão de saber se a adesão da Comunidade se pode basear no artigo 235.º (ponto 31). Realçando a importância dos direitos fundamentais e retomando a sua jurisprudência a este propósito (ponto 33), o Tribunal chegaria contudo a uma conclusão negativa quanto ao problema que lhe era submetido considerando que «a adesão à Convenção implicava uma alteração substancial do regime comunitário actual de protecção dos direitos do homem, na medida em que teria como resultado a inserção da Comunidade num sistema institucional internacional distinto, bem como a integração do conjunto de disposições da Convenção na ordem jurídica co-

---

<sup>42</sup> Ver a Resolução de 18 de Janeiro de 1994 (in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 44, p. 32).

Para uma análise da posição do Parlamento na questão que os ocupa, cfr. Jean-Pierre Cot, «Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne», in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, Bruylant, pp. 155-170.

<sup>43</sup> Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996 (in *Colectânea*, 1996, pp. 1763-1790).

munitária» (ponto 35); acrescentando que «tal alteração do regime de protecção dos direitos do homem na Comunidade, cujas implicações institucionais seriam igualmente fundamentais tanto para a Comunidade como para os Estados-Membros, teria relevância constitucional e ultrapassaria, pois, pela sua natureza, os limites do artigo 235.º», só podendo ser realizada pela via de uma modificação do Tratado (ponto 35)<sup>44</sup>.

Face a esta tomada de posição, a Conferência intergovernamental, que se iniciaria em Turim no dia seguinte à prolação do parecer do Tribunal, optaria por, deixando de lado outras propostas<sup>45</sup>, reforçar a referência ao princípio do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, que passa a ser considerado, conjuntamente com os princípios da liberdade, da democracia e do Estado de direito, um princípio comum aos Estados-Membros e que constitui um dos fundamentos da União<sup>46</sup>. Mas não tomaria qualquer iniciativa tendente a elaborar um catálogo de direitos fundamentais que vinculasse a União ou a Comunidade<sup>47</sup> e conservaria o antigo artigo F (actualmente artigo 6.º), n.º 2 do

---

<sup>44</sup> Para a crítica da solução adoptada e o inventário das diferentes possibilidades que subsistem de melhor assegurar a protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, cfr., respectivamente, Michel Waelbroeck, «La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, 37 (1996), pp. 549-553, Olivier de Schutter) Yves Lejeune, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *ibidem*, pp. 555-606 e Claudio Zanghi, «Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (cit. supra, nota 31), pp. 1101-1120).

<sup>45</sup> Cfr., sobre as propostas de um «comité de sábios» designado pela Comissão em Outubro de 1995 com o objectivo de reflectir e formular propostas concretas sobre a reforma dos direitos civis e sociais à atenção da conferência intergovernamental, o juízo crítico de Eduardo Garcia de Enterria em «Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union européenne», *Cahiers de droit européen*, 37 (1996), pp. 607-612.

<sup>46</sup> Veja-se o artigo 6.º (antigo artigo F), n.º 1 do Tratado da União Europeia, tal como este preceito ficou depois do Tratado de Amsterdão de 2 de Outubro de 1997. Saliente-se que, de acordo com a nova redacção do artigo 49.º (antigo artigo O), n.º 1, daquele Tratado, o acatamento do princípio do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (como dos demais princípios mencionados no artigo 6.º) passa a constituir uma condição de adesão dos outros Estados europeus à União Europeia. E que, pelo seu artigo 46.º (antigo artigo L), alínea d), o Tribunal de Justiça passa a exercer o seu controlo também ao artigo 6.º, n.º 2, no que respeita à acção das instituições na medida em que ele seja competente nos termos dos tratados que instituem as Comunidades Europeias e nos termos do tratado da União.

Sobre o alcance destas alterações, cfr. Bruno Nascimbene, «Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (cit. supra, nota 31), pp. 683-694 e Koen Lenaerts, «Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union», 6 *The Columbia Journal of European Law* (2000), pp. 1-25.

<sup>47</sup> Como o fizera o comité referido supra, na nota 45. Para uma análise do elenco de direitos a considerar neste âmbito, vejam-se também os trabalhos recolhidos na obra organizada

Tratado da União, que condensava a base jurídica que permitira o desenvolvimento da concepção pretoriana de defesa dos direitos fundamentais no quadro comunitário<sup>48</sup>.

6. Se as negociações que conduziram à adopção do Tratado de Amsterdão se limitaram, no que diz respeito à protecção dos direitos fundamentais na União Europeia, ao ponto que acabamos de mencionar, a situação evoluiria no entanto muito rapidamente mal havia decorrido um mês após a entrada em vigor deste Tratado<sup>49</sup>. É assim que, ao mesmo tempo que, no Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de Junho de 1999, anunciavam a convocação de uma nova conferência intergovernamental para concluir as questões que em Amsterdão tinham ficado por resolver e para as quais urgia encontrar uma solução<sup>50</sup>, nomeadamente na perspectiva do alargamento em curso da União<sup>51</sup>, os chefes de Estado e de governo decidiam, face ao estado de desenvolvimento desta, «estabelecer uma carta de direitos fundamentais a fim de sublinhar, de maneira visível para os cidadãos da União, a sua importância excepcional e o seu alcance».

Os termos da decisão sublinham de modo claro que se procurou sobretudo dar maior visibilidade e transparência ao sistema de protecção dos direitos fundamentais já existente na União, tornando mais explícitos os parâmetros em que até ao presente se tem baseado a jurisprudência do Tribunal de Justiça. O que pareceria justificar-se à luz do reforço das competências da União em áreas onde a questão da protecção dos direitos fundamentais se coloca em termos particularmente sensíveis, do

---

por Antonio Cassese) Andrew Clapham) Joseph Weiler (eds), *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft.

<sup>48</sup> No sentido de que a protecção dos direitos fundamentais no sistema comunitário parece desde o princípio hesitar entre esta concepção, o estabelecimento de um controlo externo e a instituição de um catálogo de direitos fundamentais próprio ao sistema comunitário, cfr., entre outros, Gregorio Robles Morchon, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988, Editorial Ceura, pp. 153-159 e Andrew Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview* (cit. supra, nota 31), pp. 90-99.

<sup>49</sup> O Tratado de Amsterdão, assinado a 2 de Outubro de 1997, viria a entrar em vigor a 1 de Maio de 1999.

<sup>50</sup> Tratava-se, fundamentalmente, de um acordo quanto à reponderação das vozes dos Estados no seio do Conselho, ao elenco de matérias quanto às quais uma decisão por maioria qualificada (e não já por unanimidade) seria possível, e à composição numérica da Comissão.

<sup>51</sup> Recorde-se que para além da Estónia, da Hungria, da Polónia, da República Checa, da Eslováquia e da Eslovénia, cuja adesão se admite possa ter lugar a partir de 2004, a União Europeia negocia ainda com a Bulgária, Chipre, a Letónia, a Lituânia, Malta e a Roménia, para além de ter igualmente pendente o pedido de adesão da Turquia cuja consideração continua algo suspensa da situação deste último país em matéria de respeito dos direitos humanos.

anunciado alargamento a países até há pouco governados por regimes não democráticos e à necessária concordância com o lugar que a problemática da protecção dos direitos humanos tem ocupado na política externa da União. Procurando, com a elaboração da Carta, dar uma contribuição à identidade da Europa e aumentar o sentimento de pertença dos cidadãos europeus a esta entidade, o Conselho Europeu tinha em mente a elaboração de um documento que pudesse ser redigido e apresentado antes da sua reunião prevista para Nice em Dezembro de 2000, de modo a que nela ele pudesse propor ao Parlamento e à Comissão a sua proclamação conjunta, ficando a sua eventual inserção nos tratados para ser examinada subsequentemente.

Mais tarde, na sua reunião de Tampere, em 15 e 16 de Outubro de 1999, o Conselho Europeu, aprovaria a composição do órgão<sup>52</sup>, posteriormente denominado «Convenção», que elaboraria o projecto de Carta. A discussão respectiva iniciar-se-ia em 13 de Janeiro de 2000, estando um primeiro projecto concluído a 28 de Julho e um segundo a 14 de Setembro e obtendo-se a 26 do mesmo mês um consenso sobre um texto que seria formalmente adoptado a 2 de Outubro de 2000<sup>53</sup>. Reunido em Biarritz a 13 e 14 de Outubro, o Conselho Europeu aprovaria o texto por unanimidade, abrindo assim a via para a sua proclamação solene em Nice, nos termos referidos.

Após um preâmbulo em que se recordam, por um lado, os fundamentos e objectivos da União e a importância da protecção dos direitos fundamentais no desenvolvimento das suas missões, e, por outro lado, as fontes<sup>54</sup> dos

---

<sup>52</sup> A Convenção compreendia, como membros de pleno direito, 15 representantes dos chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, um representante do presidente da Comissão, 15 membros do Parlamento Europeu designados por este e 30 membros dos parlamentos nacionais (dois por cada Estado-Membro) por eles designados. Como observadores previu-se a participação de dois representantes do Tribunal de Justiça e dois do Conselho da Europa, um dos quais representando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para além disso, diversas instâncias comunitárias (designadamente o Comité Económico e Social, o Comité das Regiões e o Mediador) seriam convidadas a pronunciar-se na fase de elaboração do documento.

<sup>53</sup> Sobre o método de trabalho da Convenção e os seus resultados, cfr. em particular, as actas das journées d'études sobre *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* que tiveram lugar a 16 e 17 de Junho de 2000 em Estrasburgo [*in Revue universelle des droits de l'homme*, v. 12 (2000), pp. 1-83], Laura Carrasco Macia, «Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *EIPASCOPE*, n.º 2000/3, pp. 19-27 e António Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 3/2000, pp. 499-508.

<sup>54</sup> A Carta refere-se, a este propósito, aos direitos que decorrem «das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas sociais aprovadas pela Comunidade e



direitos que a União reconhece pela presente Carta, estes aparecem-nos enunciados em 50 artigos, divididos em seis capítulos<sup>55</sup>, que são completados por um último, contendo quatro disposições de carácter mais geral.

Estando fora dos objectivos do presente trabalho a análise cuidada da condensação a que se chegou neste *bill of rights*, não deixaremos no entanto de fazer uma breve referência ao seu conteúdo.

Assim, no Capítulo I enumeraram-se os direitos que decorrem imediatamente da inviolabilidade da dignidade do ser humano (proclamada no artigo 1.º): o direito à vida (com expressa proibição da pena capital) (artigo 2.º), o direito à integridade (com a particularização, no domínio da medicina e da biologia, do necessário respeito do consentimento livre e esclarecido da pessoa, da proibição das práticas eugénicas, da transformação total ou parcial do corpo humano em fonte de lucro e da clonagem reprodutiva dos seres humanos) (artigo 3.º), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanas e degradantes (artigo 4.º) e a proibição da escravidão e do trabalho forçado (com especial referência à proibição do tráfico de seres humanos) (artigo 5.º).

Sob a epígrafe Liberdades, o Capítulo II consagra em seguida vários dos direitos reconhecidos já pela Convenção Europeia, como o direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º), o direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º), o direito de contrair casamento e de constituir família (com remissão, quanto ao respectivo exercício, para as legislações nacionais respectivas) (artigo 9.º), a liberdade de pensamento, consciência e religião (com o reconhecimento do direito à objecção de consciência) (artigo 10.º), a liberdade de expressão e de informação, que inclui o respeito da liberdade e do pluralismo dos meios de comunicação social (artigo 11.º), a liberdade de reunião e de associação, com específica referência ao domínio político e o reconhecimento de que os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União (artigo 12.º)<sup>56</sup>, pelos respectivos Protocolos

---

pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem».

Sobre a extensão progressiva das fontes dos direitos fundamentais no sistema de direito da União Europeia e para um ensaio da sua sistematização, cfr. Fabrice Picod, «Les sources», in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2000, Bruylant, pp. 125-185.

<sup>55</sup> Intitulados, respectivamente, Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça.

<sup>56</sup> Cfr., no mesmo sentido, o actual artigo 191.º do Tratado da Comunidade Europeia (antigo artigo 138.º-A), tal como foi introduzido neste instrumento convencional em 1992, pelo Tratado da União Europeia.

Adicionais, como o direito de propriedade, com referência expressa à protecção da propriedade intelectual (artigo 17.º), o direito à educação (artigo 14.º)<sup>57</sup>, e a protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (artigo 19.º)<sup>58</sup>, pela Carta Social Europeia, como o direito ao trabalho (artigo 15.º)<sup>59</sup> ou por outros documentos internacionais<sup>60</sup>, como o direito de asilo (artigo 18.º). Mas reconhecem-se igualmente outros direitos, que entretanto obtiveram eco nos ordenamentos constitucionais nacionais e no próprio sistema comunitário, como a protecção de dados pessoais (artigo 8.º)<sup>61</sup> e a liberdade da empresa (artigo 16.º), ou que em geral não são objecto de um reconhecimento específico, como a liberdade das artes e das ciências (artigo 13.º).

O Capítulo III, a propósito da igualdade, consagra especialmente a igualdade perante a lei (artigo 20.º) e a proibição da discriminação (artigo 21.º)<sup>62</sup>, para afirmar depois o compromisso da União com o respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.º), a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo emprego, trabalho e remuneração, com explícita previsão da possibilidade de medidas

---

<sup>57</sup> O artigo 2.º do Protocolo n.º 1 falava, com um alcance aparentemente mais restrito, do direito à instrução. Mas assinala-se que o direito à formação profissional era já reconhecido pela Carta Social Europeia (artigo 10.º). Sublinhe-se porém que o texto a que nos reportamos consagra expressamente «o respeito (...) da liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas».

<sup>58</sup> Ainda que em termos mais alargados do que acontece nas disposições dos Protocolos n.ºs 4 e 7.

<sup>59</sup> Que surge enunciado em termos mais latos como liberdade profissional e direito de trabalhar.

<sup>60</sup> Trata-se, no caso, da Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados.

<sup>61</sup> Cfr., no que toca a Portugal, o artigo 35.º da Constituição da República. No sistema comunitário, saliente-se que por força de um novo artigo 213.º-B, introduzido no Tratado da Comunidade Europeia pelo Tratado de Amsterdão (hoje artigo 286.º) os actos comunitários relativos à protecção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados (trata-se das Directivas 95/46/CE e 97/66/CE, ambas do Parlamento e do Conselho, respectivamente de 24 de Outubro de 1995 e de 15 de Dezembro de 1997) serão aplicáveis às Instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele (n.º 1) e que, antes dessa data, o Conselho, através do processo da co-adesão, deveria criar um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar a sua aplicação, e tomar as demais disposições que se revelem adequadas (n.º 2) para o efeito, veja-se o Regulamento n.º 45/2001 (*in Jornal Oficial*, L, 8, p. 1).

<sup>62</sup> Que, para além de recordar a proibição da discriminação com base na nacionalidade, no âmbito de aplicação dos Tratados da Comunidade Europeia e da União Europeia, alarga a outros fundamentos, como as características genéticas, a deficiência ou a orientação sexual, a expressa proibição da discriminação.

positivas a favor do sexo sub-representado (artigo 23.º), os direitos das crianças (artigo 24.º)<sup>63</sup>, e das pessoas idosas (artigo 25.º) e a integração das pessoas com deficiência (artigo 26.º).

No Capítulo IV, e sob a epígrafe Solidariedade, reúne-se um conjunto de direitos de natureza social que na maior parte dos casos já se encontram consagradas quer na ordem jurídica comunitária (ou nos Tratados ou no direito derivado) quer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros<sup>64</sup>. É o que se passa com as disposições relativas à protecção da saúde (artigo 35.º), ao acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36.º)<sup>65</sup>, à protecção do ambiente (artigo 37.º) e à defesa dos consumidores (artigo 38.º) que consagram um dispositivo que se não afasta particularmente do que encontrávamos já, respectivamente, nos artigos 152.º, 86.º, 174.º e 153.º do Tratado da Comunidade Europeia. Ou com os direitos à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º), de negociação e acção colectiva (artigo 28.º), e de acesso aos serviços de emprego (artigo 29.º), reconhecidos já nos artigos 17.º, 11 e 6.º do Título I da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Da mesma forma que o disposto a propósito das condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º), da proibição do trabalho infantil e pro-

---

<sup>63</sup> Onde, para além da referência ao interesse superior da criança, na linha da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 20 de Novembro de 1989, se consagra o direito à livre expressão da opinião desta, que deverá ser tomada em consideração nos assuntos que lhe digam respeito em função da sua idade e maturidade.

<sup>64</sup> Para uma análise recente, numa perspectiva comparatística, da situação dos direitos sociais nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros da União, cfr. Julia Iliopoulos-Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude de droit comparé*, Bruxelles, 2000, Bruylant.

<sup>65</sup> A problemática dos serviços de interesse económico geral ganharia especial actualidade a partir do Tratado de Amsterdão que introduziria no Tratado da Comunidade Europeia um novo artigo 7.º-D (hoje artigo 16.º) que, atendendo à posição que estes serviços ocupam no conjunto dos valores da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, dispõe que, sem prejuízo dos artigos 77.º, 90.º e 92.º (hoje artigos 73.º, 86.º e 88.º), a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro dos limites das respectivas competências e dentro do âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. A Conferência Intergovernamental aprovaria ainda uma Declaração a este artigo (Declaração n.º 13) que sublinharia que as suas disposições relativas aos serviços públicos seriam aplicadas no pleno respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente no que se refere aos princípios da igualdade de tratamento, da qualidade e da continuidade desses serviços.

Mais recentemente o Conselho Europeu de Nice tomaria nota da comunicação da Comissão sobre os serviços de interesse geral (*in JOCE*, C, 17, pp. 4-23) e aprovaria a declaração adoptada pelo Conselho a este respeito, que reconhece o papel daqueles serviços para assegurar a coesão económica e social na União Europeia no seio dos valores comuns que fundam o modelo social europeu (sem prejuízo dos referidos artigos 73.º, 86.º e 87.º).

tecção dos jovens no trabalho (artigo 32.º), da vida familiar e profissional (artigo 33.º) e da segurança social e da assistência social (artigo 34.º) se situa na linha do prescrito, respectivamente nos artigos 2.º, 7.º, 16.º e 12.º e 13.º da Carta Social Europeia, ainda que as novas regras reflectam compreensivelmente os desenvolvimentos entretanto operados nas concepções e práticas existentes. Mas salientando-se de igual modo alguns rasgos inovadores neste plano, como a afirmação da protecção em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º), ainda que o seu conteúdo concreto seja obtido por remissão para o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Em matéria de cidadania, o Capítulo V da Carta segue de perto a actual parte II do Tratado da Comunidade Europeia, ao consagrar o direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 39.º), de eleger e de ser eleito nas eleições municipais (artigo 40.º), de se dirigir ao Provedor de Justiça (artigo 43.º), de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros (artigo 45.º) e de beneficiar de protecção diplomática e consular (artigo 46.º)<sup>66</sup>. E inclui também o di-

---

<sup>66</sup> Cfr., respectivamente, os artigos 19.º, n.º 2, 19.º, n.º 1, 21.º, parágrafo 2, 21.º, parágrafo 1, 18.º e 20.º do Tratado da Comunidade Europeia. E sobre a origem, desenvolvimento e sentido de cidadania da União, instituída pelo Tratado de Maastricht, cfr. Moura Ramos, «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª edição, Coimbra, 1999, Coimbra Editora, pp. 323-358, Carlos Closa, «The concept of citizenship in the Treaty of European Union», *Common Market Law Review*, 29 (1992), pp. 1137-1169, Robert Kovar) Denys Simon, «La citoyenneté européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 29 (1993), pp. 285-315, Stephen Hall, *Nationality, Migration Rights and citizenship of the Union*, Dordrecht, 1995, Martinus Nijhoff Publishers, Maria Elizabeth Gomes Ramos, «Breves notas sobre a cidadania da União Europeia», *Temas de Integração*, v. I (1.º semestre de 1996), pp. 63-112, Elisa Perez Vera, «Citoyenneté de l'Union Européenne: Nationalité et Condition des Étrangers», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 261 (1996), pp. 245-425, Jo Shaw, «The Many Pasts and Futures of Citizenship in the European Union», *European Law Review*, 22 (1997), pp. 554-572, Joseph H.H. Weiler, «To be an European Citizen», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, v. II-Diritto dell'Unione Europea, Milano, 1998, Giuffrè, pp. 1067-1099, Patrick Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 1998, Bruylant, Maria Dolores Blázquez Peinado, *La ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.º)*, Valencia, 1998, Tirant lo blanch, Marie José Garot, *La Citoyenneté de l'Union Européenne*, Paris, 1999, L'Harmattan, Miguel Gorjão Henriques, «Cidadania e Integração», *ibidem*, v. IV (2.º semestre de 1999), pp. 65-91, *La Citoyenneté Européenne* (sob a direcção de Christian Philip e Panayotis Soldatos), Montreal, 2000, Chaire Jean Monnet) Université de Montréal e a série de estudos recolhidos na colectânea organizada por Massimo Le Torre intitulada *European Citizenship. An Institutional Challenge* e citada *supra*, na nota 7.

Para uma análise do desenvolvimento jurisprudencial dos preceitos que a consagram, cfr. Helen Toner, «Judicial Interpretation of European Union Citizenship) Transformation or Consolidation?», *Maastricht Journal of Comparative Law*, 2 (2000), pp. 158-182.

reito de acesso aos documentos (artigo 42.º)<sup>67</sup> que o Tratado de Amsterdão inserira naquele mesmo Tratado, passando a contribuir o seu artigo 255.º. Além disso, o artigo 41.º da Carta consagra o direito de todas as pessoas a uma boa administração que, para além de abranger dois direitos até agora já expressamente reconhecidos no Tratado da Comunidade Europeia<sup>68</sup>, se desdobra igualmente no direito de todas as pessoas a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável, direito cujos corolários haviam sido já igualmente recebidos nos próprios Tratados, no direito derivado ou na jurisprudência dos tribunais comunitários<sup>69</sup>.

O catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Carta concluiu-se com o capítulo dedicado à Justiça onde se consagram o direito à acção e a um tribunal imparcial (artigo 47.º), a presunção de inocência e os direitos da defesa (artigo 48.º), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que um vez pelo mesmo delito no interior da União (artigo 50.º), em termos que, salvo quanto ao último<sup>70</sup>,

---

<sup>67</sup> Situando este direito num contexto mais geral, no plano da ordem jurídica comunitária, cfr. Bo Vesterdorf, «Transparency) Not just a vogue word», in 22 *Fordham International Law Journal* (1999), pp. 902-929, maxime 913-924.

<sup>68</sup> O direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros e o direito de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua, consagrados, respectivamente, nos actuais artigos 288.º, parágrafo 2, e 21.º, parágrafo 3, do Tratado da Comunidade Europeia.

<sup>69</sup> A Carta refere expressamente, a este propósito, o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida que a afecte desfavoravelmente (cfr., por exemplo, em matéria de concorrência, o artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17/62, do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 e os artigos 2 a 9 do Regulamento n.º 99/63/CEE, da Comissão, de 25 de Julho de 1963), o direito a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial (cfr. o artigo 287.º do Tratado da Comunidade Europeia) e a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões (cfr. o actual artigo 253.º do Tratado da Comunidade Europeia).

Em particular quanto ao direito a obter uma decisão da administração num prazo razoável, cfr. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, SCK e FNK/Comissão, T-213/95 e T-18/96, *Colectânea*, p. II-1731, que o qualifica como princípio geral de direito comunitário (ponto 56).

<sup>70</sup> O acolhimento, nos termos em que é feito, do princípio do *ne bis in idem* configura no entanto uma concepção algo limitativa deste princípio uma vez que apenas dá relevo para o efeito a um anterior julgamento no território da União. No sistema jurídico português, por exemplo, o princípio tem um alcance mais lato, obtendo inclusivamente consagração constitucional no artigo 29.º, n.º 5 da lei fundamental. Cfr., já no domínio do Códico

reproduzem praticamente o disposto nos artigo 6.º e 7.º da Convenção Europeia.

Finalmente, a Carta inclui ainda num último capítulo (o VII) um conjunto de disposições gerais que visam o alcance e os efeitos dos preceitos anteriores. Assim, na primeira (artigo 51.º), e a propósito dos destinatários das regras da Carta, sublinha-se que estes são constituídos pelas instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, e pelos Estados-Membros, apenas quando aplicam o direito da União<sup>71</sup>. A ambas estas entidades cabe assim respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências. Fiel ao objectivo de se limitar a garantir a transparência do sistema, o número 2 deste artigo sublinha ainda que a Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, não modificando também as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Em sede de âmbito dos direitos garantidos, o artigo 52.º dispõe sobre a sua restrição e o seu conteúdo. Quanto ao primeiro aspecto, prescreve o n.º 1 que ela deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades<sup>72</sup>. Mais particularmente, precisa-se que, na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União. ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros. Quanto ao alcance dos direitos reconhecidos, o n.º 2 sublinha que, quando eles se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos<sup>73</sup>, acrescentando o n.º 3 que igual regra vale

---

go Penal de 1886, Eduardo Correia (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, v. I, Coimbra, 1968, Livraria Almedina, p. 175 e, hoje, o artigo 6.º, n.º 1 do Código Penal de 1982.

<sup>71</sup> Para uma análise dos primeiros arestos jurisprudenciais neste sentido, cfr. Joseph H. H. Weiler, «The European Court at a crossroads: Community human rights and member State action», in *Du Droit international au droit de l'integration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1991, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 821-842.

Sublinhando as limitações da fórmula utilizada, em contraposição com a (mais ampla) expressão utilizada pela jurisprudência comunitária que precisa que as exigências dos direitos fundamentais devem ser respeitadas também quando se trate de uma regulamentação nacional que «entre no campo de aplicação do direito comunitário», cfr. Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, «De Biarritz à Nice: le projet de Charte des droits fondamentaux est-il bien articulé avec le droit de l'Union?», in *Gazette Européenne*, n.º 25 (dimanche 29 au mardi 31 octobre 2000), pp. 18-23.

<sup>72</sup> Cfr., em idêntico sentido, o artigo 18.º da Constituição Portuguesa.

<sup>73</sup> De algum modo se confirmando assim a natureza não inovatória da Carta, quanto ao conteúdo do sistema de protecção dos direitos fundamentais nela contido.

quanto aos direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia, a não ser que a Carta lhes confira uma prestação mais extensa ou mais ampla<sup>74</sup>.

A propósito do nível de protecção conferido, o artigo 53.º clarifica ainda que as disposições da Carta não podem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Enfim, numa disposição final (artigo 54.º) proíbe-se o abuso do direito, esclarecendo-se que as normas da Carta não devem ser interpretadas no sentido de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por elas reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na Carta<sup>75</sup>.

7. Das considerações que precedem parece emergir a conclusão<sup>76</sup> de que o sistema de protecção dos direitos fundamentais proclamados com a Carta se não concebe em termos de instrumento de uma alteração substancial da situação a este respeito vivida no seio da União. Bem pelo contrário, e muito mais modestamente, para além de não lhe ser atribuída especial força jurídica vinculante, a Carta aparenta não visar alterar de modo algum o equilíbrio existente entre a Comunidade e a União, por um lado, e os seus Estados-Membros<sup>77</sup>, por outro, resultado que aliás deveria ser atingido por alteração dos Tratados. Daí que se insista em que os destinatários dos seus comandos são as instituições e órgãos da União, *na observância do princípio da subsidiariedade*<sup>78</sup>, bem como os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União<sup>79</sup>.

Mas se a Carta não pretende trazer nada de novo no domínio das relações entre a Comunidade e a União e os seus Estados-Membros, ela

---

<sup>74</sup> Possibilidade esta que o preceito em análise expressamente reafirma.

<sup>75</sup> Em idêntico sentido, cfr. o artigo 17.º da Convenção Europeia.

<sup>76</sup> Sublinhada em particular nas Disposições Gerais.

<sup>77</sup> Expressamente neste sentido o artigo 51.º, n.º 2, sublinha que a Carta «não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos tratados».

<sup>78</sup> Sublinhado nosso.

<sup>79</sup> Cfr. o que dizemos *supra*, na nota 71. A fórmula parece querer sublinhar que a aprovação da Carta não envolve qualquer novo compromisso ou limitação de competência estadual.

também não parece inovar demasiado, em sede de conteúdo dos direitos garantidos, quando precisa, no artigo 52.º, n.º 2, que os direitos nela reconhecidos que se baseiam nos Tratados comunitários ou no Tratado da União são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos<sup>80</sup>, e que as suas disposições não podem ser interpretadas no sentido e restringir ou lesar o nível de protecção dos direitos fundamentais já atingido no sistema comunitário<sup>81</sup>.

Confirma-se assim que a Carta corresponde ao objectivo querido pelo Conselho Europeu de dar visibilidade ao sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, sem prejudicar o destino de questões que até agora se encontravam em debate, como a adesão da Comunidade ou da União à Convenção Europeia, nem dar passos significativos na senda da definição quer de um sistema de protecção de direitos humanos a que seja reconhecida centralidade na construção do ordenamento comunitário<sup>82</sup>, quer do conteúdo específico que àqueles direitos deva caber, tendo em conta as suas exigências, neste sistema jurídico<sup>83</sup>.

Mas esta modéstia não exclui que, sem pretender embora constituir mais do que o fruto da codificação e do desenvolvimento progressivo do sistema preexistente, a Carta não deixe de vir a inspirar, independentemente do seu valor jurídico, o quadro de valorações da jurisdição comu-

---

<sup>80</sup> Uma disposição paralela acrescenta que na medida que os direitos reconhecidos na Carta sejam correspondentes aos garantidos na Convenção Europeia o seu sentido e âmbito são iguais aos conferidos por esta Convenção, a não ser que a Carta garanta, o que sempre será possível, uma protecção mais extensa ou mais ampla. A recondução do conteúdo dos direitos fundamentais que a União deve garantir ao alcance que estes obtiveram na jurisprudência do Tribunal dos Direitos do Homem é um dado adquirido pela jurisprudência comunitária) cfr. por exemplo o acórdão de 28 de Março de 2000, Krombach, C-7/98 (ainda não publicado) e Moura Ramos, «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», *2 Yearbook of Private International Law* (2000), pp. 25-39 (33-39).

Atente-se porém em que o relacionamento entre a jurisprudência de Estrasburgo e a do Luxemburgo não se faz apenas neste sentido, podendo igualmente detectar-se uma influência da existência do direito comunitário sobre a interpretação da Convenção Europeia. Neste sentido, cfr. já Maurice Mendelson, *L'incidence du droit communautaire sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1984, Conselho da Europa, especialmente pp. 28-31.

<sup>81</sup> Cfr. o artigo 53.º.

<sup>82</sup> Para uma análise orientada neste sentido, cfr., por último, as contribuições recolhidas na obra editada por Philip Alston (com Mara Bustelo e James Heenan), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, Oxford University Press.

<sup>83</sup> Veja-se a propósito, J.H.H. Weiler, «Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the european legal space», in *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, Cambridge University Press, pp. 102-129.



nitária<sup>84</sup>, e não venha a ter igualmente um efeito de irradiação sobre os demais mecanismos (nacionais e internacionais) de protecção dos direitos fundamentais.

---

<sup>84</sup> Veja-se neste sentido a recente invocação que dela faz o Advogado-Geral Tizzano nas suas conclusões (de 8 de Fevereiro de 2001) (ainda não publicadas) sobre o processo prejudicial C-173/99 [*Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)* contra *Secretary of State for Trade and Industry*].

A propósito do carácter fundamental do direito a férias pagas (reconhecido no artigo 31.º, 2 da Carta) o Advogado-Geral escreve que embora desprovida, do ponto de vista formal, de valor obrigatório autónomo, não é possível, num litígio que se refira à natureza e ao alcance de um direito fundamental, ignorar os enunciados pertinentes da Carta nem sobretudo *a sua vocação evidente para servir, quando as suas disposições o permitam, de parâmetro de referência substancial para todos os autores) Estados-Membros, instituições, pessoas físicas e morais) da cena comunitária* (ponto 28) (sublinado nosso).



# **Jurisprudencia**



# Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

por Carlos Gimeno Verdejo<sup>1</sup>

Administrador de la Comisión Europea - DG Mercado Interior

y por María Isabel Rofes i Pujol<sup>2</sup>

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LA SENTENCIA PREUSSEN/ELEKTRA<sup>3</sup>. INTERESANTES DESARROLLOS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE CUESTIONES PREJUDICIALES Y SOBRE EL CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO. ¿CAMBIO ENCUBIERTO DE JURISPRUDENCIA A PROPÓSITO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS?

## Introducción

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia, se pronuncia sobre varias cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una Ley alemana cuyo objeto es la promoción del uso de fuentes de energía renovables. Dicha Ley obliga a las empresas regionales distribuidoras de energía eléctrica a adquirir, dentro de su área de operaciones, electricidad procedente de fuentes de energía renovable a precios mínimos, y obliga a los gestores de redes de distribución de electricidad a partir de fuentes convencionales de energía a compensar par-

---

<sup>1</sup> Las opiniones expresadas por el autor son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

<sup>2</sup> Las opiniones expresadas por la autora son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

<sup>3</sup> C-379/98, Rec. p. I-0000.

cialmente a las empresas distribuidoras por los costes adicionales derivados de esa obligación de adquisición.

Mediante su remisión prejudicial, el tribunal nacional (*Landgericht Kiel*) preguntaba en esencia:

- Si el sistema establecido por dicha Ley constituía una ayuda de Estado en favor de las empresas productoras de electricidad a partir de fuentes de energía renovables en el sentido de los artículos del Tratado en la materia (actualmente los artículos 87 y siguientes CE), y a título subsidiario,
- Si el sistema constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 30 del Tratado CE (actual artículo 28 CE)

Dichas cuestiones se habían planteado en el marco de un litigio en el cual un gestor de redes de electricidad a partir de fuentes de energía convencionales (la empresa *PreussenElektra*), afirmando la incompatibilidad de la Ley alemana con el derecho comunitario, pretendía el reembolso de sumas que había tenido que pagar a una empresa distribuidora de electricidad (la empresa *Schleswig*) sometida a la obligación de adquisición. El demandante poseía la mayoría de las acciones de la empresa distribuidora demandada y ambas partes estaban de acuerdo sobre la incompatibilidad de la Ley en cuestión con el Derecho comunitario y con el Derecho constitucional nacional.

Los aspectos más sobresalientes sobre los que se pronuncia el Tribunal en la sentencia son los siguientes:

- Si el procedimiento nacional constituía un artificio procesal que condujese a una declaración de inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por el *Landgericht Kiel*.
- Si únicamente las medidas financiadas a través de recursos estatales pueden ser calificadas de ayudas de Estado, y
- Si una medida nacional que trata a los productos nacionales de modo más favorable que a los productos importados puede ser justificada por motivos medioambientales.

## **La admisibilidad de las cuestiones prejudiciales**

Sobre las cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia recibió en un primer momento observaciones escritas del demandante y del demandado en el litigio principal, así como de los Gobiernos finés y alemán y de la Comisión. En un momento ulterior, también presentaron observacio-

nes escritas las dos partes coadyuvantes que se habían personado en el litigio principal (la empresa *Windpark* y el Land Schleswig-Holstein)<sup>4</sup>.

Tanto las partes coadyuvantes como el gobierno alemán habían puesto en duda la admisibilidad de la remisión prejudicial. Los motivos invocados eran los siguientes:

- Lagunas o errores de hecho en la resolución de remisión prejudicial.
- Carácter artificial del litigio.
- Falta de pertinencia de las cuestiones para la resolución del litigio principal.

Para contestar a los argumentos avanzados en materia de admisibilidad, el Tribunal efectúa un recordatorio sucinto de su jurisprudencia sobre el particular<sup>5</sup>. Señala así que, «conforme a reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 177 del Tratado, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse». A continuación, el Tribunal añade que «en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia» y que «la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de

---

<sup>4</sup> Al respecto, cabe señalar una cierta controversia sobre la posibilidad de que dichas partes coadyuvantes pudieran presentar observaciones. El Abogado General Sr. Jacobs examina esta controversia en los puntos 67 a 72 de sus conclusiones y se pronuncia a favor de dicha posibilidad, invocando el carácter no contencioso del expediente prejudicial y los objetivos del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia. La sentencia pasa por alto esta controversia, posiblemente por considerarla intrascendente.

<sup>5</sup> Para obtener una información más detallada, véase el comentario al artículo 234 CE (ex-artículo 177 del Tratado CE) de ROSEREN, P. en *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Dalloz, Bâle 2000, p. 1662 y s., o el libro de compilación *Derecho comunitario. La cuestión prejudicial*, Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, Vitoria, 1994.

hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.»

Partiendo de esta base, el Tribunal rechaza uno por uno los motivos de inadmisibilidad invocados. Tratándose de las pretendidas lagunas o errores de hecho contenidos en la resolución de remisión, recuerda que no le corresponde a él sino al órgano jurisdiccional nacional establecer los hechos que originaron el litigio y deducir las consecuencias de los mismos para la decisión que debe dictar<sup>6</sup>. Y por lo que respecta a la pertinencia de las cuestiones planteadas, tras constatar que el órgano jurisdiccional nacional había definido suficientemente el marco jurídico nacional y explicado las razones por las cuales consideraba que las cuestiones planteadas eran pertinentes y que la respuesta a las mismas era necesaria para resolver el litigio, el Tribunal confirma la pertinencia de la motivación presentada.

El Tribunal rechaza igualmente que el litigio fuese artificial, a pesar de ciertos indicios en sentido contrario (acuerdo entre las partes sobre la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la norma sobre la que se basaban los pagos compensatorios objeto de reclamación y hecho de que la entidad demandante fuera la principal accionista de la demandada y, por lo tanto, tuviera una influencia preponderante sobre las decisiones y posturas jurídicas de ésta). Para ello, se fundamenta en la famosa jurisprudencia *Foglia/Novello*<sup>7</sup>, que reitera a pesar de su carácter controvertido.

Conviene recordar que, en virtud de esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia se niega a responder a cuestiones planteadas en contextos procedimentales ficticios, provocados con el único objeto de obtener una determinada reclamación interpretativa o de invalidez de una norma, sin que medie un conflicto real entre pretensiones enfrentadas. Dicha jurisprudencia nace del siguiente entramado fáctico y jurídico: un ciudadano italiano había celebrado con una empresa de la misma nacionalidad un contrato de compraventa de mercancías cuya entrega debía realizarse en Francia; el contrato incluía una cláusula por la que el comprador no sería responsable del pago de ningún impuesto contrario al Derecho comunitario; las mercancías fueron entregadas debidamente, pero el vendedor tuvo que pagar un impuesto de consumo en Francia y reclamó al comprador la devolución del importe satisfecho en concepto del impuesto en

---

<sup>6</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1999, WWF y otros (C-345/97, Rec. p. I-5613).

<sup>7</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1980, *Foglia/Novello* (104/79, Rec. p. 745) y de 16 de diciembre de 1981, *Foglia/Novello* (244/80, Rec. p. 3045). Sobre esta jurisprudencia, véase PALACIO GONZÁLEZ, J.: *Derecho procesal y del Contencioso Comunitario*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 254.



cuestión; este último se negó a reembolsar tal suma por estimar que dicho impuesto era contrario al Derecho comunitario; un tribunal italiano tuvo que decidir entonces si el impuesto francés era compatible con el Derecho comunitario. A la vista de estos hechos, había razones suficientes para considerar, por vía de inferencia, que toda la transacción había sido planeada para plantear un asunto *test*, ante lo cual el Tribunal reaccionó declarando que no era competente, so pena de atentar contra el sistema del conjunto de vías de recursos jurisdiccionales a disposición de los particulares para protegerse contra la aplicación de leyes fiscales que serían contrarias a las disposiciones del Tratado, para pronunciarse sobre cuestiones planteadas en el marco de un litigio por el cual las partes pretenden obtener una condena del régimen fiscal de un Estado miembro, por medio de un procedimiento entablado ante un tribunal de otro Estado miembro entre dos partes privadas que están de acuerdo acerca del resultado a alcanzar y que, además, han insertado en su contrato una cláusula cuyo objeto es forzar a este último a pronunciarse sobre tal punto. Y prosiguió observando que el carácter artificial de esta construcción es tanto más manifiesto cuanto que no se habían utilizado las vías de recurso abiertas por el Derecho nacional del primer Estado miembro contra el impuesto en cuestión.

No conforme con esta solución, el tribunal italiano planteó una segunda cuestión prejudicial, pero el Tribunal no alteró su postura lo más mínimo. Este precisó que el artículo 177 del Tratado CEE le confiere la misión, no de evacuar dictámenes consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino de contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros. Por lo tanto, no es competente para responder a cuestiones de interpretación planteadas en el marco de construcciones procedimentales amañadas por las partes, al objeto de obligar al Tribunal de Justicia a tomar posición en torno a determinados problemas de Derecho comunitario que no responden a una necesidad objetiva inherente a la resolución del litigio.

La jurisprudencia *Foglia/Novello* no dejó de ser criticada, por cuanto, independientemente de las intenciones de las partes, el juez nacional estaba confrontado a un litigio real que debía resolver<sup>8</sup>. Sin embargo, dicha jurisprudencia permaneció y, de hecho, volvió a ser utilizada, aunque con prudencia, en otro asunto<sup>9</sup>. Se trataba de un profesor alemán que, considerando que la jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* en materia de aportaciones a las sociedades anónimas era contraria a una disposición de

---

<sup>8</sup> Véase HARTLEY, T.C.: *The foundations of European Community Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 259.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871).

una Directiva comunitaria, adquirió una acción emitida por una sociedad en el marco de una ampliación de capital. En la asamblea general correspondiente solicitó al Consejo de administración ciertas informaciones que le fueron denegadas, en vista de lo cual presentó una demanda ante un tribunal alemán. Este planteó numerosas cuestiones prejudiciales en las que, desde una perspectiva puramente teórica, se examinaban todas y cada una de las implicaciones del eventual conflicto entre la jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* y la correspondiente Directiva comunitaria.

En el asunto *PreussenElektra*, el Tribunal de Justicia, sin apartarse de la jurisprudencia *Foglia/Novello*, va a considerar que las condiciones para su aplicación no se encuentran reunidas. Estima que el litigio principal no tiene un carácter hipotético, puesto que la demanda presentada por *PreussenElektra* tiene por objeto la devolución de la cantidad que tuvo que pagar a *Schlesweg* para compensar los costes adicionales que ésta soportó por la compra de electricidad de origen eólico efectuada, en cumplimiento de la obligación de compra prevista por la Ley alemana, a los productores de este tipo de electricidad establecidos en su zona de suministro. Por lo que respecta a la convergencia de intereses entre las dos empresas de que se trataba, el Tribunal puntualiza que el objeto del litigio no es la ayuda que debe prestarse en aplicación de determinadas disposiciones de la Ley alemana modificada, sino la parte de dicha presunta ayuda que *PreussenElektra* ha debido devolver con arreglo a otra disposición diferente de dicha Ley. Al derivarse dichas obligaciones directamente de la referida Ley, el Tribunal concluye que el procedimiento principal no constituye un artificio procesal, lo que, a su juicio, se ve corroborado por el hecho de que el tribunal nacional haya admitido la intervención en el mismo de *Windpark* y del Land Schleswig-Holstein, quienes sostienen tesis contrarias a las de las partes principales. Finalmente, por lo que se refiere a los lazos existentes entre demandante y demandado, el Tribunal considera que, a la vista de la situación, el hecho de que una de las partes sea accionista principal de la otra no priva de su carácter real al litigio entre ellas.

La motivación dada por el Tribunal al respecto no deja de ser lacónica. La motivación dada por el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones es algo más completa. A la que finalmente retiene el Tribunal, había añadido lo siguiente:

—Por un lado, *PreussenElektra* y *Schlesweg* discutían la validez de una norma alemana ante un tribunal alemán y, por consiguiente, la preocupación central de la jurisprudencia *Foglia/Novello*, en particular evitar situaciones en las que los tribunales de un Estado miembro deciden sobre la validez de las leyes de otro Estado y ga-

- rantizar al Estado miembro afectado un foro adecuado para defender su derecho, no se presentaba en el caso de autos.
- Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya había aceptado remisiones prejudiciales en asuntos en los que el litigio enfrentaba una sociedad madre y su filial<sup>10</sup> y ningún elemento presentado ante el Tribunal dejaba pensar que *PreussenElektra* hubiera hecho uso de su pretendido poder para determinar la línea de acción de *Schleswag* con vistas a arreglar el litigio; de hecho, había constancia de que la demandante había presentado una demanda similar contra otro distribuidor regional de electricidad sobre el que carecía de control y que ese litigio en paralelo había quedado suspendido en espera de una decisión judicial en el de autos.
  - Finalmente, nada irregular podía observarse en la decisión de la demandante de pagar las sumas controvertidas para después reclamar únicamente una suma comparativamente más pequeña, puesto que una empresa, convencida de la incompatibilidad de una medida nacional con el Derecho comunitario, debe poder decidir libremente su estrategia procesal y plantear un *caso-test* si así lo desea, decisión particularmente comprensible cuando los costes procesales se calculan con referencia a las sumas objeto de litigio.

De hecho, a la vista de toda esta motivación, cabría replantearse de nuevo el enfoque general del asunto *Foglia/Novello*. En efecto, por mucho que existiese un contrato encaminado a plantear un *caso-test*, ¿no se trataba allí también de un litigio efectivo ante los tribunales italianos?; ¿no se trataba allí de obligaciones derivadas directamente de la legislación fiscal francesa?; ¿no se está reconociendo ahora específicamente la posibilidad de plantear un *caso-test*? Por ello, y teniendo en cuenta la escasa aplicación de la misma, cabe pensar que, aparte ciertos casos extremadamente curiosos como los del profesor alemán que suscitó el asunto *Meilicke*, dicha jurisprudencia va a quedar, en general, reservada a los asuntos en los que se esté contestando en un Estado miembro la reglamentación de un Estado miembro distinto.

## El concepto de ayuda de Estado

La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Landgericht Kiel* tenía por objeto que se dilucidase si una normativa de un Esta-

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, *Union Laitière Normande* (244/78, Rec. p. 2663).

do miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de dicha obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes de electricidad situados en un nivel de distribución anterior constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actual artículo 87 CE).

La respuesta del Tribunal comienza recordando el texto de esta disposición comunitaria<sup>11</sup>, que configura el concepto de ayuda de Estado en torno a dos elementos fundamentales: la intervención estatal y la selectividad de la medida.

El carácter selectivo de la Ley alemana no era objeto de controversia, puesto que ésta proporciona una ventaja económica clara a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovable, en la medida en que les garantiza, sin ningún riesgo, beneficios superiores a los que obtendrían si no existiera la obligación de compra, a precios mínimos, de dicho tipo de electricidad.

El Tribunal pasa pues a examinar el elemento relativo a la intervención estatal, para lo cual se remite al último estado de desarrollo de la jurisprudencia<sup>12</sup>. De dicha jurisprudencia resulta que sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales se consideran ayudas a afectos de la mencionada disposición del Tratado. En efecto, puntualiza el Tribunal, «la distinción que establece esta norma entre las

---

<sup>11</sup> Artículo 87 CE (ex-artículo 92 CEE).

«1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

<sup>12</sup> Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1978, Van Tiggele (82/77, Rec. p. 25), de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptum (C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887), de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185), de 7 de mayo de 1998, Viscido y otros (C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629), de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907) y de 17 de junio de 1999, Piaggio (C-295/97, Rec. p. I-3735).

Sobre la jurisprudencia y la práctica decisional de la Comisión en general en materia de ayudas de Estado, véanse entre otros, KEPPELNE, J.P.: *Guide pratique des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, así como el comentario a los artículos 87 a 89 CE de LEHMAN, H. en *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Dalloz, Bâle 2000, p. 791 y s., y la publicación de la Comisión Europea *Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas, Volumen II B, Explicación de las reglas aplicables a las ayudas de Estado*.

“ayudas otorgadas por los Estados” y las ayudas otorgadas “mediante fondos estatales” no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales como si no, pues su único objeto es incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado».

Conviene observar que el Tribunal de Justicia va a renunciar a reconsiderar dicha jurisprudencia, a pesar de que el tribunal nacional remitente y las dos partes principales en el litigio, así como la Comisión y el gobierno finlandés, le habían sugerido acoger una interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE, según la cual bastaría que la medida resultase de una acción de un Estado miembro, independientemente de que estuviese financiada por fondos estatales. La tarea le fue facilitada por el Abogado General Sr. Jacobs quien, en sus conclusiones, pasa revista a todos los argumentos presentados para acabar negándoles crédito suficiente.

Los principales argumentos invocados en favor de un cambio de jurisprudencia eran los siguientes:

- Existen sentencias del Tribunal y conclusiones de Abogados Generales en las que la financiación por parte de fondos estatales no había sido considerada como un elemento necesario en el concepto de ayuda<sup>13</sup>.
- El hecho de que el artículo 92, apartado 1, se refiera a ayudas otorgadas «bajo cualquier forma» sugiere una interpretación extensiva.
- Una interpretación extensiva es necesaria para que el Artículo 92 pueda representar una contribución para alcanzar el objetivo del mantenimiento de condiciones iguales de competencia para las empresas. Además la distorsión de la competencia causada por una medida puede ser mayor cuando el coste de la misma recae sobre los competidores de las empresas favorecidas y no sobre el contribuyente.
- Sería formalista aplicar las reglas de ayudas de Estado en aquellos casos en que determinadas empresas deben efectuar contribuciones a un fondo estatal que después las redistribuye a sus competidores y no aplicar dichas reglas en los casos en que las empresas afectadas deben efectuar dichas contribuciones directamente a sus competidores.

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Comisión/Francia (290/85, Rec. p. 439), de 2 de febrero de 1988, Van der Kooy (67. 68 y 70/85, Rec. p. 219) y de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, Rec. p. 2855).

—A falta de interpretación extensiva, existe el peligro de que los Estados se vean tentados a diseñar sistemas que confieran importantes ventajas económicas a determinadas empresas nacionales, con consecuencias gravemente dañosas para la competencia y el comercio intracomunitarios, no cuesten al Estado ningún dinero y escapen al control de la Comisión en virtud del artículo 93 del Tratado CE.

El Abogado General, aún reconociendo alguna validez a estos argumentos, estimó que la financiación con cargo a fondos estatales constituye un elemento necesario del concepto de ayuda de Estado y que el Tribunal debía mantener su última jurisprudencia<sup>14</sup>.

Tratándose de la interpretación del texto, la interpretación extensiva le parecía contradecir el modo natural y habitual de redactar legislaciones. Al respecto señalaba que interpretar las ayudas otorgadas mediante fondos estatales como aquéllas que cubren las medidas financiadas a través de fondos públicos, y las otorgadas por los Estados como una categoría que cubriría el resto de medidas que no son financiadas con fondos públicos supondría que los autores del Tratado colocarían un concepto que cubre a una categoría residual de casos por delante del concepto que cubre la categoría normal. Por otro lado, una interpretación sistemática del Tratado que tenga en cuenta el encabezamiento de la sección en la que se encuadra el artículo 92 («Ayudas otorgadas por los Estados») conduce también, a su juicio, a descartar la interpretación extensiva.

Tratándose de los argumentos teleológicos, el Abogado General observaba que las reglas en materia de ayudas de Estado pueden tener por objetivo proteger la competencia sólo frente a las medidas estatales financiadas con cargo a fondos públicos y no frente a todo tipo de medidas estatales.

Otro argumento utilizado por el Abogado General para defender el mantenimiento de la jurisprudencia se refiere, en clave sistemática, a las reglas de procedimiento previstas por el artículo 93 del Tratado CE para el examen por la Comisión de las ayudas. Dichas reglas protegen los intereses de diversas partes afectadas (según él, competidores, empresa ayudada, Estado que concede la ayuda y resto de Estados), pero no hacen referencia alguna a las empresas que tienen que financiar las ayudas concedidas a otras empresas. Si el concepto de ayuda de Estado cubriese sistemáticamente las medidas financiadas mediante recursos privados, dichas reglas habrían tenido en cuenta sus derechos y obligaciones procedimentales. Además se plantearían dificultades prácticas para la

---

<sup>14</sup> De hecho, en sus conclusiones examina la evolución de la misma, con referencia incluso a las vacilaciones e incoherencias señaladas por los defensores de la interpretación extensiva.

ejecución de una decisión de la Comisión por la que se ordenase la recuperación de ayudas ilegales de este tipo.

Finalmente el Abogado General creía que el peligro de ver desarrollarse sistemas anticompetitivos que escapasen a las reglas de ayudas de Estado parecía exagerado.

Los argumentos del Abogado General no dejan de ser opinables. El peligro mencionado existe. El mismo no tiene claro cuál sea el objetivo real de las reglas en materia de ayudas de Estado. El Tratado no define quiénes sean las partes afectadas en materia de ayudas, por lo que las empresas que financian las ayudas concedidas a otras empresas podrían ser consideradas como interesados que debieran disfrutar de derechos procedimentales. Además, las dificultades prácticas de la recuperación de ayudas financiadas con fondos privados no deben oscurecer el hecho de que la ilegalidad de las ayudas conducirá a su eliminación, cuando menos con vistas al futuro.

En todo caso, Abogado General y Tribunal de Justicia han preferido situarse en una óptica distante de aquella procomunitaria que caracterizó a la institución jurisdiccional en los comienzos del proceso de integración europea, y restringir el concepto de ayudas de Estado a aquéllas financiadas mediante fondos estatales.

No cabe extrañarse pues de que el Tribunal concluya que «una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas que están situados en un nivel de distribución anterior no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado». En efecto, ni esta obligación ni el reparto de la carga financiera entre las empresas implicadas suponen transferencias directas o indirectas de recursos estatales a las empresas que producen electricidad procedente de fuentes de energía renovables.

Otros dos argumentos que, con independencia de un eventual cambio de jurisprudencia, habían sido invocados en favor de la ilegalidad de la normativa controvertida, tenían menos peso y son desechados por el Tribunal. Por un lado, éste señala que el hecho de que la carga financiera derivada de la obligación de compra a precios mínimos pueda repercutir negativamente en los resultados económicos de las empresas sujetas a esta obligación e implicar, en consecuencia, una disminución de los ingresos fiscales, es inherente a una normativa de este tipo y no puede considerarse que constituya un instrumento para conceder a los productores

de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una determinada ventaja a cargo del Estado.

Por otro lado, rechaza la aplicación conjunta de los artículos 92 y 93 en conjunción con el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) para hacer frente a medidas de apoyo que sean adoptadas por los Estados pero financiadas por empresas privadas<sup>15</sup>. Al respecto, indica que «el artículo 92 del Tratado es suficiente por sí solo para prohibir los comportamientos estatales a los que se refiere, y el artículo 5 del Tratado, que, en su párrafo segundo, prevé que los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado, no puede servir para ampliar el ámbito de aplicación de dicho artículo 92 a los comportamientos estatales que no están previstos en él».

### **Medidas de efecto equivalente: concepto y justificación**

La segunda cuestión prejudicial sobre la que se pronuncia el Tribunal se refiere a la compatibilidad con el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE) de la misma Ley alemana que había sido objeto de examen a la luz de las reglas en materia de ayudas de Estado.

El Tribunal empieza recordando su jurisprudencia en la materia<sup>16</sup>, en virtud de la cual «el artículo 30 del Tratado, al prohibir entre los Estados miembros las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, se aplica a cualquier medida nacional que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario»<sup>17</sup>. A continuación añade que también resulta de la jurisprudencia que «la obligación impuesta a los operadores económicos de un Estado miembro de abastecerse de un producto concreto, en un determinado porcentaje, de un proveedor nacional limita en la misma proporción las posibilidades de importación de ese mismo

---

<sup>15</sup> Se habría tratado de una aplicación analógica a la de los artículos 81 y 82 CE con el artículo 10 CE. Véanse al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 1985, Leclerc (229/83, Rec. p. 1), de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751) o de 21 de septiembre de 1999, Albany (C-67/96, p. I-5751). Véase también JOLIET, R.: «Règlementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire», en *Cahiers de Droit Européen*, 1988, p. 363 et s.

<sup>16</sup> Para más detalles, véase el comentario a los artículos 28 a 30 CE de GIMENO VERDEJO, C. en *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Dalloz, Bâle 2000, p. 270 y s.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837).



producto e impide que estos operadores se abastezcan, para satisfacer una parte de sus necesidades, de empresas situadas en otros Estados miembros»<sup>18</sup>.

A la vista de esta jurisprudencia, el Tribunal reconoce que la obligación de compra prevista por la Ley alemana sólo se aplica a la electricidad procedente de fuentes de energía renovables en el ámbito de aplicación de la misma y en la respectiva zona de suministro de cada empresa afectada y puede, por ello, obstaculizar, al menos potencialmente, el comercio intracomunitario. Sin embargo, estima que conviene tener en cuenta el objetivo de la norma controvertida y las particularidades del mercado de electricidad a efectos de dilucidar su compatibilidad con el artículo 28 CE.

Al respecto, el Tribunal destaca que la utilización de fuentes de energía renovables es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados se han comprometido a combatir, y cita, para apoyarlo, ejemplos normativos<sup>19</sup>. Y observa igualmente que esta política también tiene por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales.

Sobre esta base, y apoyándose en una serie de consideraciones diversas, el Tribunal concluye que en el estado actual del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad, una normativa como la alemana no es incompatible con el artículo 30 del Tratado. Entre esas consideraciones cabe citar:

- Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y realización de las demás políticas comunitarias, tal y como se desprende del artículo 174 CE y, sobre todo, del artículo 6 CE, que figura en la primera parte del Tratado titulada «Principios».

---

<sup>18</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil* (72/83, Rec. p. 2727) y de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, Rec. p. I-889).

<sup>19</sup> Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático, aprobada en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993 (*DOCE* 1994, L 33, p. 1), Protocolo de la tercera conferencia de las partes de esta Convención, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997, firmado por la Comunidad y por sus Estados miembros el 29 de abril de 1998, Resolución 98/C 198/01 del Consejo, de 8 de junio de 1998, sobre fuentes de energía renovables (*DOCE* C 198, p. 1) y Decisión n.º 646/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2000, por la que se aprueba un programa plurianual de fomento de las energías renovables en la Comunidad (Altener) (1998-2002) (*DOCE* L 79, p. 1).

- La Directiva 96/92<sup>20</sup> autoriza a los Estados miembros, por razones de protección del medio ambiente, a dar prioridad a la generación de electricidad basada en fuentes de energía renovables. La misma Directiva sólo constituye una nueva fase en la liberalización del mercado de la electricidad y permite que sigan existiendo obstáculos a los intercambios de electricidad entre los Estados miembros.
- La naturaleza misma de la electricidad hace difícil determinar su origen una vez incorporada a la red de transmisión.

El razonamiento seguido por el Tribunal no deja de suscitar perplejidad. Por un lado, porque se aparta de la línea habitual de razonamiento (examen de la medida, identificación de los objetivos perseguidos y verificación de los tests de necesidad y de proporcionalidad). Y por otro lado, sobre todo, porque la solución aportada, con la que se podrá estar o no de acuerdo, se aparta de la jurisprudencia anterior, sin que el Tribunal se atreva a reconocerlo expresamente.

En efecto, el Tribunal de Justicia está aceptando por primera vez que una medida distintamente aplicable a los productos nacionales e importados pueda estar justificada por motivos de protección de medio ambiente. Hasta entonces, la protección del medio ambiente así como otras exigencias imperativas que no se encuentran expresamente enumeradas en el artículo 30 CE, sólo han permitido justificar medidas indistintamente aplicables. Tratándose de algunas medidas discriminatorias, exigencias imperativas como el equilibrio financiero de la seguridad social o la protección de la biodiversidad que parecían justificarlas habían sido reconducidas a objetivos enumerados en el artículo 30 CE (ex-artículo 36 del Tratado CE) como puedan ser la protección de la salud pública y la protección de la salud de los animales<sup>21</sup>. Y aunque en materia de servicios sí que se habían llegado a justificar medidas discriminatorias por razones imperiosas de interés general<sup>22</sup>, la regla general de reservar las exigencias imperativas a las medidas indistintamente aplicables ha permanecido siempre en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Así lo reconoce el Abogado General Sr. Jacobs al examinar, en sus conclusiones, los precedentes jurisprudenciales<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (*DOCE* 1997, L 27, p. 20).

<sup>21</sup> Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831) y de 3 de diciembre de 1998, Bluhme (C-67/97, Rec. p. I-8033).

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249). Sobre esta sentencia véase el comentario de FOSSELARD, D. en *Cahiers de Droit Européen*, 1993, p. 472 y s.

<sup>23</sup> Este observa sin embargo que el Tribunal se ha apoyado en la doctrina de las exigencias imperativas en casos en los que existían dudas sobre el carácter indistintamente aplicable

No obstante, ciertos sectores de la doctrina<sup>24</sup> y el Abogado General mismo en sus conclusiones abogaban por un cambio jurisprudencial al menos en lo relativo a la protección del medio ambiente. Dicho cambio se apoyaría precisamente en la inclusión por el Tratado de Amsterdam, en tanto que principio, de la integración de la protección del medio ambiente en las restantes políticas comunitarias.

Al respecto, podría objetarse que en la modificación del Tratado operada en Amsterdam no se modificó el artículo 30 CE para incluir allí la protección del medio ambiente. Si el legislador hubiera querido incluirla podría haberlo hecho. Sin embargo, lo cierto es que dicho artículo, aunque da cumplimiento a uno de los principios de la acción de la Comunidad enumerados en el artículo 3 del Tratado, se encuentra encuadrado en la parte del Tratado relativa a las políticas de la Comunidad. Por lo tanto, el argumento para un cambio jurisprudencial no deja de tener pertinencia.

De hecho, el Tribunal se refiere a dicho argumento y cambia la jurisprudencia. Cabe reprocharle sin embargo que en su sentencia no reconozca dicho cambio, más aún si se tiene en cuenta que en el pasado ha reconocido cambios jurisprudenciales sin ningún atisbo de timidez<sup>25</sup>. También cabría reprocharle que no establezca un lazo claro entre el cambio jurisprudencial y el fundamento esencial del mismo así como que no se refiera en ningún momento al principio de proporcionalidad a la hora de examinar la medida en cuestión<sup>26</sup>.

Cabe incluso plantearse si el Tribunal está verdaderamente convencido de lo que afirma. En efecto, referencias como la relativa al encuadramiento de las políticas de medio ambiente en objetivos de protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales, dan muestras de inseguridad sobre el alcance que deba darse a la posibilidad de justificar medidas discriminatorias por motivos de protección del medio ambiente. Por otro lado, la referencia al estadio de

---

de la medida. Se trataba de las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 1998, Dusseldorp (C-203/96, Rec. p. I-4075) y de 14 de julio de 1998, Aher-Wagon (C-389/96, Rec. p. I-4473).

<sup>24</sup> Véase NOTARO, N.: «The new generation case law on trade and environment », en *European Law Review*, October 2000, p. 467 y s.; y WASMEIER, M.: «The integration of environmental protection as a general rule for interpreting Community law», en *Common Market Law Review*, n.º 38, 2001, p. 159 y s.

<sup>25</sup> Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1990, Hag II (C-10/89, Rec. p. I-3711), de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097) y de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4815).

<sup>26</sup> Al respecto, puede notarse que el hecho de que la Comunidad promueva el uso de fuentes de energía renovables no significa necesariamente que toda medida encaminada hacia ese objetivo sea compatible con el Derecho comunitario.

liberalización del sector eléctrico parece igualmente limitar el alcance de dicha posibilidad.

### **Breve apreciación final**

Paradójicamente, el Tribunal renuncia a cambiar su jurisprudencia en materia de ayudas de Estado y modifica, por el contrario, su establecida jurisprudencia en materia de justificación de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación, precisamente cuando las partes en el asunto le pedían precisamente lo contrario. La argumentación utilizada es bastante lacónica y difícil de comprender si no se leen a la vez las conclusiones del Abogado General.

Con tal proceder, el Tribunal parece cambiar su ya remota orientación general en materia interpretativa. En efecto, al menos en esta sentencia, principios generales como la libre circulación de mercancías o la competencia efectiva pasan a ser interpretados restrictivamente, mientras que las excepciones a los mismos reciben una interpretación amplia. Además la aplicación del principio de proporcionalidad brilla por su ausencia.

No será pues de extrañar que los más ardientes defensores del proceso de integración comunitaria se lleguen a lamentar de que el Tribunal no declarase las cuestiones prejudiciales inadmisibles por haber sido planteadas en el marco de un litigio ficticio.

(CGV)

# Crónica



# Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

Beatriz Iñarritu

Profesora de la Universidad Comercial de Deusto

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.—1. EL ESTADO DE LA INTEGRACIÓN. 1.1. **Irlanda rechaza el Tratado de Niza.** 1.2. **La Unión Monetaria Europea: El Reino Unido decidirá su incorporación a la Ume en un plazo de dos años y España acuña las últimas pesetas.** 1.3. **Referéndum en Suiza: Rechazo de una adhesión inmediata a la UE.** 1.4. **La polémica sobre las negociaciones de adhesión: Los fondos estructurales y la libre circulación de trabajadores.** 1.5. **El debate sobre el futuro de la integración de la UE.**—2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL. 2.1. **Los Consejos Europeos de Estocolmo y de Gotemburgo.** 2.2. **Comisión: Propuesta de un impuesto para la financiación de la UE.**—3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA. 3.1. **Propuesta de directiva sobre la supervisión «común» de los conglomerados financieros.** 3.2. **Exenciones sobre las ayudas de Estado.** 3.3. **Ayudas regionales a España.** 3.4. **Armonización de las ofertas de los préstamos hipotecarios.** 3.5. **Rechazo de la armonización de la protección social.**

## INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha sufrido un traspie en este primer semestre de 2001 con el rechazo irlandés del Tratado de Niza. Aunque la solución está aún por definir, todo parece indicar que la Ampliación sigue su curso como un proceso ya irreversible e, incluso, con una fecha de realización, finales de 2002, fijada en el pasado Consejo Europeo de Gotemburgo.

Esta «inminencia» de nuevas adhesiones es la razón de que, efectivamente, hayan aflorado ya las aspiraciones de algunos de los actuales Estados miembros, que han llegado a provocar una cierta tensión: la aplicación de un período transitorio en la libre circulación de trabajadores que

reclama Alemania y la garantía de ayudas comunitarias en el futuro para las regiones más retrasadas que reclama España.

Por otro lado, también hemos podido conocer las «opciones» sobre el futuro de la integración que plantean dos de los países con mayor peso en la UE: el «federalismo» alemán y el «federalismo de Estados-nación» francés. Dos ideas muy diferentes pero que, en todo caso, han tenido la «virtud» de reanudar un debate ciertamente importante: ¿hacia dónde camina Europa?, ¿hacia una unificación política que implante plenamente la supranacionalidad?, ¿hacia una fórmula intermedia de integración intergubernamental-supranacional? Es evidente que nuevos «pequeños pasos» podrán darse en Europa a partir de este debate.

## 1. EL ESTADO DE LA INTEGRACIÓN

### 1.1. Irlanda rechaza el Tratado de Niza

Cerca del 54% de los votantes irlandeses rechazó el pasado 8 de junio el Tratado de Niza, el instrumento jurídico que habían pactado los Jefes de Estado y de Gobierno de los Quince en diciembre para abrir el camino a la ampliación de la UE a los países del Este.

Los principales políticos irlandeses, partidarios del Tratado, únicamente consiguieron el 46% de los votos, en unas elecciones en las que se registró la abstención más alta de todas las consultas realizadas en el país en relación a Europa. La participación apenas se situó en el 34,79%.

La campaña contra la ratificación del Tratado había estado promovida por una alianza de fuerzas de muy diferentes tendencias, incluyendo a los Verdes, a los nacionalistas del *Sinn Fein* y a una serie de pequeños partidos minoritarios de la derecha antiabortista. Su argumento fundamental había sido la centralización de Bruselas, la pérdida de poder de los países pequeños en una UE ampliada y la quiebra de la neutralidad irlandesa en materia de seguridad y conflictos bélicos.

La primera reacción de los máximos dirigentes comunitarios, *Goran Persson*, presidente sueco de turno del Consejo de Ministros, y *Romano Prodi*, presidente de la Comisión Europea, fue una reacción de «profunda decepción», tal como se destacó en su comunicado oficial conjunto. A renglón seguido, se declaraban convencidos de que «el gobierno irlandés hará cuantos esfuerzos sean necesarios para asegurar la ratificación en el plazo temporal acordado».

Ambos rehusaron considerar el «no» irlandés como un freno a la ampliación y, por el contrario, confirmaron la continuación de las negociaciones con cada uno de los candidatos.



Algunos expertos y analistas comunitarios achacaron la responsabilidad del adverso resultado de la votación al gobierno irlandés, por no haber sabido movilizar a los irlandeses para que acudiesen a las urnas. Según estas fuentes, el ejecutivo de Dublín no calculó las consecuencias del voto de los partidarios del «no», quienes aún no siendo mayoría en el país, sí votaron masivamente.

Lo cierto es que, a pesar de los mensajes tranquilizadores de Bruselas, el «no» irlandés ha provocado una cierta incertidumbre respecto al futuro más inmediato de Europa, por cuanto que complica su ampliación al Este.

Es posible que la salida a esta situación se plantee en términos similares a la seguida con el rechazo danés al Tratado de Maastricht, es decir, con una negociación entre la Comisión y el gobierno de Dublín sobre determinadas condiciones excepcionales de aplicación en el país, y con una nueva convocatoria de consulta a los irlandeses en el plazo de un año como mínimo, después de que el electorado haya recibido mayor información y clarificaciones sobre el Tratado de Niza.

Por tanto, el resultado del referéndum ha resultado ser un grave contratiempo para la entrada en vigor del Tratado de Niza y obligará al gobierno de *Bertie Ahern* a negociar con sus socios comunitarios algunos aspectos de Tratado, con la vista puesta en la posible celebración de un segundo referéndum en 2002.

Irlanda es el único Estado de los Quince que había decidido la convocatoria de un referéndum para la aprobación del Tratado de Niza, puesto que su Constitución sólo puede ser modificada mediante esta fórmula.

De hecho, los Parlamentos de los otros Catorce Estados miembros de la Unión están continuando con sus planes de ratificación del Tratado. Precisamente, el mismo 8 de junio el Consejo de Ministros español acordó remitir a las Cortes el proyecto de ratificación para su aprobación por procedimiento de urgencia.

Por su parte, los países candidatos a la Adhesión, afectados directamente por el retraso en la ratificación del Tratado, sólo emitieron comunicados y declaraciones cargados de desconcierto. «Nos llama la atención que la población de un país como Irlanda, que ha disfrutado de los beneficios de la ampliación, se oponga ahora a que otros puedan llegar a lo mismo», se quejaba el portavoz del ministerio de Asuntos Exteriores de Hungría.

Las estadísticas ratifican, efectivamente, este argumento. Desde su incorporación a la UE, hace tres décadas, Irlanda ha recibido ayudas y fondos estructurales por valor de 22 billones de libras irlandesas que han cambiado al país, pasando de ser uno de los más pobres a ser un país con pleno empleo y con un crecimiento anual del 9%.

El presidente irlandés, *Ahren*, trató, de forma inmediata, de «defenderse» y de convencer a sus socios de que el voto de los irlandeses no había sido un voto insolidario con los países del Este. Lo cierto es que, durante la campaña del referéndum, apenas se planteó la ampliación como tema central y se trataron más, en cambio, temas como el «euroejército» o la centralización y el poder de Bruselas.

## **1.2. La Unión Monetaria Europea: El Reino Unido decidirá su incorporación a la UME en un plazo de dos años y España acuña las últimas pesetas**

El ministro de Economía británico, *Gordon Brown*, anunció el pasado 18 de junio que la incorporación del Reino Unido al euro se decidirá dentro de dos años, y que ésta llegará tras un «exhaustivo y riguroso» proceso de evaluación de la economía británica y tras la aprobación de los ciudadanos en un referéndum.

El Tesoro británico será el responsable de realizar la evaluación y, tras la eventual superación del «examen», deberá ser el Gobierno quien decida convocar la consulta a los ciudadanos para que el país se adhiera definitivamente al euro.

En todo caso, el debate ha recobrado un especial interés en los últimos días, ya que en una carta abierta publicada el pasado 25 de junio en el «*Financial Times*», un colectivo de cincuenta y tres representantes de algunas de las principales y más influyentes instituciones financieras del país pidieron al primer ministro, *Tony Blair*, el inicio de «un gran debate nacional sobre el futuro de Gran Bretaña en Europa y en la moneda única». Con este fin, los firmantes de la carta anunciaron la creación de un grupo denominado «*La City en Europa*», cuyo objetivo deberá ser «promover la comprensión pública de la importancia de jugar un papel de liderazgo en la UE para Gran Bretaña y, particularmente, para el sector financiero británico», objetivo que se traduce en «dar la vuelta» a una opinión pública totalmente opuesta al euro (el 70% de los británicos se muestra contrario a la desaparición de la libra).

Por su parte, en España tuvo lugar, el pasado 19 de junio, la acuñación oficial de la última moneda en pesetas de la historia, después de que el pasado 21 de noviembre se realizara lo propio con los billetes.

En un acto cargado de simbolismo y celebrado en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), el vicepresidente segundo del gobierno y ministro de Economía, *Rodrigo Rato*, apretó el botón de la prensa que acuñó la última emisión de monedas en pesetas, una partida de 300 piezas de cien pesetas que reproduce la imagen de «Hispania»

que aparecía en la primera emisión de pesetas acuñadas en la misma FNMT en 1869.

De esta manera, España ha puesto fin a un período de 132 años de acuñación de pesetas, período que, efectivamente, comenzó en 1869, cuando el entonces gobierno provisional formado tras el derrocamiento de Isabel II decidió acuñar las primeras monedas en pesetas y centralizar la producción en una única fábrica en Madrid. Hasta entonces existían varias «casas de moneda», en Sevilla, Segovia, Madrid y Barcelona.

La peseta ha iniciado, así, el mismo proceso de desaparición que otras denominaciones monetarias anteriores, como el maravedí, el real o el escudo, y ya el 1 de marzo de 2002 pasará a formar parte de la historia de España.

### **1.3. Referéndum en Suiza: Rechazo de una adhesión inmediata a la UE**

El pasado 4 de marzo se celebró en Suiza un referéndum en el que, como en ocasiones anteriores, quedó patente el rechazo de los suizos a una rápida integración en la Unión Europea.

Los ciudadanos del país centroeuropeo rechazaron por un 77,5% la iniciativa «Sí a Europa», que había sido planteada por el grupo político «Nuevo Movimiento Europeo Suizo», lo que supuso una gran sorpresa en los cantones de habla francesa, ya que éstos han sido tradicionalmente «pro-europeístas» y, sin embargo, en esta ocasión se han mostrado contrarios a un cambio de ritmo en el proceso de integración.

Aunque todos los sondeos señalaban que la propuesta fracasaría, no era previsible una derrota de tamaña dimensión, con tan sólo un 22,5% de votos favorables y con una participación que superó por poco la mitad del electorado.

El gobierno del país helvético, el Consejo Federal, que se plantea como uno de sus objetivos el inicio de las negociaciones con la UE en la próxima legislatura (2003-2007), ha insistido en todo momento en diferenciar entre las negociaciones inmediatas, rechazadas en este referéndum de marzo, y la adhesión en un futuro.

Es por ello que llegó a calificarse de apresurada la votación celebrada, y que su resultado no debe interpretarse como un rechazo a la futura adhesión sino como un rechazo a la «integración rápida». Así y todo, la realidad es que todos los cantones dijeron «no» a esa negociación «inmediata», lo que, sin duda, evidencia los recelos que despierta aún el acercamiento definitivo del país a la UE.

#### 1.4. La polémica sobre las negociaciones de adhesión: los fondos estructurales y la libre circulación de trabajadores

Alemania y España han mantenido a lo largo del mes de mayo un tenso pulso por las consecuencias que la Ampliación de la UE provocará, previsiblemente, para uno y otro país.

Así, en una reunión informal de los ministros europeos de Exteriores celebrada los días 5 y 6 de mayo en la localidad sueca de Nyköping, Berlín planteó el freno a la supuesta «avalancha» de emigrantes del Este a su territorio, mientras que Madrid solicitó algún tipo de garantía para que España continúe recibiendo fondos europeos para sus regiones más atrasadas.

En este contexto, las posturas llegaron a enfrentarse de tal manera que el ministro español de Exteriores *Josep Piqué*, se negó a aceptar cualquier tipo de restricción a la libre circulación de ciudadanos procedentes de los países incorporados a la UE ante la perspectiva de que, solucionado su litigio, Berlín se quedara «con las manos libres» a la hora de negociar otros capítulos, como el de los Fondos Estructurales que tanto afectan a los intereses españoles.

Para el ejecutivo español era esencial conseguir un compromiso por parte de los Quince para que las regiones menos prósperas de la UE, incluidas varias españolas, sigan recibiendo ayudas europeas aunque haya otras regiones más pobres de los países del Este. No en vano, España recibe en torno a un billón de pesetas anuales en fondos comunitarios.

Se trataría de evitar, así, que el «efecto estadístico» de la inclusión de los países del Este suponga un enriquecimiento artificial e irreal de las regiones más atrasadas de España y provoque su imposibilidad de acceso a las ayudas comunitarias. Con la excepción de Andalucía y Extremadura, muchas otras Comunidades Autónomas españolas (Galicia, Castilla-La Mancha, Murcia, Ceuta y Melilla, Asturias y Castilla-León) podrían superar el techo del 75% de la renta per cápita media europea, con lo que en 2006 dejarían automáticamente de percibir ayudas de los fondos estructurales.

El tono del debate subió de tal forma que Alemania, por medio de su ministro de Asuntos Exteriores, *Fisher*, esgrimió su defensa sobre la base de la cuestión económica con toda su crudeza, al señalar que la fórmula española (los fondos estructurales para las regiones españolas) «era muy cara» mientras que la suya (el período transitorio para la libre circulación de personas) «salía gratis».

En otra nueva reunión de los Ministros de Exteriores, celebrada en Bruselas el 14 de mayo, el enfrentamiento entre los dos países llegó aún más lejos, ya que el ministro español llegó a plantear un eventual veto a

la Ampliación: «Si dejamos temas fundamentales sin resolver (...), va a ser muy difícil firmar las Actas de Adhesión (de los países candidatos)».

De forma simultánea, en la misma reunión, España decidió bloquear, junto a Portugal y Grecia, la propuesta de un período transitorio en materia de libre circulación de personas que reclamaban Alemania y Austria. Apoyados por la Comisión Europea, estos países habían propuesto una moratoria de cinco años, ampliable a siete.

El representante de la diplomacia española, *Josep Piqué*, defendió su rechazo a esta propuesta poniendo como ejemplo la entrada de España y Portugal en la UE, cuando se fijaron períodos transitorios que después se recortaron. Apostó por la aplicación de la libre circulación desde el principio, con la posibilidad de establecer cláusulas de salvaguardia.

La pugna hispano-alemana, aunque dura, apenas se prolongó durante unos días más, ya que el gobierno español decidió levantar, el 30 de mayo, el veto que mantenía sobre el capítulo de libre circulación de trabajadores, y acabó aceptando el establecimiento de un período transitorio de siete años para los trabajadores de los nuevos Estados miembros, tal como exigían Alemania y Austria.

Madrid justificó su decisión por la que consideró «violenta» reacción oficial del gobierno alemán y, también, por la presión de los medios de comunicación internacionales, especialmente alemanes, que hizo que la tensión se planteara finalmente de una forma «desorbitada».

A pesar de ello, Madrid sigue confiando en que los Quince pacten un texto en el que reconozcan el problema que para los actuales receptores de fondos europeos significará la entrada de socios más pobres en la Unión Europea.

### 1.5. El debate sobre el futuro de la integración de la UE

En este primer semestre de 2001 los ciudadanos europeos hemos sido testigos de la «reapertura» del debate político sobre el futuro de la integración comunitaria.

En este caso ha sido el partido socialdemócrata alemán (SPD), quien ha «desempolvado» la visión federalista de Europa. La formación del canciller *Schröder* siempre ha defendido el avance de la integración y, en este sentido, el pasado 30 de abril hizo público un manifiesto en el que planteaba el fortalecimiento del ejecutivo comunitario, la Comisión, para llegar a convertirse en una auténtico gobierno europeo.

También abogaba el documento por la ampliación de competencias del Parlamento Europeo, con la concesión de plenos poderes presupuestarios, y por la eventual configuración de un modelo legislativo bicame-

ral, con un hipotético «Senado» que acogería a los representantes de los gobiernos nacionales. Esta «Cámara Alta» sustituiría al Consejo de Ministros comunitario, y supondría el fin del actual modelo intergubernamental de toma de decisiones.

Sin embargo, el texto proponía la renacionalización de ciertas políticas comunitarias en virtud del principio de subsidiariedad («no hacer en Bruselas lo que se pueda hacer igual o mejor en los Estados o en las regiones»). El SPD insistía, en particular, en que el principio rector de la Política Agrícola Común, PAC, debería ser la cofinanciación por parte de los Estados miembros. También plantea igual visión para las políticas estructurales de ayuda a las regiones más retrasadas de la UE.

Aunque la propuesta alemana pudo interpretarse como un «salto» hacia adelante en la integración con una renovada visión federalista, también pudieron escucharse, de forma inmediata, los análisis menos optimistas: el texto del SPD no mencionaba, en ninguno de sus apartados, aspectos tan «sensibles» para sus intereses como la financiación de las nuevas cargas europeas derivadas de la Ampliación o la organización de una estructura de solidaridad social en Europa, cuestiones que podrían suponer un mayor esfuerzo presupuestario para Alemania.

Incluso en la reforma institucional se apuntaron ciertos recelos contra la propuesta, ya que si bien la mayor democratización de la UE pasa por un reforzamiento del Parlamento Europeo, no debe olvidarse que Alemania es el Estado miembro con mayor representación en esta Asamblea y que ha sido el país que ha conseguido un mayor incremento en dicha representación en el Tratado de Niza.

En todo caso, el debate iniciado por los socialdemócratas alemanes tuvo su continuidad con una esperada «respuesta» del gobierno francés a través de su primer ministro, *Lionel Jospin*, en un discurso pronunciado el 28 de mayo.

En su intervención, *Jospin* defendió la idea de una «Federación de Estados-nación», que había sido inventada en su día por su compatriota y correligionario *Jacques Delors*, y que plantea una integración «pragmática, progresiva y respetuosa de las soberanías nacionales». También contempla la aprobación de una Constitución europea, la apuesta por las cooperaciones reforzadas y el rechazo de la renacionalización de las políticas agrícolas y estructural.

Con su propuesta, el primer ministro del país vecino no hizo sino formular una «síntesis» entre el federalismo alemán y el soberanismo británico, que resumía la opción anteriormente asumida por el presidente de la República *Chirac*, y que bien podría resumirse con la frase «hacer Europa sin deshacer Francia».

A su juicio, esta opción implicaría que los Parlamentos Nacionales deberían estar más «asociados» a la construcción europea mediante una «Conferencia Permanente de los Parlamentos» que bien podría asumir el control del respeto del principio de subsidiariedad y que, cada año, podría debatir «El Estado de la Unión».

El entramado institucional de la UE descansaría, en opinión de *Jospin*, en el triángulo formado por las tres principales instituciones actuales: la Comisión Europea, el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo.

Así, la Comisión vería «mejorada» su legitimidad democrática si la designación de su presidente recayera sobre un candidato procedente del partido vencedor en las elecciones europeas. El Consejo Europeo debería aprobar «un verdadero programa de legislatura» y reunirse con mayor frecuencia, cada dos meses; tendría el derecho a disolver el Parlamento a propuesta de la Comisión o de los Estados miembros, como contrapartida a la capacidad de censura de la Eurocámara a la Comisión.

Asimismo, *Jospin* propuso, la creación de un «Consejo de Ministros permanente», lo que podría traducirse en una especie de reunión de «vice-primeros ministros» que representarían a sus gobiernos en Bruselas y a Europa en sus países respectivos. Este nuevo organismo descargaría de responsabilidades a los ministros de Asuntos Exteriores de sus actuales tareas de impulso y coordinación política de la integración.

El líder francés reafirmó la idea de crear un gobierno económico en la zona euro y calificó como «prioridad inmediata» la lucha contra el «dumping fiscal»: «no es aceptable que ciertos Estados miembros utilicen una competencia fiscal desleal para atraer inversiones internacionales. Con el tiempo será necesaria una armonización global de la fiscalidad de las empresas».

Tras señalar que la coordinación de las políticas económicas debe desarrollarse al servicio de la solidaridad social, *Jospin* abogó porque se instaure un «Derecho Social europeo que fije normas comunes ambiciosas», en particular en materia de despido, de lucha contra la precariedad en el empleo y de política salarial, con la perspectiva de un futuro «Tratado Social».

Por todo ello, la visión sobre el futuro de Europa planteada por el primer ministro francés se aleja claramente del modelo federalista de Alemania, ya que, en su esencia, propugna una Europa «de las naciones», en la que los Estados no queden diluidos por la presencia de las instituciones supranacionales.

## 2. ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

### 2.1. Los Consejos Europeos de Estocolmo y de Gotemburgo

Durante el primer semestre de 2001 se han celebrado dos Consejos Europeos en Suecia, coincidiendo con la presidencia de la Unión Europea por parte de este país nórdico.

Así, la primera cumbre tuvo lugar en Estocolmo los días 23 y 24 de Marzo. Esta se saldó con escasos acuerdos por parte de los Quince Jefes de Estado y de Gobierno, en la medida en que éstos hicieron valer sus intereses por encima de las iniciativas comunitarias planteadas, y no permitieron, así, sacar adelante asuntos como la liberalización del mercado eléctrico o la gestión única del espacio aéreo europeo. En las conclusiones de la reunión, los líderes de la UE hicieron también una referencia a la situación de los Balcanes, con una advertencia clara a los países de la zona para que «colaboren plenamente con el Tribunal de La Haya para la antigua Yugoslavia, con el fin de perseguir a los criminales de guerra».

El presidente de turno, el sueco *Goran Persson*, resumió en una frase significativa el espíritu vivido en la cumbre: «podemos presionar, pero no se puede obligar a los países a aceptar asuntos que consideran de interés nacional». Así, a pesar de ciertos avances, como la aceleración de la integración de los mercados financieros o la liberalización postal, el desencanto era evidente en relación a la apertura de los mercados del gas y de la electricidad, la gestión unificada del espacio aéreo o la patente comunitaria.

En el ámbito de la energía fue el gobierno galo el que, efectivamente, impidió la fijación de fechas para llevar a cabo la liberalización y, por contra, consiguió que en las conclusiones del Consejo se subrayara la conveniencia de que el proceso se realice «teniendo en cuenta la exigencia de satisfacer las necesidades de los usuarios» y, también, «la necesidad de transparencia en el mercado mediante instrumentos reguladores adecuados».

El lanzamiento de un sistema legislativo «de vía rápida» para integrar los mercados financieros fue, en cambio, uno de los éxitos destacables de la cumbre. La creación de un entramado bursátil único, prevista para 2005, será, sin duda, un paso de consolidación del euro.

En opinión del comisario del Mercado Interior, *Frits Bolkenstein*, la creación de una Bolsa europea «no sólo facilitará un mejor desarrollo del sector financiero, sino que fortalecerá la industria y el comercio europeo y, además, hará posible el abaratamiento del acceso a capitales para la innovación y la creación de empleo».

Según el acuerdo alcanzado, los Estados miembros se comprometen a simplificar sus leyes de supervisión financiera, una tarea que recaerá en



un nuevo «Comité de Valores Europeo», que será asesorado desde los entes reguladores nacionales. Los debates, que previamente al Consejo Europeo habían sido desarrollados en el Consejo de ministros ECOFIN, habían venido dejando patentes las diferencias nacionales en materia de supervisión financiera y prácticas de contabilidad y, en definitiva, en relación a la creación de una nueva institución supranacional.

El segundo Consejo Europeo del semestre se celebró en Gotemburgo los días 15 y 16 de junio. Esta segunda cumbre, que ponía fin a la presidencia sueca de la UE, concluyó con una fecha de referencia para la Ampliación, «en la que la UE estará en condiciones de acoger a nuevos Estados miembros». Los Quince, además de insistir en que éste es un proceso irreversible, confirmaron que «las negociaciones terminarán a finales de 2002, con los países candidatos que estén preparados».

De esta forma, el «deseo» formulado en el Consejo Europeo de Niza de que los primeros Estados en incorporarse a la Unión participen en las elecciones al Parlamento Europeo en 2004 podrá cumplirse.

Otro de los «logros» de Gotemburgo fue el respaldo a la propuesta sueca sobre una estrategia común de «desarrollo sostenible» de la Unión, aunque los Quince no definieron objetivos cuantificables. Esta mayor concreción deberá plantearse en el próximo Consejo Europeo de primavera, que se celebrará en Barcelona.

## 2.2. Comisión: Propuesta de un impuesto para la financiación de la UE

El presidente de la Comisión Europea, el italiano *Romano Prodi*, manifestó el pasado 29 de mayo su «acuerdo» con las «líneas políticas» planteadas para el futuro de la UE que un día antes había definido el primer ministro francés, *Lionel Jospin*, aunque, ciertamente, no llegó a valorar en profundidad la idea planteada por éste como una «Federación de Estados-nación».

Sí mostró, en cambio, un apoyo más directo a la propuesta, presentada unos meses atrás por el gobierno belga, de crear un impuesto europeo que pudiera sustituir a las actuales fuentes de ingreso del presupuesto comunitario (derechos de aduana, IVA y contribuciones nacionales en función del PNB). «Ante la perspectiva de la Ampliación, sería una solución oportuna», afirmó el presidente del ejecutivo comunitario.

También planteó el debatido posible incremento del presupuesto de la UE sobre la base de un eventual incremento de la aportación máxima nacional, fijada actualmente en el 1,27% del PIB de cada Estado miembro.

### 3. CUESTIONES GENERALES DE LA ACTUALIDAD ECONÓMICA

#### 3.1. **Propuesta de directiva sobre la supervisión «común» de los conglomerados financieros**

La Comisión Europea presentó en abril una propuesta de Directiva en la que plantea la creación de un organismo coordinador de la supervisión del sector financiero europeo (banca, seguros y fondos de inversión), con el fin de «extremar» la vigilancia sobre los «conglomerados» financieros que operen en diferentes ramas de actividad.

Con esta propuesta, que deberá ser debatida ahora por el Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo, Bruselas pretende erradicar prácticas como la utilización del mismo capital como garantía por diferentes filiales de un mismo grupo, o el cómputo como activo de una subsidiaria del capital que, en la matriz figura como deuda.

Estas «indeseables» situaciones se están viendo especialmente propiciadas por la más reciente evolución del sector de servicios financieros en Europa, con la creación de importantes grupos en los que se incluyen actividades muy diferentes, como la actividad bancaria, aseguradora o los servicios de inversión. Una tendencia que, en opinión de los expertos, no ha hecho más que empezar.

En todo caso, el simple anuncio de la propuesta de la Comisión provocó la inmediata reacción del la Federación Bancaria Europea, que opina que «la supervisión común de los conglomerados financieros únicamente provocará un incremento de la burocracia y de las cargas administrativas del sector financiero». En concreto, según la Federación, la propuesta exigiría a las empresas del sector una nueva contabilidad para ser presentada al «supervisor único».

Aun admitiendo que pueden estar produciéndose ciertas situaciones «irregulares» (por ejemplo, un mismo capital que cubre los riesgos de entidades diferentes dentro de un mismo «conglomerado»), la banca europea no cree que éstas supongan un grave riesgo para la estabilidad financiera de la UE y, opina que, en todo caso, para prevenir cualquier riesgo «bastaría, por ahora, con estrechar la colaboración entre las autoridades nacionales».

#### 3.2. **Exenciones sobre las ayudas de Estado**

La Comisión Europea aprobó, en febrero, sendos Reglamentos de exención referidos, respectivamente, a las Ayudas de Estado a Pequeñas y Medianas Empresas, PYMEs, Ayudas a la Formación y Ayudas «de mi-

nimis», que eximirán a los Estados de la obligación de notificación previa a la propia Comisión.

Así, destaca en el Reglamento «de minimis» la aprobación «formal» de la actual regla, establecida en Marzo de 1996, conforme a la cual las ayudas a una empresa que se sitúen por debajo de 100.000 euros (unos 16.640 millones de pesetas) a lo largo de tres años no se consideran Ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Común y, por tanto, no se considera que estas ayudas amenacen con falsear la competencia ni que afecten al comercio entre Estados miembros. Por ello, no es necesario notificarlas a Bruselas.

En los Reglamentos sobre ayudas a PYMEs y a la formación, los cambios son, esencialmente, de carácter procedimental. En general, las ayudas podrán concederse para inversiones en activos materiales (terrenos, edificios, maquinaria, etc.) e inmateriales (por ejemplo, gastos derivados de la transferencia de tecnología), además de las llamadas «ayudas blandas», esto es, servicios de asesoramiento, difusión de conocimientos, etc..

### 3.3. Ayudas regionales a España

El comisario de Política Regional, *Michel Barnier*, autorizó el pasado 16 de marzo la concesión de unas ayudas comunitarias a España por un valor total de 33.139 millones de euros (5,5 billones de pesetas) para financiar, a través de los fondos estructurales, la ejecución de una veintena de proyectos dirigidos a impulsar el desarrollo económico de las regiones más desfavorecidas o en proceso de reestructuración económica. El Estado español aportará, por su parte, 19.712 millones de euros para completar la financiación procedente de la UE.

La Comisión concluía así varios meses de negociación con las autoridades españolas para dar su visto bueno a los programas que, durante el período 2000-2006, serán financiados en el marco de las Perspectivas Financieras pactadas en el Consejo Europeo de Berlín.

Del total de los fondos autorizados, 30.391 millones de euros se destinarán a las regiones más atrasadas de «Objetivo 1», cifra que, con la aportación del gobierno español, se elevará a 45.183 millones de euros.

La región más favorecida es Andalucía, con una asignación total de 7.840 millones de euros de ayuda comunitaria y 3.868 millones de ayudas estatales (11.708 en total). Los destinos prioritarios serán el transporte, el Medio Ambiente y la competitividad empresarial. Le sigue, de lejos, Galicia, con 3.430 millones de euros de ayuda comunitaria (5.087 millones de euros en total), Castilla-León, con 3.155 millones de euros

(4.826 en total) y Comunidad Valencia, con 2.744 millones de euros (4.172 en total).

También recibirán ayudas comunitarias importantes Extremadura (2.131 millones de euros), Castilla-La Mancha (2.106), Canarias (1.846), Asturias (1.339), Murcia (1.137), Ceuta (77) y Melilla (58). Cantabria seguirá recibiendo, a través del Objetivo 1, con carácter transitorio, 296 millones de euros de ayuda comunitaria.

Por su parte, las regiones en proceso de reestructuración económica, incluidas en el Objetivo 2, recibirán un total de 2.748 millones de euros de los Fondos Estructurales, para que puedan desarrollar programas operativos destinados a la promoción de las PYMEs y actividades de formación o relacionadas directamente con la creación de empleo. El Estado español realizará una aportación adicional de 3.121 millones de euros.

Cataluña será la principal beneficiada, con 1.235 millones de euros de ayuda comunitaria, seguida del País Vasco (587), Madrid (395), Aragón (306), Navarra (90,5), Baleares (90,4) y La Rioja (42,6).

En el caso particular del País Vasco, el programa aprobado prevé que las inversiones se centren en un total de cinco prioridades: «aumento de la competitividad y el empleo, y desarrollo del tejido productivo», «medio ambiente, medio natural y recursos hidrológicos», «sociedad de la información», «redes de transporte y energía» y «desarrollo local y urbano».

### **3.4. Armonización de las ofertas de los préstamos hipotecarios**

Las asociaciones bancarias y las organizaciones de consumidores europeas firmaron, el pasado 4 de mayo, un acuerdo para armonizar la información que deben contener las ofertas de préstamos hipotecarios, y cuyo cumplimiento vigilará la Comisión Europea. De esta forma, el «código de conducta», que voluntariamente ha aceptado la banca europea, ha quedado reflejado en un texto legal del ejecutivo comunitario.

Las entidades de crédito firmantes del acuerdo, que representan el 80% del mercado hipotecario europeo, se comprometen a facilitar, durante el proceso de comercialización de sus préstamos dos «baterías» de datos. De una parte, información general sobre el tipo de interés, costes, etc., y, de otra, información personalizada sobre la oferta que interese al cliente: importe de la cuota, posibilidad de cancelación, etc. Toda esta información deberá aparecer en una sola página, para facilitar su lectura, y deberá permitir una «rápida» comparación de las diferentes ofertas de préstamos hipotecarios.

La Comisión invitó a todo el sector financiero a suscribir el acuerdo, advirtiendo de su obligado cumplimiento a partir del 30 de septiembre de

2002 a las entidades bancarias, cuando se publique el listado de entidades «adheridas» al código.

Bruselas considera crucial el éxito de esta iniciativa, para que los consumidores dispongan de la información adecuada antes de contratar un préstamo y para que los bancos puedan «sondear» su potencial de mercado en todo el territorio comunitario. «La mayoría de los europeos contratan sus hipotecas en su país de origen», afirma la Comisión, «cuando los estudios demuestran que la transparencia en precios y ofertas, y la posibilidad de comparar impulsarán las operaciones transfronterizas y la comercialización a través de internet». Y añade que este impulso se hará notar «sobre todo, a partir de enero de 2002, cuando todos los precios se expresen en euros».

### **3.5. Rechazo de la armonización de la protección social**

Los Ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea rechazaron el pasado 6 de marzo cualquier tipo de avance en la armonización de los sistemas de protección social.

Los Quince siguen esgrimiendo la gran disparidad existente entre los sistemas nacionales y la soberanía de los Estados para no llegar a acuerdo alguno que vaya más allá del mero intercambio de información entre las Administraciones y el establecimiento de indicadores comunes y comparables para seguir la evolución de los sistemas de previsión social.

Tan sólo coincidieron en la necesidad de garantizar la sostenibilidad de los sistemas públicos de pensiones, con el fin de evitar su quiebra como consecuencia del envejecimiento de la población europea.

# Cuadernos Europeos de Deusto



**Bizkaiko Foru  
Aldundia**

Ekonomi Sustapen  
Saila

**Diputación Foral  
de Bizkaia**

Departamento de Promoción  
Económica



**Universidad de  
Deusto**

**Deustuko  
Unibertsitatea**

