

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 39/2008

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)
Secretario: José Ramón Canedo (U. Deusto, Bilbao)
Administrador: Francisco Rodríguez (U. Deusto, Bilbao)
Consejo de redacción: Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)
Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)
M.ª Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)
Félix Echevarría (Bufete Echevarría Portell, Barakaldo)
Igor Filibi (U. País Vasco, Bilbao)
J. Carlos García Gallego (Tribunal Económico Administrativo Regional del País Vasco, Bilbao)
Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)
Beatriz Iñarritu (U. Deusto, Bilbao)
José Martín y Pérez de Nanclares (U. La Rioja, Logroño)
José Palacio (TJCE, Luxemburgo)
Mariola Urrea (U. La Rioja, Logroño)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 284 Fax: 944 139 284 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

2 números año:
Zona euro 36 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 51 dólares

Número suelto:
Zona euro 21 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 31,50 dólares

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria, tanto por la mayoría de sus autores y lectores como por su estilo, especializada en el estudio de temas jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos relativos al proceso de integración europea.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Patrimonio, Catastro y Asuntos relacionados con la Unión Europea, del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en la base de datos ISOC.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354
Depósito legal: BI - 620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea o en euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en papel al Instituto de Estudios Europeos (a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico) a la dirección: *estudios.europeos@deusto.es*.
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá un sumario, dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) Bibliografía
 - MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.
 - ROJO SALGADO, A., «La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, pp. 119-142.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) Legislación
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p.1.
 - c) Jurisprudencia
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership. Rec. 2004, p. 175.

5. **Proceso de publicación.** La Dirección de la Revista, con la participación y asesoramiento del Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos basándose en un doble dictamen. Los trabajos serán publicados como «Estudios» debiendo tener una extensión entre 7.000 y 15.000 palabras. Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de las pruebas de imprenta, si así lo solicitan, y, si en el plazo de una semana natural no se recibe su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los trabajos inéditos publicados en esta Revista podrán ser reproducidos en otro lugar con la debida referencia a su publicación original en *Cuadernos Europeos de Deusto*.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 39/2008

Sumario

Presentación	11
Estudios	
J. BILBAO UBILLOS, Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa	19
J.R. CANEDO ARRILLAGA y L.I. GORDILLO PÉREZ, Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa	27
M. GUINEA LORENTE, Política constitucional y adaptación de la Unión: el problema del doble veto	61
N. MARISCAL BERÁSTEGUI, Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional	103
M. PETITHOMME, La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático	137
M. URREA CORRES, Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa	169
Jurisprudencia	
M.I. ROFES I PUJOL, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	193
Crónica	
B. IÑARRITU, Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea	233

Presentación

¿Qué va a pasar con la Unión Europea en 2009? ¿No lo sabe? No se preocupe, pues probablemente ... ¿O tal vez todos los ciudadanos europeos deberíamos preocuparnos y ocuparnos un poco más? La Unión lleva 17 años —desde el Tratado de Maastricht de 1992— intentando sin suficiente éxito reformarse y el intenso esfuerzo llevado a cabo a partir del año 2000 se ha quedado en el devaluado Tratado de Lisboa, cuya suerte definitiva todavía no sabemos a ciencia cierta. Los intentos de reforma se han planteado con corto vuelo en varias ocasiones, han sido limados en otras, se han visto paralizados por el rechazo en uno u otro Estado miembro o han sido pospuestos para más tarde y más tarde y más tarde. Mientras tanto se ha ido resquebrajando el apego y lealtad a la Unión de no pocos ciudadanos europeos, aumentando la divergencia de identidades, concepciones, intereses y proyectos de los Estados miembros y la Unión renquea con unos instrumentos obsoletos e inadecuados tanto para sus cambios y necesidades internos como para los enormes retos externos que le plantea un mundo globalizado en profunda y rápida mutación.

En el presente número de *Cuadernos Europeos de Deusto* se pretende contribuir al análisis de ese complejo, esforzado y poco logrado proceso de reforma y de su limitado resultado en el Tratado de Lisboa, al mismo tiempo que se formulan algunos de los muchos interrogantes, dudas, insuficiencias y retos que enfrenta el futuro inmediato de la Unión Europea. Dos politólogos (Guinea y Mariscal), tres juristas (Canedo, Gordillo y Urrea) y un economista (Bilbao) nos ofrecen sus aportaciones. En un contexto más general, Petithomme, también politólogo, reflexiona sobre la democracia europea.

Desde 2001 llevamos un proceso de revisión de los Tratados europeos que parece no tener fin y muestra la incapacidad de la Unión para adaptar sus estructuras a los desafíos del entorno, escribe **Mercedes Guinea Llorente** en «Política constitucional y adaptación de la Unión: el problema del doble veto», en que se propone examinar ese proceso, haciéndolo desde la perspectiva de la política constitucional europea. Tras explicitar varios conceptos operativos y unas fases de revisión general de los tratados europeos, lleva a cabo con perspicacia y ponderación un sintético recorrido político-jurídico de los

principales hitos del proceso, poniendo de relieve la extrema rigidez del art. 48 con su doble cerrojo: «consensos y acuerdos que solo se entienden desde una óptica europea dependen de un doble veto nacional, en la negociación y en la ratificación». Los consensos en la negociación trabajosamente logrados en dos ocasiones: 2004 (Tratado Constitucional) y 2007 (Tratado de Lisboa) no han podido aplicarse dados los rechazos de los referendos de aprobación de 2005 (Francia y Países Bajos) y de 2008 (Irlanda). Según la autora, la principal causa de la actual crisis de la Unión Europea se encuentra en la política constitucional europea, prisionera de ese doble cerrojo y veto. «La asignatura pendiente que tienen los Jefes de Estado y de Gobierno en el momento actual es la de enfrentar la realidad de la mutación del sistema político europeo y adaptar los procedimientos de revisión de los fundamentos constitucionales a las nuevas realidades y exigencias». Tarea nada fácil, precisamente por haberse perdido la oportunidad que ofrecía el proceso constitucional.

En «Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional» **Nicolás Mariscal** presenta el proceso constitucional de la UE desde el 2000 hasta el presente, centrándose en los aspectos institucionales. En la primera parte, con una aproximación diacrónica político-jurídica, se recorre la Convención constitucional (2002-03) y la Conferencia Intergubernamental (2003-04), destacando el debate institucional y el acuerdo logrado respecto a las instituciones y a la mayoría cualificada para las decisiones del Consejo. El subsiguiente fracaso de la necesaria ratificación y la posterior recuperación sustancial bajo la presidencia alemana, aunque pagando un alto precio, ha cristalizado actualmente en un Tratado de Lisboa, que «aporta un avance institucional funcional respecto a Niza, siendo en este sentido una reforma positiva, pero arrasa la orientación constitucional y las potencialidades de unidad política del Tratado Constitucional pudiendo calificarse desde esta perspectiva como una contrarreforma». En la segunda parte, desde una aproximación sincrónica, se analizan las disposiciones del nuevo Tratado referentes a las instituciones-órganos de la UE y se sugieren algunas de las numerosas incógnitas que parece abrir su futuro funcionamiento. El funcionamiento cotidiano de las renovadas instituciones de la Unión Europea, si Lisboa entre en vigor, ¿será capaz de suplir el déficit de «comunidad» entre no pocos ciudadanos y el escaso comprometimiento político europeísta de algunos Estados miembros?

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, dada su naturaleza económica, no contenían disposiciones específicas para la protección de los derechos fundamentales. Éstos entraron en escena de la mano del Tribunal de Justicia. El papel de éste al respecto es analizado por **José Ramón Canedo y Luis Gordillo** en «Los derechos fundamentales en la Unión a la espera de Lisboa». La posición inicial del Tribunal comunitario y su diálogo con los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros

llevó a la doctrina de la «protección equivalente», que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ratificó. ¿Qué derechos fueron considerados fundamentales por el Tribunal de Justicia y cuales su extensión y contenido? ¿De donde dedujo el juez comunitario los principios generales del Derecho? También los Estados miembros y las instituciones comunitarias jugaron un papel en la progresiva incorporación de los derechos fundamentales a los Tratados, marcando el de la Unión Europea de Maastricht (1992) un punto de inflexión, posteriormente desarrollado por el de Ámsterdam (1997); pocos años después, en diciembre de 2000, se proclamó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales, que incluso sin haber entrado en vigor todavía, ha producido ya efectos jurídicos. Pero por ahora seguimos a la espera de Lisboa. Este Tratado, que a diferencia del Constitucional no incorpora la Carta a su articulado, le otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados mismos, con particularidades de aplicación para el Reino Unido y Polonia. Plantea también Lisboa la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que aquí se estudia con cierto detalle y sentido crítico, desde el dictamen 2/94 del TJ, que concluyó la inexistencia de una base jurídica para tal adhesión, a los cambios objetivos desde entonces, que han podido llevar al TJ a encontrar una base jurídica suficiente. Pero el proceso de adhesión no va a ser fácil, dada la posibilidad de un doble veto institucional y la limitación por ahora a los Estados del acceso al Convenio Europeo, mientras la Unión se enfrenta a no desdeñables retos domésticos e internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos. «La articulación de esta cuestión, entre o no en vigor el Tratado de Lisboa, es crucial para que la Unión pueda mantener –mejor incrementar– su legitimidad».

El debate sobre la viabilidad del método unitario de integración europea no es nuevo, sino que planteado desde los años setenta del siglo pasado ha acabado cuajando a través de Ámsterdam, Niza y Lisboa en las cooperaciones reforzadas para los Estados miembros que quieren avanzar más. Para los que quieren avanzar menos, el Tratado de Lisboa introduce por primera vez el derecho de retirada. **Mariola Urrea Corres** en «Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa» analiza el sentido de disciplinar ambos instrumentos, así como su conexión. Aunque las cooperaciones reforzadas fueron introducidas por Ámsterdam y mejoradas en aspectos sustantivos y procedimentales por Niza, ningún grupo de Estados ha iniciado hasta ahora su puesta en marcha; el Tratado de Lisboa, no obstante la deficiente sistemática, refuerza positivamente los mecanismos de salvaguardia de la integración y añade dos novedades: la cooperación estructurada en política exterior y las cooperaciones reforzadas predeterminadas legalmente en ciertas cooperaciones judiciales y en la policial. Por otra parte, el nuevo derecho de retirada para los que quieren avanzar menos o no avanzar, introducido por el Tratado de Lisboa,

es considerado en el presente artículo como una necesaria disciplina a la «Europa a la carta», a las cláusulas *opting out* repetidamente propuestas y conseguidas por algunos Estados miembros, y como una posible «doble garantía a favor del proceso de integración», debiendo ser completado por una reforma del procedimiento de revisión y entrada en vigor de los Tratados. La conexión de los tres mecanismos y sus posibles relaciones —tal vez podrían calificarse de «dialécticas»— de integración-(des)integración resultan originales y sugerentes.

En «Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa» **Javier Bilbao Ubillos** nos ofrece una somera panorámica de esas dimensiones repasando los nuevos textos del Tratado de la Unión Europea, versión Lisboa, y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Respecto a la política económica: 1) se ratifica el compromiso principal de la Unión con el crecimiento económico equilibrado y con la estabilidad de precios; 2) se reafirma la vigencia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y se endurece el procedimiento de supervisión y vigilancia; 3) se enfatiza la necesidad de coordinación de las políticas económicas nacionales y las medidas de la Unión para garantizar la coordinación de las políticas de empleo y sociales de los Estados miembros; 4) se afirma la competencia exclusiva de la UE en los ámbitos de las políticas comercial y monetaria y en aspectos estratégicos de la de pesca; y 5) se ha desperdiciado la oportunidad de avanzar en la armonización de la fiscalidad europea. En cuanto a la política social: 1) se incluye entre los objetivos y principios de la Unión la lucha contra la exclusión social; 2) se incorpora formalmente una dimensión territorial a la noción tradicional de cohesión; 3) se consolida el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales y del diálogo social; 4) se adoptan cláusulas de salvaguardia respecto a los sistemas nacionales de Seguridad Social; y 5) se reafirma la igualdad laboral de hombres y mujeres. «El Tratado de Lisboa —concluye el autor— no ha tenido como objeto preferente la alteración sustancial del tratamiento dispensado a las políticas económica y social de la Unión Europea», observándose una «general continuidad».

A partir de la paradoja entre la creciente crítica a las modalidades de la construcción europea, por un lado, y el apoyo mayoritario a la idea de la Europa unida, por otro, **Mathieu Petithomme** en «La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático» propone una reflexión general sobre la calidad de la democracia europea. Conceptúa la UE como un sistema político de múltiples niveles, cuya democracia se construye a lo largo de un nuevo trayecto histórico y está en persistente mutación. Se trata de un sistema jurídicamente democrático con división de poderes y garantías constitucionales, pero en la práctica el ciudadano tiene pocas posibilidades de influir en el ejecutivo, que representa la visión de las elites políticas europeas, mientras en las elecciones legislativas europeas la competencia

se da entre partidos y debates nacionales: «si la calidad de la democracia comunitaria queda regularmente puesta en cuestión, se debe parcialmente a la debilidad del pilar popular». Analizando la oposición política el autor distingue entre la funcional u oposición a las políticas, la sistémica u oposición al sistema institucional y la personalizada u oposición al personal de gobierno, apuntando a cómo la imposibilidad de ejercer la funcional refuerza la probabilidad de emergencia de la sistémica. Estas dinámicas acaban tendiendo a una despolitización de la política europea, bajo la que el autor descubre el divorcio entre las elites europeas y los ciudadanos nacionales, el aislamiento de aquéllas y la irrelevancia de las vías de contestación de éstos, quienes «piden crecientemente que la Unión sea más que una democracia mínima».

Cierran el presente número **María Isabel Rofes i Pujol** y **Beatriz Iñarritu**, quienes, continuando su ya larga trayectoria de crónicas, nos ofrecen respectivamente comentarios a algunas recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la actualidad institucional y económica comunitaria.

Estudios

Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa

Javier Bilbao Ubillos

Profesor Titular de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Sumario: 1. Introducción.—2. Tratamiento dispensado a la política económica en el Tratado de Lisboa.—3. Tratamiento dispensado a la política social en el Tratado de Lisboa.—4. Conclusiones.

Resumen: ¿Ha producido la firma del Tratado de Lisboa unos cambios sustanciales en las políticas económica y social de la UE y de sus Estados miembros? No parece que sea el caso. La política económica sigue dominada por un BCE que hace de la estabilidad de los precios la viga maestra del crecimiento sostenido. En cuanto a la política presupuestaria, no sólo no se deroga el Pacto de Estabilidad y de Crecimiento sino que son endurecidos los procedimientos de supervisión y vigilancia. El Tratado de Lisboa introduce, sin embargo, una referencia más explícita a la necesidad de coordinación de las políticas económicas nacionales. Sin embargo, sólo se refiere a la formulación de recomendaciones por parte de la Comisión cuando la política económica de un Estado miembro contradiga lo que se entiende como «correcto funcionamiento de la UEM» y no se progresa nada en materia de armonización de la fiscalidad europea. Las referencias a la política social, que nunca ha sido objeto de interés preferente por parte de las instituciones comunitarias, siguen siendo genéricas. Recogen gran parte de lo ya mencionado.

Palabras clave: Política Económica; Política Social; Estabilidad macroeconómica; vigilancia; Cohesión Económica y social.

Abstract: *Did signing the Lisbon Treaty bring about substantial changes in the economic and social policy of the EU and its Member States? Economic policy is still mainly determined by the ECB which considers price stability to be the key to sustainable growth. In the area of budgetary policy, the Pact on Stability and Growth is not only revoked but supervision and oversight procedures are made stricter. However, the Lisbon Treaty introduces a more explicit reference to the need for coordination of national economic policies. Nevertheless, it only refers to formulation of recommendations from the Commission when a Member State's economic policy contradicts what is understood as «the correct functioning of the EMU» and shows no progress in the field of harmonising European tax systems. References to social policy, which have never been of primary interest to community institutions, are still very general and most of them had been mentioned previously.*

Keywords: *Economic policy, Social policy, Macroeconomic stability, Economic and social cohesion*

1. Introducción

En el proceso de integración europea, la reforma de los tratados ha constituido siempre una ocasión singular para incorporar nuevos enfoques, objetivos o instrumentaciones a las políticas y acciones de la Unión. En esta contribución, se pretende examinar si, efectivamente, se ha aprovechado la ocasión propiciada por la firma del *Tratado de Lisboa* (se firmó el 13 de diciembre de 2007, y cuando se publican estas líneas se encuentra en pleno y tortuoso procedimiento de ratificación nacional) para alterar el tratamiento dispensado a las políticas económica y social, o a la interacción entre ambas, en los textos básicos que regulan el proceso de integración.

Con este objeto, se han repasado someramente los nuevos contenidos del *Tratado de la Unión Europea* y del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (nuevas versiones consolidadas resultantes de los cambios adoptados en Lisboa), en lo relativo a ambas esferas. Así, este artículo dedicará su sección 2.^a a comprobar el tratamiento dispensado a la política económica, mientras que en la sección 3.^a se efectúa la misma tarea en relación a la política social. Finalmente, en la sección 4.^a, se incorporan unas conclusiones en clave de interpretación de las opciones adoptadas en Lisboa, considerando tanto las decisiones asumidas como las omisiones detectadas.

2. Tratamiento dispensado a la política económica en el Tratado de Lisboa

El tratamiento dispensado a la política económica en el Tratado de Lisboa podría sintetizarse en los siguientes puntos:

1. *Se ratifica el compromiso principal de la Unión con el crecimiento económico equilibrado y con la estabilidad de precios*

No sólo el nuevo artículo 3 del Tratado de la Unión Europea o TUE (versión consolidada tras el acuerdo de Lisboa) establece este objetivo principal en su apartado tercero (en el marco de una *economía social de mercado altamente competitiva*), sino que en el artículo 127 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (también versión consolidada) se mantiene literalmente que: «El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo “SEBC”, será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión con el fin de con-

tribuir a la realización de los objetivos de la Unión establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea.»

Es decir, no se altera en absoluto la preeminencia otorgada tradicionalmente al objetivo de la estabilidad de precios en la política monetaria común, situando el objetivo del pleno empleo en un plano derivado.

2. *Se reafirma la vigencia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y se endurece el procedimiento de supervisión y vigilancia*

Se aprobó en Lisboa una Declaración relativa al artículo 104 del TFUE en la que expresamente se afirma: «La Conferencia reitera su adhesión a las disposiciones relativas al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que constituyen el marco en el que se debe efectuar la coordinación de las políticas presupuestarias de los Estados miembros».

Más allá de esta expresa Declaración, las nuevas versiones consolidadas de los tratados mantienen intacto el compromiso de la Unión europea con la disciplina presupuestaria y la sostenibilidad de las finanzas públicas (*consolidación fiscal*), además de reiterar la interdicción de la financiación heterodoxa de los déficits públicos (*monetización o apelación a los bancos centrales*).

El procedimiento en caso de déficit excesivo pasa a ser regulado por los nuevos artículos 123 a 126 del TFUE, que adoptan un tono más exigente con los países que incurran en desequilibrio presupuestario: (p.ej., nueva redacción del apartado 126.7: «Cuando el Consejo, de conformidad con el apartado 6, decida declarar la existencia de un déficit excesivo, adoptará sin demora injustificada, sobre la base de una recomendación de la Comisión, las recomendaciones dirigidas al Estado miembro de que se trate para que éste ponga fin a esta situación en un plazo determinado. Salvo lo dispuesto en el apartado 8, dichas recomendaciones no se harán públicas.»)

3. *Se enfatiza la necesidad de coordinación de las políticas económicas nacionales, y también la necesidad de coherencia, a nivel europeo, la política económica con las políticas social y de empleo*

El nuevo artículo 5.1 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) establece de un modo más terminante que antes¹

¹ El tenor literal del antiguo artículo 4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad europea decía así: «La acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en

que: «Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas.» Del mismo modo, los apartados 2 y 3 de dicho artículo dicen, respectivamente, que la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo y sociales de los Estados miembros.

Pero el énfasis en la coordinación de las políticas económicas nacionales no sólo se deduce de un enunciado más concluyente de los artículos, sino que se reforman también los **procedimientos de supervisión y vigilancia**. El nuevo artículo 121.4 del TFUE modifica el tenor del antiguo artículo 99 del Tratado Constitutivo de la Comunidad europea (TCCE). Así, anteriormente se decía que:

4. Cuando, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 3, se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o supone un riesgo para el correcto funcionamiento de la Unión económica y monetaria, el Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular al Estado miembro en cuestión las recomendaciones necesarias. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá decidir hacer públicas sus recomendaciones.

El Presidente del Consejo y la Comisión informarán al Parlamento Europeo acerca de los resultados de la supervisión multilateral. Si el Consejo hubiere hecho públicas sus recomendaciones, se podrá invitar a su Presidente a que comparezca ante la comisión competente del Parlamento Europeo.

5. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 252, podrá adoptar normas relativas al procedimiento de supervisión multilateral contemplado en los apartados 3 y 4 del presente artículo.

Ahora se establece:

4. Cuando, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 3, se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la Unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro. El Consejo, por recomendación de la Comisión, podrá dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro de que se trate. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir hacer públicas sus recomendaciones.

el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.»

A efectos del presente apartado, el Consejo se pronunciará sin tomar en consideración el voto del miembro del Consejo que represente al Estado miembro de que se trate. La mayoría cualificada de los demás miembros del Consejo se definirá de conformidad con la letra a) del apartado 3 del artículo 238.

5. El Presidente del Consejo y la Comisión informarán al Parlamento Europeo acerca de los resultados de la supervisión multilateral. Si el Consejo hubiere hecho públicas sus recomendaciones, se podrá invitar a su Presidente a que comparezca ante la comisión competente del Parlamento Europeo.

6. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas relativas al procedimiento de supervisión multilateral contemplado en los apartados 3 y 4.

4. *Se afirma la competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de política comercial, política monetaria y aspectos estratégicos de la política pesquera*

En los nuevos artículos 3 y 4 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada de mayo de 2008) se establece una diferenciación reveladora entre las competencias **exclusivas** de la Unión y las **compartidas** con los Estados miembros. Entre las primeras, recogidas en el artículo 3.1, se citan la política comercial, la política monetaria y la conservación de recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.

Entre las segundas, reunidas en el artículo 4, se enumeran, entre otras, el mercado interior, la energía, los transportes, y también la política social y de cohesión, a la que aludiremos más tarde.

5. *Se pierde otra oportunidad para avanzar en la armonización de la fiscalidad europea*

En el nuevo Título VII del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea dedicado a las *Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones* no se introduce ninguna novedad relevante que pudiera servir de impulso a la armonización de las legislaciones tributarias nacionales.

3. Tratamiento dispensado a la política social en el Tratado de Lisboa

Tradicionalmente, la política social no ha sido objeto de interés preferente por parte de las instituciones comunitarias, e incluso ha parecido estar subordinada a la funcionalidad de otras políticas u objetivos: «Welfare issues in the EU were clearly subordinated to the completion of the European open market. (...) Social policy is legitimate as long as it can help promote economic goals, especially the free movement of labour» (Aust, Daguerre y Taylor-Gooby, 2001, p. 1).

En todo caso, en lo que respecta al ámbito de la política social las principales novedades introducidas por el Tratado de Lisboa serían:

1. *Se incorpora una alusión directa a la lucha contra la exclusión social entre los objetivos y principios de la Unión*

El nuevo artículo 2 del TUE añade a los enunciados anteriores esta afirmación: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

Al margen de esta declaración formal, se introducen algunas expresiones en los tratados que enfatizan la importancia de estas acciones orientadas a la integración social de la población marginada en el marco de la política social europea. Incluso el nuevo artículo 9 del TFUE incorpora la lucha contra la exclusión social entre los referentes que deberá observar la Unión a la hora de definir y ejecutar sus políticas y acciones.

2. *Se incorpora formalmente una dimensión espacial a la noción tradicional de cohesión*

En el propio *Protocolo sobre la cohesión económica, social y territorial*, se adopta la decisión de sustituir la tradicional expresión de «cohesión económica y social» por el nuevo enunciado de «cohesión, económica, social y territorial». Este nuevo enunciado se generaliza en varios artículos de los tratados, como el nuevo artículo 2 del TUE. En el marco de esta opción por el concepto ampliado de cohesión, el nuevo Título XVIII del TFUE pasa a denominarse *Cohesión, económica, social y territorial*.

Este cambio experimentado por el concepto de cohesión, sin duda inducido por la creciente heterogeneidad económica y social de la Unión, derivada de las sucesivas ampliaciones, no es acompañado, sin embargo, de la

adopción de nuevos objetivos o instrumentos en la regulación de esta materia, regulación que no experimenta sustanciales novedades.

3. *Se consolida el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales y de las virtualidades del diálogo social*

El nuevo artículo 152 del TFUE afirma que la Unión Europea reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, facilitando el diálogo entre ellos. Se menciona expresamente la Cumbre tripartita para el crecimiento y el empleo como contribución al diálogo social.

4. *Se adoptan cláusulas de salvaguardia respecto a los sistemas nacionales de Seguridad Social*

El nuevo artículo 48 del TFUE señala que:

Cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo:

- a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien
- b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.

En igual sentido, se aprueba en Lisboa una *Declaración relativa a los artículos 42 y 63 bis del TFUE* que reitera que «en caso de que un proyecto o acto legislativo basado en el apartado 2 del artículo 63 bis perjudica a aspectos fundamentales del sistema de Seguridad Social de un Estado miembro, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de ese sistema... se tendrán debidamente en cuenta los intereses de dicho Estado miembro».

5. *Se reafirma el compromiso con la igualdad laboral de hombres y mujeres*

Este principio de no discriminación por razón de sexo ya formaba parte del acervo comunitario, pero se multiplican las referencias expresas a este objetivo a lo largo de los tratados.

4. Conclusiones

En mi opinión, la modificación de la legislación básica de la Unión europea que se derivaría de la ratificación por los estados miembros del Tratado de Lisboa no ha tenido como objeto preferente la alteración sustancial del tratamiento dispensado a las políticas económica y social de la Unión Europea. Se observa una general continuidad en las metas e instrumentos identificados en el terreno socio-económico, más allá de declaraciones formales o expresiones más o menos enfáticas.

En el ámbito económico, podemos, en todo caso, percibir una intención por parte de las instituciones de la Unión de incrementar los niveles de exigencia en los procedimientos de supervisión y vigilancia mutua que garantizan la coordinación de las políticas económicas nacionales.

En el ámbito social, se renuncia a perseguir cualquier meta común más ambiciosa que comprometa la discrecionalidad con que los Estados miembros regulan actualmente los aspectos sustanciales de la política social. Ejemplo de esta contención comunitaria constituye la cláusula de salvaguarda de los sistemas nacionales de Seguridad social que hemos comentado anteriormente.

Bibliografía

- AUST, A.; DAGUERRE, A. y TAYLOR-GOOPY, P. (2001): *European social policy*. Documento presentado a la Conferencia *Welfare Reform and Management of Societal Change*. Canterbury (21/3-11-2001).
- UNIÓN EUROPEA (2006): Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 29 de diciembre de 2006 (C 321 E/1).
- (2008): Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 9 de mayo de 2008 (C 115/13).
- (2008): Versión consolidada del Tratado de la Unión europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 9 de mayo de 2008 (C 115/47).

Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa

José Ramón Canedo Arrillaga

Profesor de Derecho Comunitario, Universidad de Deusto

y

Luis I. Gordillo Pérez

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Deusto

Sumario: I. Introducción.—II. La incorporación de los derechos fundamentales al sistema comunitario: el papel del TJCE A. Los derechos fundamentales como parámetro de validez. 1. La posición inicial del Tribunal de Justicia. 2. El diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales. 3. La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B. Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho.—III. La progresiva incorporación de los derechos fundamentales a los Tratados. A. Planteamiento. B. La Carta de Derechos Fundamentales.—IV. La reforma que no llega: esperando a Lisboa. A. La situación de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa. B. La incorporación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. C. Conclusión.

Resumen: El artículo tiene como objetivo presentar la situación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En un primer momento, se analiza la situación de los mismos en las versiones originales de los Tratados así como el esencial papel jugado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la articulación de un sistema de protección de esos derechos, a falta de previsiones escritas. Posteriormente, se pasa revista a las aportaciones de derecho positivo que se han ido produciendo en el tiempo, para terminar con un análisis del impacto que el Tratado de Lisboa podría tener en esa sensible área, tanto a través de la consagración de la Carta de Derechos Fundamentales como de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derechos Fundamentales – Carta de Derechos Fundamentales – Convenio Europeo de Derechos Humanos – Tratado de Lisboa – Tribunal de Justicia

Abstract: *The goal of the article is to present the situation of human rights in the European Union's legal order. First, the situation of human rights in the original version of the treaties is analysed, as well as the crucial role played by the European Court of Justice in the development of a system for the protection of those rights, lack of written provisions. The main legal changes introduced in this area are later revised. Finally, the article explores the impact the Lisbon Treaty might*

have, both through the constitutionalization of the Charter of Fundamental Rights –and making it legally binding– and through the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

Keywords: *Fundamental Rights – Charter of Fundamental Rights – European Convention on Human Rights – Lisbon Treaty – European Court of Justice*

I. Introducción

1. Los derechos fundamentales son uno de los asuntos clásicos del derecho comunitario. Los Tratados fundadores de las Comunidades Europeas, en su versión original, no contenían disposiciones específicas para la protección de dichos derechos¹. A pesar de ese silencio inicial de los Tratados, tales derechos han entrado en escena de la mano del Tribunal de Justicia. Esta situación ha generado abundantes contribuciones doctrinales sobre la cuestión de hasta qué punto las Comunidades están obligadas a respetar los derechos fundamentales e, incluso, cuáles serían éstos². Posteriormente, esta jurisprudencia se ha

¹ De hecho, hubo que esperar hasta el Tratado de Maastricht (1992) y a su artículo F para encontrar una mención expresa a los derechos fundamentales y, aun así, aparecía redactado en términos tales que en principio, se acercaría más a una declaración política que a una disposición jurídicamente vinculante.

² Sobre esta cuestión la literatura es muy abundante. Así, *vide* P. PESCATORE, «The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities», *Human Rights Law Journal*, vol. 2/3-4, 1981, pp. 295-308; J. SCHWARZE, «The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights», *Common Market Law Review*, vol. 23/2, 1986, pp. 401-417; M.A. DAUSES, «The protection of fundamental rights in the Community legal order», *European Law Review*, vol. 10/6, 1985, pp. 398-419; H.G. SCHERMERS, «The European Communities Bound by Fundamental Human Rights», *Common Market Law Review*, vol. 27/2, 1990, pp. 249-258; M. ZULEEG, «Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992, pp. 937-944; A. O'NEILL, J. COPPEL, «The European Court of Justice: taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, vol. 29/4, 1992, pp. 669-692; J. WEILER, N. LOCKHART, «“Taking Rights Seriously”: seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part I», *Common Market Law Review*, vol. 32/1, 1995, pp. 51-94; J. WEILER, N. LOCKHART, «“Taking Rights Seriously”: seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part II», *Common Market Law Review*, vol. 32/2, 1995, pp. 579-627; P. ALSTON, J. WEILER, «An “Ever Closer Union” in Need of a Human Rights Policy», *European Journal of International Law*, vol. 9/4, pp. 658-723; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Columbia Journal of European Law*, vol. 1/2, 1995, pp. 169-181; K. LENAERTS, «Le respect des Droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union Européenne», M. DONY, A. DE WALSCHE, M. WAELBROECK, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 423-457; D. WAELBROECK, «Fundamental rights in the European Union: possible

visto reforzada por las sucesivas modificaciones de los Tratados. La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»), proclamada dos veces hasta la fecha, y la problemática de la adhesión de la Comunidad, después la Unión, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, «CEDH») ha sido objeto de estudio de la doctrina europea. El nuevo Tratado de Lisboa, que otorga a la Carta rango convencional, aunque la saca del texto que el Tratado constitucional había unificado, y que prevé la incorporación de la Unión al Convenio, hace presagiar nuevos desarrollos en las relaciones entre el sistema emanado del Convenio europeo y el de la Unión.

2. Algunos autores analizan la evolución de la integración europea atendiendo al papel cada vez más importante que se otorga a los derechos fundamentales en el «proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»³. Tal y como constata toda la doctrina que ha analizado la cuestión, a pesar de que los Tratados fundacionales obviaban por completo la cuestión de los derechos fundamentales, sin embargo éstos fueron adquiriendo una importancia creciente, desde finales de los 60⁴. Desde entonces, la cuestión ha ido evolucionando a medida que se otorgaba cada vez mayor reconocimiento a estos derechos y, sobre todo, una mayor efectividad de la mano del Tribunal de Justicia. En el momento actual, y antes de que entre en vigor el Tratado de Lisboa, los derechos fundamentales están reconocidos como principios fundadores de la Unión, que han de ser respetados por sus instituciones y que, además, forman parte de los principios generales del derecho comunitario, cuya efectividad garantiza el Tribu-

developments in the years to come», A. DASHWOOD *et alii*, *The Developing role of the European Court of Justice*, European Policy Forum - Frankfurter Institut, London - Frankfurt am Main, 1995, pp. 17-27; K. LENAERTS, «Fundamental Rights in the European Union», *European Law Review*, vol. 25/6, 2000, pp. 575-600; A. VON BOGDANDY, «The European Union as a Human Rights organization? Human Rights and the core of the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 37/6, 2000, pp. 1307-1338; A.G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1999; J. CORCUERA ATIENZA, *et alii*, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002; F.J. MATÍA PORTILLA *et alii*, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

³ Vide, v.gr., A. CLAPHAM, A. CASSESE, J.H.H. WEILER, *European Union: The Human Rights Challenge*, vol. III, *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Nomos, Baden-Baden, 1991. La frase entrecomillada es del preámbulo del Tratado de la Unión Europea, versión consolidada. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C321/E, de 29 de diciembre de 2006. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no modifica este punto del preámbulo. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

⁴ En el Asunto 29/69, *Stauder*, Sentencia de 12 de noviembre 1969, ya se trató, aunque tangencialmente, la cuestión. Sobre este caso, *vide infra*.

nal de Justicia⁵. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos fundamentales sería plenamente vinculante y, además, se establece que la Unión se adherirá al Convenio Europeo de Derechos Fundamentales.

II. La incorporación de los derechos fundamentales al sistema comunitario: el papel del TJCE

3. Como queda dicho, los Tratados comunitarios no contenían en su origen ninguna disposición general relativa a los derechos fundamentales, aun cuando ciertos principios como el de la no discriminación o el de la libre prestación de servicios podrían, en ciertos casos, ser coincidentes con algunas disposiciones relativas a los derechos humanos⁶. La explicación de este silencio es simple. Dada la naturaleza económica de los Tratados, sus autores no pensaron que pudiera existir un riesgo de colisión entre la legislación comunitaria y los derechos humanos. En el momento de la redacción de los Tratados, la concepción mayoritaria sobre la naturaleza de los derechos humanos incluía dentro de esta categoría los derechos civiles y políticos, con lo que se hacía difícil concebir posibles interferencias entre regulaciones de carácter económico y los derechos fundamentales.

4. La experiencia ha demostrado, sin embargo, cuán errónea era esta apreciación, dado que obviaba el hecho de que los derechos fundamentales actúan como límite de la actividad de todo poder público (ya tenga éste una dimensión local, regional, estatal o supranacional) e, incluso, pueden aplicarse en las relaciones entre particulares⁷. De este modo, en el debate en Ir-

⁵ Para una precisa narración de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la UE, *vide* H.G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001.

⁶ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 4.ª ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 54-55.

⁷ Sobre la posibilidad de que los derechos fundamentales se apliquen en las relaciones entre particulares, la doctrina alemana, especialmente, ha desarrollado la interesante teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* o, más comúnmente conocida como *Drittwirkung*. Sobre esta cuestión, *vide* W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1960; W. RUFNER, «Drittwirkung der Grundrechte-Versuch einer Bilanz», P. SELMER, I. VON MÜNCH, *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 215-230; C. STARCK, «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 65-90; M. VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004. Sobre la teoría de la *Drittwirkung* en el sistema del CEDH, para una visión general *vide* F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, C. OVEY, *Jacobs and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, pp. 51-52, y, para un estudio más exhaustivo, *vide* A. CLAPHAM, *Human Rights in Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford 1993.

landa sobre la ratificación del Acta Única Europea, inicialmente se descartó el argumento según el cual la integración comunitaria podía afectar al derecho absoluto a la vida desde el mismo momento de la concepción, reconocido por la Constitución irlandesa (artículo 40.3.3.º). Posteriormente, el Tribunal de Justicia hubo de decidir una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una medida irlandesa que prohibía la difusión de información en la isla sobre las condiciones en las que las clínicas de otros Estados miembros practicaban legalmente el aborto⁸. En este controvertido caso, el Tribunal entendió que la cuestión se veía afectada por las reglas sobre la libre prestación de servicios y por lo tanto entraba dentro del ámbito de competencia de la Comunidad Europea. Este caso demuestra que no es posible excluir *a priori* toda interferencia entre la actividad de la Unión y las cuestiones relativas a los derechos fundamentales. Los riesgos de colisión se han visto lógicamente acrecentados tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (título VI TUE) y tras la comunitarización que operó el Tratado de Ámsterdam de parte del título VI⁹, en concreto la relativa a visados, asilo, inmigración y la cooperación judicial en materia civil.

A. Los derechos fundamentales como parámetro de validez

1. LA POSICIÓN INICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

5. Dado el silencio de los Tratados, la cuestión no tardó en presentarse ante el Tribunal de Justicia. En sus primeras decisiones, el Tribunal rechazó tomar en consideración la argumentación de los recurrentes de que determinados actos comunitarios eran nulos puesto que atentaban contra derechos fundamentales amparados por las constituciones nacionales¹⁰.

⁸ Asunto C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan and others*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, Recopilación de Jurisprudencia 1991, p. I-4685. Vide B. WILKINSON, «Abortion, the Irish Constitution and the EEC», *Public Law*, spring, 1992, pp. 20-30, y D.R. PHELAN, «Right to Life of The Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union», *The Modern Law Review*, vol. 55/5, 1992, pp. 670-689.

⁹ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, op. cit., p. 54.

¹⁰ Vide, v.gr., Asunto 1/58, *Friedrich Stork & Cie v. Haute Autorité de la CECA*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1959, *Recueil de jurisprudence* 1959, p. 43; Asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. v. Haute Autorité de la CECA*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1960, *Recueil de jurisprudence* 1960, p. 857; todos ellos comentados en L.J. BRINKHORST, H.G. SCHERMERS, *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

6. Esta jurisprudencia planteaba una serie de problemas. En primer lugar, suponía que la creación de las Comunidades traía aparejado un déficit en la protección de los derechos fundamentales. Es decir, estaba claro que las competencias que los Estados ejercían estaban sometidas al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Ahora bien, la transferencia de esas competencias a una instancia supranacional (las Comunidades), ¿implicaría que su ejercicio ya no estaba sometido a los límites que planteaban los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales? Una respuesta afirmativa habría permitido concluir que la creación de las Comunidades (con la consiguiente transferencia de poderes) operaba una reducción de la protección de los derechos del individuo. Además, se haría necesario explicar por qué competencias cuyo ejercicio estaba limitado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en cinco de los seis Estados miembros (Francia no lo ratificaría hasta 1974), escaparían a todo control tras una eventual cesión a las Comunidades. Del mismo modo, habría que justificar la razón por la cual los particulares que disponían de un recurso directo ante las instancias de Estrasburgo (Comisión y, en su caso, Tribunal en aquella época) perderían este derecho tras una posible transferencia de competencias¹¹.

7. Era, pues, sólo cuestión de tiempo que surgieran las primeras controversias entre las distintas instancias judiciales encargadas de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, los particulares comenzaron a esgrimir ante los tribunales nacionales y ante el propio Tribunal de Justicia que determinados actos comunitarios eran nulos dado que atentaban contra derechos fundamentales amparados por textos constitucionales nacionales¹². Dado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ejercía un control apropiado sobre el respeto por parte de los actos comunitarios de los derechos fundamentales, algunos tribunales nacionales que vieron un peligro potencial de que se atentara contra derechos amparados por sus respectivas constituciones, empezaron a declararse competentes para controlar, en último término, el ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales, lo que implicaba, en el mejor de los casos, un riesgo para la aplicación uniforme del Derecho comunitario o, lisa y llanamente, la negación de su primacía¹³.

¹¹ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, op. cit., p. 53.

¹² Vide, v.gr., Asunto 1/58, *Stork*, cit., asuntos 36, 37, 38 y 40/59, *Präsident Ruhrkohlen*, cit., así como los Autos del Tribunal Constitucional alemán de 5 de julio de 1967, 18 de octubre de 1967, 9 de junio de 1971 y 29 de mayo de 1974, todos ellos comentados en L.J. BRINKHORST, H.G. SCHERMERS, *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2nd ed., Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

¹³ Recuérdese cómo el Tribunal Constitucional alemán aceptó la posibilidad de que la aplicación en Alemania de ciertas disposiciones comunitarias fuese declarada inconstitucional si infringía derechos fundamentales. Vide la sentencia que resolvió el caso *Internationale*

Se inició entonces, un interesante proceso, que algunos han calificado de «diálogo», en el que las altas instancias judiciales involucradas fueron definiendo sus posiciones y estableciendo los requisitos para aceptar los planteamientos de sus homólogos¹⁴.

2. EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES

a) Primera fase: el establecimiento de las líneas rojas

8. Fue la *Corte costituzionale* italiana la primera que se pronunció sobre los límites constitucionales al proceso de integración. En su famosa sentencia del caso *Frontini* (1973) sentó la teoría de los *controlimiti*, según los cuales, la limitación de la soberanía derivada del proceso de integración europeo no podría bajo ningún concepto conducir al otorgamiento a las instituciones comunitarias de «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana»¹⁵. Esta doctrina sería posteriormente reiterada en los asuntos *Granital* (1984) y *Frad* (1989)¹⁶.

9. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo en su célebre decisión de 1974 (*Solange I*) que «[e]n tanto no se haya alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración de la Comunidad como

Handelsgesellschaft, más conocido como, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271. Por su parte, unos años antes el Tribunal de Luxemburgo ya había advertido en la cuestión prejudicial que le elevó el tribunal de instancia del mismo caso de los peligros de acudir a normas y conceptos jurídicos nacionales para apreciar a validez de los actos de las instituciones comunitarias, vide asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Recueil de jurisprudence* 1970, p. 1125, especialmente §3.

¹⁴ Para un balance sobre el «diálogo» entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, vide A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET & J.H.H. WEILER, *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, especialmente la contribución de A. STONE SWEET, «Constitutional Dialogues in the European Community», pp. 305-330.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 183/1973, de 18 de diciembre (publicada el 27 de diciembre), caso *Frontini*. En concreto, el Constitucional italiano dispuso que «*deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma — sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini —, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*».

¹⁶ Vide Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 170/1984, de 5 de junio (publicada el 8 de junio), caso *Granital*, sobre todo el fundamento jurídico 4, que recuerda la doctrina *Frontini*; la Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 232/1989, de 13 de abril (publicada el 3 de mayo), fundamento jurídico 3.

para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un parlamento y con vigencia efectiva que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del procedimiento de “control de normas” (...)» si no queda del todo convencido por la respuesta que el Tribunal de Luxemburgo le haya dado en torno a la compatibilidad entre la norma comunitaria cuestionada y los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento alemán¹⁷. No obstante, en caso de constatar una violación de algún derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no se declaraba competente para invalidar la norma comunitaria, sino para declarar inconstitucional todo acto de los poderes públicos germanos tendentes a su aplicación interna¹⁸.

10. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, comenzó a prestar una mayor atención a los derechos fundamentales¹⁹, quizás en un intento de que las jurisdicciones internas aceptasen la supremacía del Derecho Comunitario. Ya en 1969 (caso *Stauder*), el Tribunal reconoció, al menos implícitamente, en un *obiter dictum* que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario²⁰. Poco después, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, en el que el recurrente había alegado una violación de sus derechos fundamentales por parte de un acto comunitario, el Tribunal, si bien rechazó que tal violación se hubiese producido, reconoció expresamente que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia» y que para definir estos derechos había que inspirarse en las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»²¹. Unos años más tarde (caso *Nold*, 1974), el Tribunal de Jus-

¹⁷ Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 20 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71.

¹⁸ R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 259.

¹⁹ Sobre este punto, se puede ver J. ASTOLA MADARIAGA, «Los derechos fundamentales y el Derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 18, pp. 115-142.

²⁰ Concretamente, la versión francesa de la sentencia, decía que «la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire», vide Asunto 29/69, *Stauder vs. Stadt Ulm*, Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Recueil de jurisprudence* 1969, p. 419. Sobre el caso del Sr. STAUDER contra la ciudad de Ulm, vide C.D. EHLERMANN, «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 12.11.1969, Rs. 29/69», *Europarecht*, 1970, pp. 41-47.

²¹ Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., §4 «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect (...) [et] la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions consti-

ticia puntualizó su jurisprudencia haciendo referencia a los instrumentos nacionales a los que los Estados miembros se habían adherido o en cuya elaboración habían participado. En particular, se hacía referencia al Convenio Europeo²². Finalmente (caso *Wachauf*, 1989), el Tribunal reordenaría toda su jurisprudencia anterior en materia de derechos fundamentales y concretó de forma definitiva una jurisprudencia que mantendría hasta la actualidad, en virtud de la cual «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario»²³.

b) Segunda fase: el acercamiento de posiciones

11. De esta manera, tras la evolución experimentada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional alemán modificó su doctrina sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y la Constitución alemana. Así, tras un primer cambio de enfoque en el caso *Eurocontrol* (1981), la alta instancia de Karlsruhe modificó radicalmente su jurisprudencia en la famosa sentencia *Solange II* (1986)²⁴. En este segundo caso, invirtiendo los términos empleados en *Solange I*, el Constitucional alemán dispuso que «[e]n tanto [*Solange*] que las Comunidades Europeas (...) garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha

tutionnelles communes aux États membres, doit être assuréé dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté». Esta misma jurisprudencia sería reafirmada unos años más tarde en el caso *Hauer*, asunto 44/79, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Recueil de jurisprudence*, 1979, p. 3727, especialmente §§14 y 15.

²² Asunto 4/73, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission*, Sentencia 14 de mayo de 1974, *Recueil de jurisprudence*, 1974, p. 491.

²³ Asunto 5/88, *Hubert Wachauf vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Sentencia 13 de julio de 1989, *Recopilación de jurisprudencia* 1989, p. 2609.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de junio de 1981, BVerfGE 58, 2 BvR 1107/77 y 195/79, caso *Eurocontrol I*; y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83, caso *Solange II*.

de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental (...) el BVerfGE no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado (...) y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental»²⁵. Esta nueva doctrina de la «protección equivalente», puesta de nuevo en entredicho en el caso *Maastricht* (1993), sería definitivamente confirmada por el Alto Tribunal alemán en su decisión sobre el mercado de *Bananas* (2000)²⁶. Así, el Constitucional germano ha otorgado una inmunidad casi total al Derecho comunitario, bajo reserva de una improbable degradación del nivel general de protección de derechos en el seno de la Comunidad, dejando el control del ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales en manos del Tribunal de Luxemburgo²⁷.

12. El Consejo Constitucional francés, por su parte, asumiría también a su manera esta doctrina de la «protección equivalente» con el único límite de entrar en clara colisión con el texto constitucional. Después de una serie de Decisiones en las que se definía la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional francés durante un intenso año 2004, el *Conseil* dictaminó en el caso de la ley relativa a la bioética que «la transposición en Derecho interno de una directiva comunitaria deriva de una exigencia constitucional a la que sólo cabría oponer la existencia de una disposición expresa contraria a la Constitución»²⁸. Así, como han interpretado los servicios del Consejo Constitucional, «sólo en caso de contradicción con una disposición expresa contraria de la Constitución francesa, la obligación de transposición dejaría de ser constitucional, aunque seguiría existiendo como obligación comunitaria»²⁹.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de octubre de 1986, caso *Solange II*, BVerfGE 73, 339 (387).

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155, caso *Maastricht*; y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7 de junio de 2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, caso *Bananenmarktordnung*.

²⁷ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, op. cit., p. 57.

²⁸ Decisión del Consejo Constitucional Francés 2004-498 DC, de 29 de julio de 2004, caso *Bioética*, considerando 4.

²⁹ Vide el documento *La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, de 8 de noviembre de 2004 elaborado por los servicios del Consejo Constitucional francés, (disponible en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/note.pdf>>). En concreto, la cita está en la p. 57. Quedaría tan sólo concretar qué se entiende por «disposición expresa de la Constitución», habida cuenta del concepto de Constitución francés, que no se reduce al texto de 1958 con las sucesivas enmiendas, sino que abarca todas las normas y principios que integran el denominado *bloc de constitutionnalité*. Sobre esta categoría vide L. FAVOREU, P. GAIA *et alii*, *Droit constitution-*

3. LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

13. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ratificaría estos planteamientos referentes a la doctrina de la protección equivalente³⁰. La postura de la Corte de Estrasburgo puede resumirse como sigue. En un primer momento (caso *M. & Co.*, 1990), el TEDH reconoció que sería difícilmente admisible que la transferencia de competencias a las Comunidades Europeas librara a éstas de respetar en su ejercicio los derechos fundamentales que, en cambio, sí que estaban constitucionalmente obligadas a respetar las autoridades nacionales cuando las ejercían³¹. Recientemente, en el caso *Bosphorus* (2005), el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la importancia de la cooperación internacional a través de organizaciones como la Unión Europea³². Dada la aplicabilidad directa del Derecho comunitario, cuyas autoridades actúan como verdadero poder público, existe la posibilidad de que las autoridades europeas incurran en vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el CEDH que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros. Para conciliar el respeto al Convenio con la importancia acordada a la Comunidad (en tanto que instrumento específico de cooperación internacional), el TEDH recurre a una fórmula similar a la que ya utilizara el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia *Solange II*. Así, el Tribunal de Estrasburgo otorga una presunción de conformidad del Derecho comunitario para con el CEDH, presunción que podrá ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la dispensada por el Convenio. Por «equivalente», el Tribunal entiende una protección «comparable», aunque no «idéntica», tanto en lo relativo a las garantías procedimentales, como en lo que respecta a la configuración objetiva del derecho³³. Sólo

nel, 10e ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 117-132, y la abundante bibliografía sobre la cuestión recogida en pp. 131-132. En castellano, es imprescindible el clásico L. FAVOREU, «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5, enero-marzo de 1990, pp. 45-68. Para un estudio más reciente sobre el concepto, aunque más centrado en el caso español, *vide* I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto*, vol. 54/1, enero-junio de 2006, pp. 61-98.

³⁰ S. DOUGLAS-SCOTT, «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights *Acquis*», *Common Market Law Review*, n.º 43, 2006, pp. 629-665.

³¹ *Vide* caso *M. & Co. v. Alemania*, Decisión de la Comisión de 9 de febrero de 1990 (recurso núm. 13258/87), *Decisions and Reports* 64, p. 138.

³² Caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005 (recurso núm. 45036/98), especialmente §§150-158. Para un comentario de esta sentencia, *vide* S. DOUGLAS-SCOTT, «Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland», *Common Market Law Review*, vol. 41/3, 2006, pp. 243-254; S. PEERS, «Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law», *European Constitutional Law Review*, n.º 2, 2006, pp. 443-455.

³³ Caso *Bosphorus*, *cit.*, §155. Sobre esta cuestión, se volverá *infra*.

cuando la protección de los derechos humanos pudiese considerarse «manifiestamente deficiente», los intereses de la cooperación internacional deben ceder ante el valor del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos.

B. *Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho*

14. Planteada así la cuestión, en el momento actual, la dificultad radica en concretar qué derechos van a ser los considerados fundamentales por el Tribunal de Justicia y cuáles van a ser su extensión y contenido. Una primera cuestión que hay que tener presente es que cuando el Tribunal analiza si una determinada disposición de Derecho comunitario es o no conforme con los derechos fundamentales, lo hace siempre desde el punto de vista del Derecho comunitario, y no desde el de las constituciones nacionales³⁴. Es decir, el Tribunal no emplea como norma de referencia (por utilizar una expresión francesa comúnmente aceptada por la doctrina) directamente una disposición concreta de una determinada constitución nacional, sino que, en ausencia de una norma comunitaria positiva, empleará los llamados principios generales del Derecho comunitario que están integrados, eso sí, por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. En este sentido, unas fuentes cualificadas en las que se encuentran plasmadas (si no todas, sí al menos una parte) las tradiciones constitucionales comunes son los tratados internacionales sobre derechos humanos que los Estados hayan firmado o en cuya redacción hayan participado directamente (caso *Nold*). Aquí cobra una especial importancia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al que, si bien en un primer momento, el Tribunal evitó referirse directamente, en la actualidad no tiene ningún rubor en citar como documento cualificado en el que figuran los derechos fundamentales producto de las tradiciones constitucionales comunes cuyo respeto tiene que asegurar. Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo evita considerarse expresa e irremediabilmente (aunque se observa un progresivo cambio de actitud) constreñido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y se erige, así,

³⁴ *Vide*, v.gr., el caso *Testa*, Asuntos 41, 121 y 796/79, *Vittorio Testa, Salvino Maggio et Carmine Vitale vs. Bundesanstalt für Arbeit*, Sentencia de 19 de junio de 1980, Rec. 1980, p. 1979, §18, donde se reconoce que «comme la Cour l'a souligné à plusieurs reprises, la question relative à une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut être appréciée autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même, les droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect».

en el máximo intérprete de los derechos fundamentales (también de los contenidos en el CEDH) en el seno comunitario.

15. Dado que en un principio el ordenamiento jurídico comunitario carecía de una declaración de Derechos o algo que se le asemejase, cuando el Tribunal se vio abocado a reconocer la existencia de ciertos derechos fundamentales, dictaminó su obligatoriedad en tanto que principios generales del Derecho³⁵. Esta salida era, por lo demás, comprensible. Aceptar la vinculación directa de los catálogos de derechos de las constituciones nacionales hubiera puesto en entredicho el principio de primacía del Derecho comunitario. Además, la falta de homogeneidad entre los distintos catálogos (y el diferente valor que se asignaba a cada derecho fundamental) hubiese necesitado el decantarse por una u otra declaración, con todos los problemas de tipo jurídico y político que ello implicaría. Ello sin contar con la merma de la seguridad jurídica (principio esencial del Estado de Derecho) que esta situación acarrearía³⁶.

16. A continuación, cabría preguntarse por la fuente de esos principios, o, dicho de otra manera, de dónde deduce el juez comunitario los principios generales del Derecho³⁷. Desde el punto de vista doctrinal, la determinación del contenido de los principios generales del Derecho debe ser efectuada sobre la base de un examen comparativo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad³⁸. Además, dicho examen no puede pretender reconducir los sistemas jurídicos en cuestión a un único denominador común. En realidad, esos principios generales del Derecho únicamente pueden ser deducidos a través de la comparación de los distintos ordenamientos jurídicos. Esta metodología implicaría que el contenido de un determinado principio general del Derecho no tiene por qué coincidir con la solución jurídica adoptada por el mayor número de orde-

³⁵ Sobre este importante concepto, *vide* D. SIMON, «Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?», *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, núm. 14, 1991, pp. 73-86.

³⁶ Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, *vide* H.G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001, pp. 28-132. Igualmente, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999; J.V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 235-243, y K. LENAERTS, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52/4, 2003, pp. 873-906.

³⁷ En general, sobre las técnicas de elaboración que emplea el Tribunal para elaborar los principios generales del Derecho, *vide* D. SIMON, «Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?», *op. cit.*, especialmente, pp. 79-82.

³⁸ K. ZWIEGERT, «Les principes généraux du droit des Etats membres», W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, M. WAELBROECK, *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Maison Ferdinand Larquier, Bruxelles, 1969, pp. 441-445.

namientos. Por ello, el principio general del Derecho consistirá en lo que se revele como la mejor solución jurídica luego de haber realizado un estudio crítico de las distintas soluciones que aporta el Derecho comparado. Por lo demás, la concreción de la mejor respuesta jurídica tendría un efecto persuasivo que facilitaría el que el resto de ordenamientos evolucionasen en ese sentido. Finalmente, en el caso de los principios generales del Derecho comunitario, la mejor solución no será sólo la técnicamente más perfecta, sino que se dará preferencia a aquélla que mejor se corresponda con los objetivos de la Comunidad³⁹.

17. Desde el punto de vista práctico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido los postulados de la ciencia del Derecho comparado. Esta solución, además, permitía a la alta instancia de Luxemburgo reafirmar la autonomía del Derecho comunitario al tiempo que apuntalaba su autoridad como máximo intérprete de este ordenamiento. Así, en el caso *Handelsgesellschaft*, el Tribunal declaró la autonomía de los principios generales del Derecho comunitario, aunque reconoció, a su vez, que la salvaguardia de los derechos fundamentales se inspiraba en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁴⁰. Así pues, la concreción o «descubrimiento» de principios generales en el ordenamiento comunitario presenta características propias, derivadas de la naturaleza específica del sistema comunitario. En efecto, la identificación de unos principios, que serán posteriormente consagrados como generales de Derecho comunitario, se efectúa según un razonamiento pragmático y ecléctico a la vez. Así, en primer lugar, se recurrirá a principios propios del Derecho internacional, del Derecho interno de los Estados miembros y también se recurrirá a una serie de principios deducidos del propio sistema comunitario. Algunos principios, además, están respaldados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴¹. A continuación, y antes de atribuir a esos principios la cualidad de principios generales del Derecho comunitario, es necesario verificar que

³⁹ *Ibidem*, pp. 444-445.

⁴⁰ Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit.*, §§3-4. Igualmente, *vide* asunto 4/73, *Nold*, *cit.*, §13 y asunto 44/79, *Hauer*, *cit.*, §§14-15.

⁴¹ Asunto T-54/99, *max.mobil vs. Comisión*, Sentencia de 30 de enero de 2002, *Recopilación de jurisprudencia* 2002, p. II-313, sobre la tutela judicial efectiva. Esta sentencia, que reconoció un derecho fundamental basándose en las tradiciones comunes recogidas en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, fue posteriormente recurrida en casación y anulada por el Tribunal de Justicia con una parca argumentación. En realidad, se trataba de analizar el valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales, si ésta era directamente aplicable o no. *Vide* Asunto C-141/02 P, *Comisión vs. T-Mobile Austria GmbH*, *Recopilación de jurisprudencia* 2005, p. I-1283, Sentencia de 22 de febrero de 2005. Para un comentario, *vide* F. CASTILLO DE LA TORRE, «Case C-141/02 P, Commission v. T-Mobile Austria GmbH, formerly max.mobil, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 22 february 2005», *Common Market Law Review*, vol. 42/6, 2005, pp. 1751-1763.

sean compatibles con las características propias del ordenamiento jurídico comunitario. Finalmente, ante una pluralidad de principios compatibles con el sistema comunitario se escogerá aquél que mejor se adecúe a los objetivos de la Comunidad. Esto conduciría a una aceptación selectiva concretada en una operación de filtro destinada a evitar que la coherencia del sistema jurídico comunitario se vea comprometida⁴². En otro orden de cosas, conviene no olvidar que la lista no es, en absoluto cerrada, sino que se va viendo definida y perfilada a través de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia, hasta tal punto que su desarrollo está plenamente vinculado al continuo proceso de evolución e integración comunitarios.

18. Los principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y, por ende, su infracción constituye «una infracción de este Tratado o de cualquier otra norma relativa a su aplicación» en el sentido y con el alcance de lo dispuesto en el artículo 230 TCE⁴³. En realidad, como algún autor ha precisado, se trataría de una «súper-legalidad», en la medida en que los principios generales se imponen a las instituciones en la elaboración y en la aplicación del Derecho derivado⁴⁴. En alguna ocasión, el Tribunal incluso ha aplicado un principio general que estaba en contradicción con la letra del Tratado⁴⁵. Además, esta instancia judicial estima que los principios generales se imponen igualmente a los Estados miembros cuando éstos actúan en el ámbito del Derecho comunitario. Es decir, no corresponde al Tribunal de Justicia asegurar el respeto de los principios generales frente a actuaciones de los Estados miembros que quedan subsumidas en el ámbito de sus competencias reservadas (caso *Cinéthèque* 1985)⁴⁶ o que están fuera del ámbito de aplicación del Derecho-

⁴² D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3e ed., PUF, Paris, 2001, pp. 358-359.

⁴³ Asunto C-112/77, *Töpfer vs. Commission*, Sentencia de 3 mayo 1978, *European Court Reports* 1978, p. 1019. Para un comentario, vide J. USHER, «Article 173 EEC: Breach of a General Principle as a Ground for Annulment», *European Law Review*, 1978, pp. 383-385.

⁴⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 369.

⁴⁵ Asunto C-70/88, *Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Recopilación de Jurisprudencia* 1991, p. I-4529, donde se discutía la aplicación del principio de democracia y el de equilibrio institucional. Para un comentario, vide J.P. JACQUÉ, «La légitimation active du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pp. 620-631; K. BRADLEY, «Sense and Sensibility: Parliament v. Council Continued», *European Law Review*, vol. 16/3, 1991, pp. 245-257, y K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, R. BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, 2nd ed., Thompson, London, 2005, p. 712.

⁴⁶ Asuntos acumulados 60 y 61/84, *Cinéthèque SA et autres vs. Fédération nationale des cinémas français*, Sentencia de 11 de julio de 1985, *Recueil de jurisprudence* 1985, p. 2605. Para un comentario, vide J.H.H. WEILER, «The European Court at a Cross Roads: Community Human Rights and Member State Action», en F. CAPOTORTI (ed.), *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987, pp. 821-842.

comunitario⁴⁷. Por el contrario, las medidas adoptadas en aplicación del ordenamiento comunitario están sujetas al respeto de los principios generales del Derecho comunitario y las jurisdicciones nacionales están obligadas a asumir las consecuencias de esta subordinación del Derecho interno a la legalidad comunitaria.

19. Así pues, la construcción jurisprudencial de los principios generales del Derecho comunitario, a la que se vio abocado el Tribunal por la necesidad de tener en cuenta las exigencias de protección de los derechos fundamentales que imponían las constituciones nacionales, ha tenido un efecto más amplio y de mayor alcance. En este sentido, la cohesión que en términos dogmáticos han aportado los principios generales al sistema jurídico comunitario ha contribuido a reforzar, además, el Estado de Derecho en el seno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros⁴⁸.

III. La progresiva incorporación de los derechos fundamentales a los Tratados

A. Planteamiento

20. Como se ha dicho anteriormente, la consagración de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, a través de su consideración como principios generales, fue obra del Tribunal de Justicia. No obstante, los Estados miembros y las otras instituciones han avanzado igualmente en esta dirección. Una Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977 ya daba cuenta de la importancia primordial que estas tres instituciones otorgaban a la cuestión⁴⁹. Asimismo, en el preámbulo del Acta Única Europea, los Estados miembros se declaraban «[d]ecididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social (...)»⁵⁰.

⁴⁷ Auto de 6 de octubre de 2005, asunto C-328/04, *Vajnai*, Recopilación de Jurisprudencia 2005, p. I-8577.

⁴⁸ L. DUBOIS, *Droit Communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Economica, Paris, 1995.

⁴⁹ *Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales*, de 5 de abril de 1977, *Diario Oficial* C 103, 27 de abril de 1977, p. 1.

⁵⁰ *Vide* párrafo 3.º del Preámbulo del Acta Única Europea, *Diario Oficial* L 169, 29 de junio de 1987.

21. El Tratado de la Unión Europea supuso un punto de inflexión en la materia. En efecto, su artículo F.2 (el actual 6.2) retomó la jurisprudencia del Tribunal haciendo del respeto a los derechos fundamentales uno de los principios generales del Derecho comunitario. Además, reprodujo la referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuente de los derechos fundamentales. Sin embargo, el artículo F estaba inicialmente situado en una parte del Tratado que quedaba sustraída al control del Tribunal. Por su parte, el artículo J.1, de apertura del Título V sobre la Política Exterior y de Seguridad Común, se refiere al respeto de los derechos humanos y de las libertades públicas como uno de los objetivos de la citada política. A su vez, el artículo K.2, situado en el título VI relativo a la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, imponía igualmente, en ese contexto, el respeto al Convenio Europeo y a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Además, en el ámbito de la acción exterior de la Comunidad Europea, el artículo 130 U del TCE (actual 177 TCE) hacía del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales uno de los objetivos de la política comunitaria de cooperación al desarrollo⁵¹.

22. Esta consolidación del acervo jurisprudencial era ciertamente importante, pero los progresos no se detuvieron ahí. Durante las negociaciones del Tratado de Ámsterdam, la cuestión de los derechos fundamentales no podía ser ignorada tras el dictamen del Tribunal de Justicia relativo a la adhesión de la Comunidad al CEDH⁵². Aun cuando la adhesión no fue posible, dada la negativa del Tribunal de Luxemburgo, el Tratado de Ámsterdam introdujo modificaciones de calado. En primer lugar, impuso explícitamente a los Estados candidatos el respeto a los principios enunciados en el artículo 6.1 del TUE entre los que figura el respeto de los derechos humanos y del Estado de Derecho. A continuación, instauró un procedimiento de suspensión de derechos de voto y de derechos derivados del Tratado ante una violación «grave y persistente» de los principios enunciados en el artículo 6 por parte de un Estado miembro. El Tratado de Niza, por su parte, ha introducido un procedimiento que permite, en caso de «un

⁵¹ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, op. cit., p. 59.

⁵² Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Dictamen de 28 de marzo de 1996, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996, p. I-1759. Para un comentario de este importante Dictamen, vide O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606, y M.I. ROFES I PUJOL, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 15, 1996, pp. 148-155.

riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro», dirigir recomendaciones a este último⁵³. Finalmente, se amplió la competencia del Tribunal para incluir, también, el artículo 6.2 TUE, el cual obliga a las instituciones a respetar los derechos fundamentales, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito del Título VI. A diferencia de lo que en un momento se consideró, sobre todo por el Tribunal de Justicia, el Tratado de Ámsterdam no instauró un recurso específico en materia de derechos fundamentales, sino que legitima la invocación de la violación de los derechos fundamentales en el marco de los recursos existentes⁵⁴. No se amplió, por tanto el campo de la admisibilidad, y la jurisprudencia existente en la materia se vio confirmada por los Tratados⁵⁵. Pero éstas no fueron las únicas aportaciones de la reforma de Ámsterdam. En efecto, el Tratado habilitó a la Comunidad para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (artículo 13 TCE). El artículo 136 relativo a la política social, pasó a contener una referencia a los derechos sociales fundamentales, tales como los enunciados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores⁵⁶. Igualmente, Ámsterdam instauró una forma adicional de protección de los derechos de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal por parte de la Comunidad (artículo 286 TCE). Codificó, así mismo, el principio de acceso de los ciudadanos comunitarios a los documentos del Parlamento, de la Comisión y del Consejo (artículo 255 TCE). Así pues, el Tratado de Ámsterdam supuso un hito en la materia no solamente porque consagró el acervo jurisprudencial en este campo, sino porque desarrolló en ciertos ámbitos específicos, como se ha visto, la protección de los derechos fundamentales.

⁵³ Vide artículo 7.1 TUE. La versión consolidada de este Tratado, previa a las modificaciones que introduce el Tratado de Lisboa, puede consultarse en el *Diario Oficial* C 321 E, de 29 de diciembre de 2006, p. 1.

⁵⁴ Artículo 46 TUE, tras su modificación por el Tratado de Niza.

⁵⁵ J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, op. cit., p. 60.

⁵⁶ La *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, fue ratificada por España por medio de Instrumento de ratificación 29 de abril de 1980 (BOE n.º 153, de 26 de junio de 1980). Por su parte, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, fue hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. En el caso español, el Instrumento de ratificación es de 7 de enero de 2000 (BOE n.º 99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en BOE n.º 220, de 13 de septiembre). La *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores*, de 9 de diciembre de 1989, fue aprobada en forma de declaración en la cumbre de Estrasburgo por once de los doce Estados miembros de la Comunidad. A pesar de su carácter no vinculante, el Reino Unido no firmó la Carta Comunitaria en un principio, lo que acentuó su carácter simbólico. No obstante, en 1998, tras la elección de Tony Blair, Reino Unido se decidió a firmarla.

B. La Carta de Derechos Fundamentales

23. Tras muchos años de debate sobre si la Unión debía o no adherirse al CEDH, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 optó por la redacción de una «Carta de derechos que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Dicha «Carta», redactada en menos de un año por un órgano *ad hoc* (Convención), nació como un acuerdo interinstitucional «solemnemente proclamado» por los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. La discusión sobre el valor de la Carta se vio solapada por el intenso y mediático debate que rodeó la redacción del Tratado constitucional europeo. La «Constitución para Europa» supondría un salto cualitativo, entre otras cosas, para los derechos fundamentales en el seno de la Unión en general y para el status jurídico de la Carta en particular. En efecto, el Tratado constitucional reconocía en virtud de su artículo I-9.1 «*los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales*», Carta que incluyó en su articulado a modo de «parte dogmática» y, además, dispuso que la Unión Europea accedería al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo I-9.2)⁵⁷.

24. No es el objetivo de este artículo analizar el contenido de la Carta ni los problemas que su redacción pudiera suscitar⁵⁸. Sin embargo, sí entendemos relevante hacer referencia a la vida que la misma ha tenido incluso sin haber llegado a entrar en vigor en el momento presente. Su borrador fue invocado por el conocido como Comité de Sabios que analizó la situación de Austria tras la llegada al gobierno de coalición del FPÖ de Haider⁵⁹. La Carta se ha convertido así mismo en un elemento de interpretación cualificado del Derecho comunitario. Los primeros en esgrimirlo en un proceso fueron los abogados generales, seguidos por el Tribunal de Primera Insta-

⁵⁷ F. SUDRE, «Article I-9», L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 141-163.

⁵⁸ Se ha debatido por la doctrina, por ejemplo, si el artículo 53 de la Carta pudiera suponer un ataque a la supremacía del Derecho Comunitario. Sobre este punto, puede leerse O. DE SCHUTTER, «Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The relations between the European Convention of Human Rights, the European Charter and the EU member states constitutions. Briefing Paper», *European Parliament, Directorate General Internal Policies of the Union*, Bruselas, 2007. Otro aspecto abierto al debate es el de la virtualidad de la distinción entre derechos y principios.

⁵⁹ El texto del Informe, preparado por Martti Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja, puede consultarse en <http://www.arena.uio.no/PDF/reportwisemenaustralia.pdf> (última consulta: 1 de junio de 2008).

cia⁶⁰. El Tribunal de Justicia, por su parte, no la incorporaría a sus razonamientos hasta 2006. Probablemente esta tardanza se debió a que la alta instancia de Luxemburgo estaba esperando a que se ratificara la «Constitución para Europa», que incorporaba la Carta en sus texto articulado atribuyéndole rango de Tratado⁶¹. Así, cuando el Tribunal consideró que la «Constitución» no sería ratificada, al menos en un futuro próximo, desempolvó el texto de la Carta y la introdujo en su argumentación jurídica como elemento interpretativo⁶². Sólo así se explica que incluso el Tribunal de Estrasburgo citase la Carta antes que su homólogo luxemburgués⁶³. Incluso los tribunales nacionales aludieron a la Carta para reforzar la legitimidad de sus fundamentaciones⁶⁴.

25. Por lo demás, aunque, de momento, y en tanto no entre en vigor Lisboa, quede descartada la aplicabilidad directa de la Carta como Derecho primario, no hay que menospreciar su importancia ni tampoco considerarla carente de valor jurídico. Es decir, como bien ha dicho la doctrina, «la ausencia de fuerza vinculante [en cuanto tal] no implica *per se* la ausencia de efectos jurídicos»⁶⁵. Esto es, la Carta constituye un documento de indudable importancia hermenéutica donde se han compilado, esencialmente, las tra-

⁶⁰ Vide las conclusiones del Abogado General A. TIZZANO en el asunto C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, Sentencia de 26 de junio de 2001, *Recopilación de jurisprudencia* 2001, p. I-4881, presentadas el 8 de febrero de 2001, especialmente, §26. En cuanto al Tribunal de Primera Instancia, vide asunto T-54/99, *max.mobil vs. Comisión*, Sentencia de 30 de enero de 2002, *Recopilación de jurisprudencia* 2002, p. II-313, sobre la tutela judicial efectiva. Esta sentencia, que reconoció un derecho fundamental basándose en las tradiciones comunes recogidas en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, fue posteriormente recurrida en casación y anulada por el Tribunal de Justicia con una parca argumentación. Vide Asunto C-141/02 P, *Comisión vs. max-mobil*, Sentencia de 22 de febrero de 2005, *Recopilación de jurisprudencia* 2005, p. I-1283.

⁶¹ En este sentido, vide A. HINAREJOS PARGA, «Recent Human Rights Developments in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists», *Human Rights Law Review*, vol. 7/4, 2007, pp. 793-811, especialmente, pp. 794-795.

⁶² Vide asunto C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, Sentencia de 27 de junio de 2006, *Recopilación de jurisprudencia* 2006, p. I-5769, especialmente §38, donde el Tribunal afirma que «[a]unque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante» en cuanto tal, «el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar “los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”».

⁶³ Vide caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Recurso n.º 28957/95, Sentencia de 11 de julio de 2002, sobre el matrimonio de transexuales, especialmente §§58 y 100.

⁶⁴ Vide, v.gr., la Sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, sobre la protección de datos de carácter personal, que cita la Carta en su FJ 8 incluso antes de su «solemne proclamación».

⁶⁵ R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, op. cit., p. 256.

diciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Además, despliega efectos jurídicos desde dos puntos de vista. En primer lugar, como acuerdo interinstitucional que es, las instituciones comunitarias tienen la obligación de respetarla y de asegurarse de que los actos que adoptan no atentan contra los derechos fundamentales que proclama⁶⁶. En segundo lugar, como se ha escrito *supra*, el Tribunal de Justicia puede aplicar la Carta, caso por caso, reconociendo a uno o varios de sus preceptos carácter vinculante en tanto que principios generales del Derecho.

IV. La reforma que no llega: esperando a Lisboa

Dos son los principales cambios que en la materia que nos ocupa pretende llevar a término el Tratado de Lisboa. El primero afecta a la carta de derechos fundamentales y el segundo a la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A. *La situación de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*

26. El Tratado de Lisboa, a diferencia de la «Constitución para Europa», no ha incorporado la Carta en su articulado aunque, a pesar de ello, le ha otorgado el mismo valor jurídico que a los Tratados mismos. Esta amputación del Tratado constitucional muestra, sin duda, el rechazo de ciertos Estados a todo vestigio de «constitucionalización formal» o «estatalización» de la Unión⁶⁷. No obstante, de ratificarse finalmente *Lisboa*, el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión, retomando parte del texto del artículo I-9 del Tratado constitucional, efectuará un remisión a la Carta, en su última

⁶⁶ Vide el memorándum COMMISSION EUROPÉENNE, *Texte en application de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne - Communication de M. le Président et de M. Vitorino*, Bruselas, 13 de marzo de 2001, SEC(2001)380/3. Igualmente, vide COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión - Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión - Metodología para un control sistemático y riguroso*, Bruselas, 27 de abril de 2005, COM(2005) 172 final. La Agencia Europea de Derechos Fundamentales tiene encomendada, entre otras tareas, la de verificar que las propuestas de la Comisión o las posiciones tomadas por las instituciones en el curso de procedimientos legislativos respetan los derechos fundamentales, siempre que éstas así lo soliciten. Artículo 4.2 del Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el considerando 9 (DO n.º L 53, de 22 de febrero de 2007, p. 1).

⁶⁷ Sobre este particular, vide A. BERRAMDANE, «Le traité de Lisbonne et le retour des États», *La Semaine Juridique*, n.º 9-10, février 2008, pp. 23-28, especialmente, p. 26.

redacción de 2007, y le conferirá «el mismo valor jurídico» que a los Tratados⁶⁸. El artículo 6.1 TUE dispone que «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Tal afirmación se ha reforzado con la Declaración n.º 1, en la que se insiste en que «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados».

27. Al margen de esta Declaración, el Reino Unido y Polonia negociaron un Protocolo específicamente dirigido a aclarar la aplicación de la Carta en ciertos aspectos. Por una parte, deja claro que la Carta no amplía la competencia de los tribunales comunitarios o de los tribunales nacionales de esos países para cuestionar la normativa interna de ambos Estados (artículo 1.1 del Protocolo). Además, se deja constancia expresa de que el título IV de la Carta (titulado «Solidaridad» y relativo a derechos sociales) no crea ningún derecho nuevo que se pueda esgrimir ante los tribunales nacionales de ambos países (artículo 1.2). En realidad, probablemente nos encontramos más ante una declaración que ante un protocolo. En la medida en que la propia Carta se considera a sí misma como un texto que no hace otra cosa que reafirmar una serie de derechos que otros textos, ya sean de carácter internacional ya constitucional han proclamado previamente, los tribunales comunitarios podrían seguir siendo tan «creativos» como lo han sido hasta este momento en el área de los derechos fundamentales. Lo mismo podría ocurrir con los tribunales internos, los cuales, según el último considerando de dicho protocolo, siguen vinculados por todas las demás obligaciones que incumben a Polonia y al Reino Unido, entre las cuales están, obviamente, las que derivan de considerar, como fuente del ordenamiento comunitario (artículo 6.3 TUE), todos los textos internacionales y constitucionales internos que han servido para «encontrar» los derechos que la Carta reafirma. Nos encontraríamos así ante una reiteración de lo ya establecido en las cláusulas horizontales de la Carta. Cosa diferente sería si se llega a la conclusión, frente a la letra de su texto, que la Carta va más allá que el mero reconocimiento de derechos ya existentes, cosa que en absoluto es descartable y que dependerá de la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia. Es de lamentar en cualquier caso la falta de claridad en cuanto al alcance de dicho protocolo.

28. Desde el punto de vista político, y obviando el caso polaco, produce cierta extrañeza esta insistencia del Reino Unido, ya que dos años an-

⁶⁸ En concreto, el TUE hace referencia a la solemne proclamación de la Carta en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, que rescataba el texto de la Carta tal y como fue insertado en el Tratado constitucional y que la preparaba para su conversión en Derecho originario. *Diario Oficial*, n.º C 303, 14 de diciembre de 2007, p. 1.

tes firmó el Tratado constitucional, que incluía la Carta, sin una reserva comparable a ésta. La doctrina sugiere que quizá el Gobierno británico estaría preparándose para simplificar el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa y, así, pretendía dar a entender que éste es muy diferente de la «Constitución para Europa», con lo que no sería necesario un referéndum para que el Reino Unido diese su consentimiento al nuevo texto. De hecho, esta vez la ratificación se llevó a cabo a través del Parlamento británico. Además, desde el punto de vista jurídico, el efecto de este Protocolo ha de ser relativizado. En efecto, este añadido no afecta al acervo comunitario en la materia. Así, los demandantes podrían basar sus argumentos, no exclusivamente en la Carta, sino en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal de Justicia⁶⁹.

B. *La incorporación al Convenio Europeo de Derechos Humanos*

29. La adhesión de la Comunidad al CEDH es uno de los asuntos clásicos y recurrentes que, cada cierto tiempo y cada vez con más fuerza, se viene planteando en su seno. Suele citarse como punto de partida el memorando de la Comisión de 1979 en el que la institución comunitaria planteaba la adhesión al Convenio Europeo, indicando los ventajas (casi todas ellas de tipo político) y los inconvenientes (más bien de tipo jurídico) de tal adhesión⁷⁰. Este loable objetivo fue ganando adeptos hasta que el Tribunal de Justicia, en su controvertido dictamen 2/94, concluyó que no existía base jurídica para que la Comunidad se adhiriese al CEDH y que, por consiguiente, de pretenderse tal, era necesario proceder a una revisión de los Tratados⁷¹. Con la ventaja que implica una metodología científica deduc-

⁶⁹ CRAIG, P., «The Lisbon Treaty, Process, Architecture and Substance», *European Law Review*, vol. 33/2, 2008, pp. 137-166, especialmente, p. 163.

⁷⁰ EUROPEAN COMMISSION, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights», *Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, COM (79) final.

⁷¹ Dictamen 2/94, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Dictamen de 28 de marzo de 1996, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996, I-1759. Los comentarios doctrinales sobre este dictamen son numerosos. Sin ánimo de exhaustividad, vide P. WACHSMANN, «L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 2, 1996, pp. 467-491; O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606; G. GAJA, «Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, vol. 33/5, 1996, pp. 973-989; N. FERNÁNDEZ SOLA, «La adhesión de la Co-

tiva, es decir, conociendo el resultado final (la adhesión de la UE al CEDH, que casi se vislumbra en el horizonte), es posible esgrimir que, tras el sorprendente dictamen del Tribunal, dio comienzo una discreta pero firme evolución que ha ido venciendo todas las reticencias políticas y casi todas objeciones jurídicas que hasta ahora han evitado la adhesión formal. Quizá sería excesivo concluir que ha sido un proceso teledirigido y coordinado por el *establishment* europeo, pero lo cierto es que esta evolución a la que hacemos referencia ha sido de lo más eficaz. En efecto, tras el varapalo del Tribunal, se sucedieron los estudios doctrinales que, criticando la decisión, además, aportaban argumentos favorables a la adhesión, sosteniendo incluso la existencia, en el momento del dictamen, de base jurídica suficiente en los Tratados⁷². Por otra parte, los países más reticentes, como Irlanda o el Reino Unido, fueron moderando sus posiciones. Estos últimos desconfiaban del activismo del Tribunal y temían que incorporar un catálogo de derechos en el sistema comunitario tuviese un efecto centrífugo y aumentase las competencias de la Comunidad. Aunque aún hoy es posible observar conatos de estos recelos (*vide* los Protocolos sobre la interpretación de la Carta en el Tratado constitucional y en el Tratado de Lisboa), lo cierto es que en el momento actual todos los Estados miembros coinciden en la necesidad de la adhesión. El Tribunal de Justicia, por su parte, ha ido incorporando el Convenio y la jurisprudencia del TEDH en su argumentación jurídica; si bien lo ha hecho a través del filtro de los principios generales, lo que le permite controlar el proceso en todo momento. No obstante, esta actitud del Tribunal, más allá de la dialéctica de una posible competición con su homólogo de Estrasburgo, habría que enmarcarla en su empeño por preservar la autonomía del Derecho comunitario, máxime cuando las reglas del juego reposan sobre equilibrios inestables: los Estados miembros están de acuerdo en la adhesión pero ésta no termina de llegar, queda por definir los términos en los que la Unión (tras Lisboa) participará en el sistema del Convenio... Mientras tanto, el Tribunal de Estrasburgo parece someter los actos de las instituciones comunitarias a un control *de facto*, lo que no casa muy bien con las dos columnas sobre las cuales el Tribunal de Luxemburgo ha edificado el ordenamiento jurídico comunitario: los principios de autonomía y primacía. Estos episodios de «competencia entre Tribunales» sobre quién tiene la última palabra en un litigio no son desconocidos en siste-

munidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 144, pp. 41-55; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica?», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, núm. 3, pp. 817-838.

⁷² *Vide* las referencias de la nota anterior.

mas en los que existe una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales⁷³. Esta posible deriva competitiva se ha visto elegantemente neutralizada por los habituales contactos informales (quiere decirse, ajenos a la jurisdicción) entre miembros de ambos tribunales, especialmente, entre sus presidentes. Finalmente, a esta «diplomacia judicial» se ha sumado la «diplomacia funcional» de alto nivel que, discreta pero progresivamente, se ha ido desarrollando entre el Consejo de Europa y la Unión⁷⁴.

30. Volviendo al plano estrictamente jurídico, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia (caso *Rutili*, 1972⁷⁵) y antes de que la Unión se adhiera formalmente a él, en el momento presente, el Convenio ha sido «constitucionalizado» en el artículo 6.2 TUE, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión:

35. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. A este respecto el CEDH reviste un significado particular (...) ⁷⁶.

Así pues, en el ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa. Esto es, el Tribunal de Justicia consentirá su aplicación indirecta a través de los principios generales, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así, la autonomía y primacía del Derecho comunitario. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo es, en principio, el máximo intérprete del CEDH en el con-

⁷³ Sirva como ejemplo el caso español, donde se han dado episodios de esta naturaleza entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, a veces magnificados por los medios.

⁷⁴ Uno de los más significativos productos de esta labor diplomática es el Memorandum de entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea de 2007, *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, 10 may 2007, 117th Session of the Committee of Ministers, Strasbourg, 10-11 may 2007, CM(2007)74.

⁷⁵ Asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur*, Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Recueil de jurisprudence* 1975, p. 1219.

⁷⁶ Asunto C-540/03, *op. cit.*, §35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, *vide* S. DOUGLAS-SCOTT, «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

texto comunitario. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario. No obstante, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho comunitario, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que «suprema») en materia de derechos fundamentales⁷⁷.

31. Por su parte, como antes se ha visto (§13), en la actualidad el Tribunal de Estrasburgo ejerce un control indirecto sobre el Derecho comunitario a través de las medidas nacionales de ejecución, aunque, por otra parte, ha otorgado una presunción general de conformidad con el Convenio al Derecho comunitario. Esta actitud, aunque facilita la cohabitación entre las dos máximas instancias, ha sido vista por todos los comentaristas como una solución provisional, a la espera de la deseable adhesión⁷⁸.

32. La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo y descrita *supra*, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. De lo escrito en las líneas anteriores, se podría deducir con facilidad que los responsables políticos aceptaron los hechos consumados. En todo caso, es claro que, como ha defendido la doctrina, la adhesión al CEDH aportará coherencia al sistema jurídico comunitario, aumentará

⁷⁷ Vide asunto C-94/00, *Roquette Frères*, Sentencia de 22 de octubre de 2002, Recopilación de Jurisprudencia, 2002, p. I-9011. Para un comentario sobre esta sentencia, vide M. LIENEMEYER, D. WAELBROECK, «Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002», *Common Market Law Review*, vol. 40/6, 2003, pp. 1481-1497. Igualmente, vide L.I. GORDILLO, «Fundamental Rights of Companies in Transnational Law. Special reference to the protection afforded to business premises», en M.P. CANEDO ARRILLAGA, *General Problems of Transnational Law and its implications for the Companies in International Trade*, Tirant, Valencia, en prensa. El §17 del *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, *op. cit.*, dispone asimismo que la Unión reconoce al Consejo de Europa como la fuente de referencia paneuropea en material de Derechos humanos («*The European Union regards the Council of Europe as the Europe-wide reference source for human rights*»).

⁷⁸ Un resumen de la situación actual, puede consultarse en J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, *op. cit.*, pp. 72-73. Para un estudio más en profundidad del mismo autor, vide J.P. JACQUÉ, «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 60, 2007, pp. 3-37.

la seguridad jurídica y fortalecerá la legitimidad de la Unión. En este sentido, el artículo I-9 de la fallida «Constitución para Europa», producto de la unanimidad sin precedentes que rodeó la cuestión, preveía la adhesión de la Unión (dotada expresamente de personalidad jurídica) al Convenio Europeo. Finalmente, se dispondría de la base jurídica necesaria para acometer un acto de relevancia constitucional⁷⁹. Por lo demás, el procedimiento de conclusión del acuerdo relativo a la adhesión sería el ordinario de conclusión de acuerdos internacionales establecido en el artículo III-325, que requería que la decisión de conclusión del acuerdo se adoptase por mayoría cualificada (apartado 8) y preveía la necesidad de aprobación por el Parlamento Europeo [apartado 6,a,ii)]. El Protocolo n.º 32 anejo al Tratado constitucional precisaba que el acuerdo de adhesión debía preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho, lo cual hace referencia a dos cuestiones que la doctrina y algunos documentos anteriores habían señalado: la cuestión de la participación de la Unión en las instancias de control del Convenio (Tribunal, Comité de Ministros) y el establecimiento de un sistema que permitiera (re)dirigir las posibles demandas que se presentaran contra la Unión y/o los Estados miembros y evitar así que el Tribunal de Estrasburgo se convirtiese en juez del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión⁸⁰.

33. A pesar del fracaso del proceso de ratificación de la «Constitución para Europa», en esta materia, como en muchas otras, se recuperó el consenso alcanzado en el pasado y el Tratado de Lisboa prevé igualmente la incorporación de la Unión al Convenio. Si finalmente entra en vigor en sus términos iniciales, la nueva redacción del artículo 6.2 del TUE dispondrá que la Unión «se adherirá» al CEDH y que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». El Tratado de Lisboa retoma los acuerdos y avances de la Constitución e incluye un Protocolo específico relativo a la adhesión al CEDH donde, al igual que en el Protocolo 32 del Tratado constitucional, se establece un mandato a los negociadores destinado a preservar las características específicas de la Unión Europea y de su Derecho. Así, el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión ha de comportar disposiciones específicas relativas a la participación de la Unión —que no es un Estado— en los órganos propios del Convenio y, también, se han de establecer los mecanismos necesarios para «garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos». Además se deja constancia de que una eventual

⁷⁹ Vide Dictamen 2/94, *cit.*, §35, donde se establece que la adhesión al Convenio «tendría una envergadura constitucional».

⁸⁰ Vide F. SUDRE, «Article I-9», *op. cit.*, 141-163.

adhesión no modificará las competencias de la Unión ni afectará el estatuto jurídico de los Estados miembros en el sistema del Convenio⁸¹.

34. Por lo demás, el proceso de adhesión no es, precisamente, un camino de rosas. En primer lugar, existe la posibilidad de un doble veto institucional. En efecto, según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), el acuerdo que permita la adhesión ha de ser adoptado por unanimidad del Consejo (en el caso de la «Constitución» sólo se precisaba de mayoría cualificada). Al igual que en la «Constitución», se sigue exigiendo así mismo la aprobación previa del Parlamento Europeo (218.6.a),ii), TFUE) por mayoría de los votos emitidos. A partir de ahí, la entrada en vigor del acuerdo de adhesión queda condicionada a la aprobación por parte de todos los Estados miembros según sus reglas constitucionales respectivas. Se produce en este sentido un retroceso respecto del Tratado constitucional y se reafirma el carácter constitucional de la adhesión al Tratado que el Dictamen 2/94 ya señalara. Es interesante constatar que incluso la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1610 (2008) adoptada en su reunión de 17 de abril, se interrogó sobre la oportunidad de introducir dichos cambios en el procedimiento de aprobación de la decisión de adhesión. La doctrina apunta que, de haberse requerido simplemente la mayoría cualificada para integrar a la Unión en el CEDH, ello hubiese supuesto una transferencia de poder que habría obligado a algunos Estados miembros a celebrar un referéndum para ratificar el Tratado de Lisboa⁸². Este reforzamiento de las exigencias procedimentales de la adhesión llevada a cabo por los gobiernos de los Estados miembros casa mal con el planteamiento de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (entre los que estaban todos los de los miembros de la UE) durante la cumbre de Varsovia de mayo de 2005 de acelerar los trabajos necesarios para la adhesión a fin de que ésta se llevase a cabo en el menor tiempo posible. Incluso resulta chocante con el imperativo de adhesión que el propio artículo 6.2 TUE contiene.

35. Además, de momento el acceso al Convenio Europeo está limitado a los Estados. Sería necesario efectuar algunos ajustes en el seno del Consejo de Europa para permitir el acceso y la participación en sus órganos de una organización internacional⁸³. De momento, el Protocolo 14 ha in-

⁸¹ Vide el «Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», anejo al Tratado de Lisboa, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306/11, de 17 de diciembre de 2007.

⁸² Vide la contribución de F. BENOIT-ROHMER, en M.-L. BEMELMANS-VIDEC, *The accession of the European Union/European Community to the European Convention of Human Rights*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11533, 18 march 2008, p. 20.

⁸³ Sobre esta cuestión, son interesantes E. MYJER, «Can The EU join the ECHR: General conditions and practical arrangements», en I. PERNICE, J. KOKOTT, Ch. SAUNDERS (eds.),

cluido una modificación del artículo 59 del CEDH, según la cual la Unión Europea podrá adherirse al Convenio. Sin embargo, esta reforma, que por cierto mantiene bloqueada Rusia —único país pendiente de ratificar el Protocolo llamado a hacer viable el sistema de protección de derechos del Convenio— no realizará todas las modificaciones técnicas necesarias para permitir la incorporación de la Unión⁸⁴. Además, algunas dudas sólo se despejarán con la práctica: ¿hasta qué punto el Tribunal de Justicia verá al Tribunal de Estrasburgo como una jurisdicción especializada o como un tribunal jerárquicamente superior?, ¿qué rango jerárquico tendrá el Convenio Europeo relación con el Derecho de la Unión?⁸⁵, ¿conseguirá el acuerdo de adhesión evitar que el Tribunal de Estrasburgo se erija en juez del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros?⁸⁶

36. De todas formas, el Tratado de Lisboa ha elevado los derechos contenidos en el CEDH a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión (artículo 6.3 TUE). La diferencia, salta a la vista, es que, a la espera de la adhesión, el máximo intérprete del Convenio en el seno de la Unión no será el Tribunal de Estrasburgo, sino el Tribunal de Justicia.

37. El Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 concluyó que, en ese momento, no existía base jurídica que permitiese a la Comunidad adherirse al Convenio. La doctrina y la clase política dedujeron que era necesaria una disposición expresa en los Tratados que previese esta adhesión. Por otro parte, el in-

The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, Nomos, 2006, pp. 297-308, así como el Documento preparado por el Consejo de Europa bajo el título *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, que aparece en el Documento de Trabajo n.º 8 del Grupo de Trabajo II Integración de la Carta/adhesión al CEDH de la Convención que preparó la «Constitución para Europa».

⁸⁴ De hecho, este aspecto de la reforma, más simbólico que otra cosa, añade un nuevo apartado al artículo 59, según el cual «la Unión Europea podrá adherirse a este Convenio». El informe explicativo del Protocolo 14, haciéndose eco de informes técnicos previos, destaca que será necesario acometer futuras modificaciones al Convenio para hacer posible la adhesión desde el punto de vista legal y técnico. *Vide* el informe *Explanatory report to the Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, CETS No. 194, §101. El informe en el que, hasta la fecha, se han explicado con mayor detalle los «ajustes técnicos» necesarios es el realizado por el Comité director para los derechos humanos del Consejo de Europa. STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH), *Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, DG-II(2002)006[CDDH(2002)010 Addendum 2], de 28 de junio de 2002.

⁸⁵ Recuérdense que el Tribunal ha afirmado la prevalencia de los Tratados constitutivos sobre los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad. *Vide* Dictamen 1/75, caso OCDE, 11 de noviembre de 1975, *Recueil de jurisprudence* 1975, p. 1355.

⁸⁶ Sobre estas cuestiones, *vide* F. SUDRE, «Article I-9», *op. cit.*, especialmente pp. 155-163.

forme *Juncker*, redactado tras el fracaso de la «Constitución para Europa» para el Consejo de Europa, propuso acelerar la incorporación de la Unión al Convenio, al margen de una reforma global de los Tratados, mediante un protocolo *ad hoc* anexo a los actuales Tratados para permitir la adhesión a la Unión⁸⁷.

38. Otra cuestión sobre la que merece la pena reflexionar es la que se refiere al futuro de la jurisprudencia *Bosphorus* en el supuesto de que se produzca finalmente la adhesión de la Unión al Convenio. Recordemos que tal resolución concedía una presunción de conformidad con el Convenio a favor de los actos de las Comunidades. Cabe preguntarse si esa seguiría siendo la posición del Tribunal de Estrasburgo en el supuesto de que la Unión se adhiriese al Convenio. Como ya se ha comentado, la base de la presunción sentada por el Tribunal parece encontrarse en el hecho de considerar que los Estados son libres para participar en organizaciones internacionales y que tal participación es incluso plausible cuando la organización en cuestión mantiene un *standard* de protección de los derechos humanos equivalente al ofrecido por el sistema de Estrasburgo. Fruto de tal planteamiento, los Estados miembros de la Unión ya no son responsables ante el TEDH de las acciones que lleven a cabo en ejecución de actos de la Unión en ámbitos en los que aquéllos hayan transferido toda su competencia a ésta, y, al tiempo, la Unión escapa a su potencial responsabilidad al gozar de esa presunción de conformidad. Sin embargo, tal presunción, que ya ha sido ampliamente criticada incluso por algunos de los jueces del Tribunal sentenciador en sus votos particulares, resultaría muy difícilmente sostenible en el caso de la adhesión de la Unión Europea. ¿Qué argumentos justificarían que un sujeto de derecho adherido al Convenio goce de una presunción de conformidad con el Convenio cuando el resto de socios, todos ellos Estados, no disfrutan del mismo *status*? No perdamos de vista que, en la medida en que las cuestiones relativas a lo que hoy conocemos como segundo pilar siguen fuera de la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo, el sistema podría adolecer de una falta de conformidad con el *standard* de Estrasburgo.

39. Retrasada, como poco, la entrada en vigor de la última reforma de los Tratados, la cuestión sobre la competencia de la Comunidad/UE para adherirse al Convenio recobra interés más allá de lo meramente dogmático. La doctrina posterior al Dictamen precitado ya aportó argumentos sólidos que podrían ser recuperados para defender una respuesta afirmativa. No obstante, y sin perjuicio del valor de esas aportaciones, cabría preguntarse qué ha cambiado objetivamente desde 1996, es decir, de plantearse

⁸⁷ J.C. JUNCKER, *Council of Europe - European Union: A sole ambition for the European Continent. Report by Jean-Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxembourg for the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe*, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 10897, 11 de abril de 2006, p. 5.

hoy la cuestión, ¿existirían nuevos (o distintos) elementos que podrían llevar al Tribunal a pronunciarse en un sentido distinto? Puede que sí. La tesis sería que el desarrollo de la integración europea y la evolución de la Unión en materia de derechos fundamentales operados hasta la fecha hacen que el artículo 308 del TCE de la versión consolidada tras Ámsterdam y Niza (antiguo 235) constituya hoy en día base jurídica suficiente para la adhesión al Convenio. Tres tipos de argumentos sustentarían esta aseveración:

1. En el momento del Dictamen, el artículo F§2 (equivalente al actual 6.2) del TUE estaba excluido del control del Tribunal. Además, a efectos de la aplicación del artículo 235, hoy en día, es más plausible defender que los Derechos humanos constituyen una de las finalidades de la Comunidad/Unión:
 - a) La acción exterior de la Comunidad/Unión incluye, entre otras cosas, la promoción de los Derechos humanos. Se exige a los socios y receptores de ayuda comunitaria que los respeten.
 - b) Uno de los requisitos de los países candidatos al ingreso en la Comunidad/Unión es que firmen el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
 - c) Se ha elaborado una Carta de Derechos fundamentales que, si bien no tiene aplicación directa, no por ello deja de desplegar efectos jurídicos, como se ha visto.
 - d) Se ha llegado a acuerdos con el Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos. En este sentido, el Memorandum de entendimiento establece el compromiso de la Unión de que los actos adoptados por sus instituciones serán sometidos a un control previo de conformidad con los derechos fundamentales.
 - e) Se ha constituido la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene como fin asesorar a las instituciones y órganos comunitarios en materia de derechos fundamentales «con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas»⁸⁸. Dicha Agencia ha sido con base ju-

⁸⁸ Vide el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recientemente, en virtud del §20 del *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, *op. cit.*, el Consejo de Europa y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea han firmado un acuerdo de cooperación que pretende reforzar la complementariedad y evitar duplicidades innecesarias en el ámbito de la protección de los derechos humanos en Europa, *vide* el documento distribuido por el servicio de prensa del Consejo de Europa con motivo de la firma del acuerdo, *Council of Europe: Press release 453(2008)*, Estrasburgo 18 de junio de 2008.

rídica en el referido artículo 308. No debemos perder de vista, así mismo, que en la explicación de la Comisión sobre la propuesta de creación de la Agencia se puede leer que «[e]l fundamento jurídico del reglamento propuesto es el artículo 308 del Tratado CE. Uno de los objetivos generales de la Comunidad es garantizar que su propia acción respete plenamente los derechos fundamentales. La creación de la Agencia promoverá ese objetivo, a pesar de que el Tratado no prevea competencias específicas a tal efecto».

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además de seguir reconociendo la importancia del Convenio como instrumento de interpretación de primer orden en materia de derechos fundamentales, ha dado un paso más al incorporar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a sus argumentaciones (caso *Roquette Frères*, 2002).
3. Por otra parte, los últimos desarrollos jurisprudenciales del TEDH (casos *Matthews* y *Bosphorus*), han conducido al Tribunal de Estrasburgo a someter los actos de la Comunidad/Unión a un control *de facto* con respecto al Convenio⁸⁹. Esta situación, aunque amortiguada por la presunción general de conformidad con el Convenio de los actos comunitarios (presunción que admite prueba en contrario), podría operar un cambio en la actitud del Tribunal de Luxemburgo y permitir la adhesión en aras de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídica. En efecto, como la doctrina ha expuesto, la situación actual tiene para la Comunidad/Unión todos los inconvenientes (sujeción al Convenio) y ninguna de las ventajas (participación en las instancias de control y legitimación pasiva).
4. Asimismo, y salvando las obvias distancias, la reciente posición del Tribunal de Justicia en relación con la competencia en materia penal de las Comunidades Europeas permitiría entender que son posibles desarrollos legislativos en sectores sensibles sobre los cuales no existe una base jurídica específica en el Tratado cuando de lo que se trata al legislar en esa materia es asegurar la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad⁹⁰.

⁸⁹ Caso *Matthews v. Reino Unido*, *cit.*, y caso *Bosphorus*, *cit.*

⁹⁰ Sobre este punto, ver «Article I-9» GIMENO VERDEJO, C., «La sentencia «protección penal del medio ambiente a través del Derecho Penal». Clarificación del reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar del Tratado de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 34/2006, pp. 189-198; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La sentencia «Comisión/Consejo» de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 2005, n.º 239, pp. 47-57; PEERS, S., «The European Community's criminal law competence: The plot thickens», *European Law Review*, vol. 33, n.º 3, junio de 2008, pp. 399-410.

C. *Conclusión*

Los restos relacionados con la protección de los derechos humanos a los que se enfrenta la Unión no son desdeñables. Desde los más domésticos como el acceso de los particulares a la justicia europea o el funcionamiento de la *Euroorden*, hasta los más internacionales como puedan ser los relacionados con las *blacklists* de terroristas y organizaciones colaboradoras elaboradas en el seno de Naciones Unidas o los vuelos de servicios secretos extranjeros utilizando aeropuertos europeos, los problemas están lejos de desaparecer. La articulación de esta cuestión, entre o no en vigor el Tratado de Lisboa, es crucial para que la Unión pueda mantener —mejor incrementar— su legitimidad.

Política constitucional y adaptación de la Unión: el problema del doble veto

Mercedes Guinea Llorente
Doctora en Ciencias Políticas y Sociología.
Investigadora de la Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Consideraciones generales: crisis de ratificación y política constitucional.—2. La política constitucional europea: principales características.—3. La fase de propuesta 2001-2004: la Convención como método para mejorar la eficacia de la CIG.—4. La etapa de la crisis: el fracaso de la vigencia constitucional por los referendos fallidos.—5. La resolución —provisional— del proceso político: la Presidencia alemana y la CIG de 2007.—6. El referéndum irlandés sobre el Tratado de Lisboa: una nueva crisis de ratificación.—7. La inadecuación de la política constitucional europea a las exigencias de democracia y eficacia: la urgencia de reformar los métodos de reforma.—8. Conclusión: la política constitucional y la incapacidad de adaptación de la Unión.

Resumen: Desde el año 2001 la Unión Europea se encuentra embarcada en un proceso de revisión de los Tratados que parece no tener fin. El proceso se iniciaba con la aprobación a través del método de Convención del Tratado Constitucional, en un intento por garantizar un buen acuerdo por unanimidad. Este ambicioso texto nunca llegaría a entrar en vigor ya que no pudo ser ratificada por todos los Estados miembros, al ser rechazada en dos referendos sucesivos por Francia y los Países Bajos. El Tratado de Lisboa, firmado en 2007, como salida a la crisis ha vuelto a ser rechazado en referéndum, esta vez por el electorado irlandés. Estos hechos muestran la incapacidad de la Unión para adaptar sus estructuras a los desafíos del entorno. La razón reside en unos procedimientos de política constitucional que han quedado obsoletos para una Unión de veintisiete Estados miembros y que proveen de un doble veto a cada Estado miembro para obstaculizar las reformas.

Palabras clave: Conferencia Intergubernamental, ratificación, Tratado de Lisboa, política constitucional.

Abstract: *Since 2001 the European Union is stalled in a never ending Treaty revision process. The constitutional process begun with the drafting of the first European Constitution by the European Convention. The Convention was seen as a new institution to overcome the efficiency problems linked to unanimity in Treaty reform. Nevertheless, the Constitution failed ratification due to the French and Dutch referendum results. The Treaty of Lisbon, signed in 2007, tried to overcome the paralysis but also has been rejected by the Irish electorate. The European Union seems incapable of adapting its constitutional structures to the current chal-*

lenges due to its Treaty revision rules. European constitutional politics nowadays are unsuitable for a Union of 27 Member States. Granting a double veto to each Member State in negotiation and ratification makes very difficult to change the current state of affairs.

Keywords: *Intergovernmental Conference, ratification, Lisbon Treaty, constitutional politics.*

1. Consideraciones generales: crisis de ratificación y política constitucional

Desde 2005 la Unión Europea ha vivido en lo que se ha considerado una «crisis institucional» o, incluso, una «crisis de identidad» caracterizada por que la vigencia de las dos últimas reformas constitucionales, el Tratado Constitucional europeo y el Tratado de Lisboa, se ve imposibilitada a causa del rechazo de los ciudadanos en referendos nacionales de ratificación. Dejando a un lado la evidente desafección de los ciudadanos hacia una Unión Europea que sienten lejana o ajena a sus problemas cotidianos, el fracaso de las reformas tiene su razón de ser en la política constitucional, esto es, en un inadecuado funcionamiento de las reglas de cambio del sistema en el nuevo contexto de la ampliación y de la politización creciente de la integración europea.

La política constitucional europea se caracteriza por un sistema de «doble cerrojo» o de unanimidad reforzada, esto es, se exige por dos veces el concurso de la voluntad unánime de todos los Estados miembros para la viabilidad de la revisión constitucional. Viéndolo desde su reverso, supone un doble veto en manos de cada Estado miembro en la reforma. En primer lugar, en el momento actual es necesario el «común acuerdo» de los veintisiete Estados miembros para aprobar una reforma. A continuación, una vez que la revisión de los Tratados adquiere naturaleza jurídica en forma de Tratado internacional firmado por los Estados miembros es preciso para su entrada en vigor que sea ratificado por todos y cada uno de los Estados miembros, conforme a sus reglas constitucionales internas. Este rígido sistema apenas ha recibido ninguna modificación desde la creación de las primeras Comunidades Europeas. No se ha adaptado al denominado «efecto número» que produce la ampliación, a pesar de que ha sido una cuestión largamente avisada y debatida¹.

¹ El eurodiputado Alain Lamassoure denomina «efecto número» o «revolución del número» a las consecuencias y desafíos que implica para el sistema político europeo las recientes ampliaciones, que llevan a que la Unión Europea casi doble el número de sus integrantes respecto al año 2003. Véase a título de ejemplo: A. LAMASSOURE, *Histoire secrète de la Convention européenne*, Paris, Albin Michel, 2004, pp. 60-61.

Desde que en diciembre de 2001 se convocaran los trabajos de preparación de una nueva revisión de los Tratados, ese proceso que es conocido como proceso constitucional por sus especiales características aún no se ha cerrado. En este trabajo nos proponemos examinar este proceso de revisión de los Tratados desde la perspectiva de la política constitucional. En su conjunto, puede dividirse en su totalidad, al menos, en tres fases². La primera es la de propuesta, que conduce a la elaboración y aprobación del Tratado Constitucional europeo. El elemento característico de esta fase es la convocatoria de una Convención para reforzar la legitimidad y la eficacia de la revisión.

La segunda fase puede denominarse de crisis, causada por el rechazo en referéndum del texto constitucional por Francia y los Países Bajos y la pausa en el proceso. El proceso constitucional queda paralizado rehén del segundo de los cerrojos, el de la necesidad de ratificación unánime, a pesar de la lógica política de que una mayoría de Estados y de ciudadanos hubieran apoyado la vigencia. La tercera y última fase, hasta el momento, era la de resolución, caracterizada por la renegociación de un nuevo Tratado en el seno de la CIG de 2007, que culminaría en la firma del Tratado de Lisboa.

Tras el rechazo irlandés a ratificar el Tratado de Lisboa en junio de 2008 puede incluso considerarse si estamos ante una nueva crisis, que vaya a dilatar el proceso de reforma aún más o que, incluso, pueda conducir a su fracaso, aunque esto último parece improbable. Las reglas de revisión de los Tratados, incluso tras su reforma por Lisboa, se muestran inadecuadas para enfrentar los desafíos de una Unión de veintisiete miembros. Aun cuando se logre la vigencia de Lisboa, los problemas de adaptación de Lisboa persisten al no haberse abordado en serio la ineficiencia de la política constitucional.

2. La política constitucional europea: principales características

Con carácter general, el concepto de política constitucional se aplica a los procesos de creación o modificación de los fundamentos, normas e instituciones básicas de un sistema político³. Podemos calificar de política cons-

² F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE, *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 29.

³ En relación a la política constitucional europea: G. EDWARDS y A. PIJERS (eds.), *The Politics of European Treaty Reform*, London, Pinter, 1997; R. PRYCE (ed.), *The Dynamics of European Union*, London, Croom Helm, 1987; B.P.G. SMITH, *Constitution Building in the European Union. The process of Treaty Reforms*, The Hague, Kluwer Law International, 2002; VV.AA., «Theorising EU Treaty Reform from an Institutional Perspective», *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n.º 1, 2002; VV.AA., *Les procédures de révision des Traités communautaires: du droit international au droit constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2001; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. «Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration»*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

titucional europea aquélla relativa a los procesos políticos y jurídicos que determinan las bases constitucionales europeas y su adaptación. El Derecho Originario de la Unión Europea ha sido establecido o revisado a través de Conferencias internacionales que han reunido a representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con representantes de las instituciones, es lo que se conoce como método de Conferencia Intergubernamental. No es, sin embargo, la única forma de política constitucional en sede europea, aunque sí la más llamativa por tratarse de negociaciones al más alto nivel, «en la Cumbre»⁴. La política constitucional, a pesar de ser «alta negociación», donde los Estados hacen valer todo su peso y su capacidad de veto, no puede aislarse de la política ordinaria, estando ambas estrechamente relacionadas.

Pueden darse dos definiciones aceptadas de Conferencia Intergubernamental⁵. Así, en un sentido laxo y menos riguroso, pero que ha calado en el habla cotidiana de la doctrina, es frecuente utilizar la noción de Conferencia Intergubernamental para referirse al proceso de revisión de los Tratados regulado en el artículo 48 del TUE, que iría desde la fase de preparación hasta la entrada en vigor del texto aprobado⁶. En un sentido estricto, y más correcto, la Conferencia Intergubernamental sólo es una de las fases

⁴ Desde un punto de vista jurídico, el método de CIG no es la única vía de revisar los Tratados. Los propios Tratados regulan procedimientos de revisión simplificada o comunitaria que no requieren la reunión de una Conferencia Intergubernamental, son los denominados procedimientos autónomos —cuando se producen exclusivamente en el seno de las instituciones comunitarias— o semiautónomos —si requieren además la ratificación de los Estados miembros—. Igualmente, desde un punto de vista político, la política constitucional no se limita solamente a la revisión formal de los Tratados, sino que implica también a las propias instituciones cuando desarrollan, interpretan e, incluso, modifican el alcance de las disposiciones de los Tratados. Así, el Tribunal de Justicia ha sido un actor fundamental en la política constitucional europea que con su jurisprudencia ha sentado algunos de los cimientos del edificio político europeo, por ejemplo al formular principios como el de primacía o del efecto directo del Derecho Comunitario. Hoy día la institución más relevante para la política constitucional es el Consejo Europeo que a través de sus decisiones acuerda nuevos ámbitos de competencia para la Unión o procedimientos diferentes. Igualmente, prácticas políticas como los acuerdos interinstitucionales tienen una relevancia indudable para la política constitucional europea, ya que instauran nuevos procedimientos alterando incluso el equilibrio interinstitucional establecido en los Tratados.

⁵ En relación a las características del método de Conferencia Intergubernamental, véase: M. GUINEA LLORENTE, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea (2001-2004): la Convención Europea y el Tratado Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, pp. 41-103.

⁶ Así es común que bajo el título Conferencia Intergubernamental X se examine el conjunto del proceso de revisión del Tratado. Véase a título de ejemplo: F. LAURSEN y S. VANHOONACKER, *The Intergovernmental Conference on Political Union*, Martinus Nijhoff, Maastricht, 1992, o J. LODGE, «Negotiations in the European Union: the 1996 Intergovernmental Conference», *International Negotiation*, vol. 3, n.º 3, 1998, pp. 481-505.

del proceso de revisión de los Tratados, la de naturaleza intergubernamental que, en líneas generales, se asemeja a las Conferencias internacionales para la negociación de Tratados multilaterales, aunque presente rasgos propios.

El artículo 48 del Tratado de la Unión Europea contempla el procedimiento de revisión general, único para los tres Tratados constitutivos europeos en vigor: Tratado de la Unión Europea, Tratado de la Comunidad Europea y Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁷. La doctrina está de acuerdo en distinguir tres fases de distinta naturaleza dentro de este procedimiento⁸. La primera fase, previa a la negociación de la reforma, denominada comunitaria, se caracteriza por la intervención de las instituciones comunes e, incluso, reúne las características del método comunitario en la puesta en marcha del proceso de revisión⁹. Conforme al artículo 48, corresponde la presentación de la iniciativa y el proyecto de reforma a uno o varios Estados miembros o a la Comisión y la decisión de convocar una Conferencia Intergubernamental por el Consejo, decidiendo por mayoría simple, tras consultar a otras instituciones europeas, el Parlamento y, en su caso, la Comisión y el Banco Central Europeo. La consulta a las instituciones, en cualquier caso, es preceptiva pero en ningún caso sus dictámenes tienen carácter vinculante¹⁰.

⁷ Desde los Tratados fundacionales de París y Roma, que dan nacimiento a las tres Comunidades europeas en los años 50, el procedimiento general de reforma de los Tratados en esencia se mantiene con pocos cambios. Cabe mencionar, sin embargo, que el Tratado de Maastricht de 1992 sustituye los tres procedimientos de cada uno de los Tratados de las tres Comunidades Europeas por un artículo común, el N del Tratado de la Unión Europea, que, además, introduce una pequeña modificación. Prevé en la fase previa a la convocatoria —denominada por la doctrina fase comunitaria— la consulta al Banco Central Europeo en el caso de revisión de ámbitos de su competencia. Tras la reenumeración llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, el procedimiento único de reforma de los Tratados se regula en el artículo 48 del TUE.

⁸ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA, B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 303; A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 351; C. CANCELA OUTEDA, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, pp. 498-499; M. MARTÍNEZ CUADRADO, «La revisión de los tratados y el poder constituyente de la Unión», en: M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, vol. I, pp. 49-71.

⁹ J. LODGE, «Negotiations in the European Union: the 1996 Intergovernmental Conference», *op. cit.*, p. 484; P. SOLDATOS, «Le Conseil européen et la Conférence Intergouvernementale: une déviation par rapport à la méthode communautaire de révision des Traités», en: VV.AA., *Les procédures de révision des Traités communautaires...*, *op. cit.*, pp. 53-63.

¹⁰ Soldatos explica que la petición de dictamen al Parlamento Europeo sobre la conveniencia de convocar la CIG y el contenido del proyecto de reforma refleja la doble dimensión de la Unión en tanto que unión de pueblos y unión de Estados. En ausencia de pronunciamiento del Parlamento Europeo no podría hablarse de doble legitimidad. Sin embargo, nos

Aunque no están contemplados en el Tratado, CIG tras CIG se han institucionalizado algunas prácticas complementarias en esta fase inicial: consultas intergubernamentales e interinstitucionales que conducen a la decisión del Consejo Europeo de poner en marcha el proceso, el trabajo preparatorio con Comités, Grupos de Expertos o Sabios¹¹, y el intercambio entre Estados de documentos consultivos, consultas bilaterales y multilaterales que conducen finalmente, sobre los informes especializados, a la decisión del Consejo Europeo de convocar la CIG¹². Aunque variados en su composición y formato, los grupos preparatorios reúnen la característica común de estar formados por diplomáticos o políticos, expertos que tratan de aportar su conocimiento técnico, trabajan con poca o ninguna publicidad y sin contar con las aportaciones de la sociedad civil. En sucesivas reformas el Parlamento Europeo ha solicitado que se le reconociera la posibilidad de iniciar el procedimiento en esta fase «comunitaria» en iguales condiciones que la Comisión¹³. CIG tras CIG se han visto frustrados sus deseos al no reconocérsele esa facultad, aunque tenemos que anticipar que sus expectativas se verán satisfechas por la regulación del Tratado Constitucional y de su sucesor, el Tratado de Lisboa.

parece a nosotros que la falta de legitimación del Parlamento Europeo para iniciar el procedimiento de reforma de los Tratados y, sobre todo su no participación en la fase intergubernamental ni en la aprobación del proyecto de reforma, impide que podamos apoyar el proceso de revisión de los Tratados en esa doble legitimidad, ya que el sólo requerimiento de dictamen consultivo no resulta suficiente. Véase al respecto: P. SOLDATOS, «Le Conseil européen y la Conférence Intergouvernementales...», *op. cit.*, p. 56.

¹¹ Puede citarse a título de ejemplo los Comités Dooge y Adonnino que prepararon la reforma del Acta Única Europea, el Grupo encargado de preparar los trabajos de la Conferencia Intergubernamental para la Unión Económica y Monetaria previa al Tratado de Maastricht, el Grupo de reflexión Westendorp previo a la reforma de Ámsterdam, o más recientemente el Grupo de los Tres Sabios, dirigido por Dehaene, que, por encargo de la Comisión, avanzó la reflexión previa a la Conferencia Intergubernamental de 2000, que terminaría con la aprobación del Tratado de Niza. En cualquier caso, los Grupos de Sabios no negocian sino que actúan como «think-tanks», planteando distintas posibilidades sobre las cuales los Gobiernos comenzarán posteriormente a negociar. B.P.G. SMITH, «Constitution Building in the European Union...», *op. cit.*, p. 209.

¹² La práctica de las últimas CIGs ha alterado en parte el procedimiento del artículo 48 del TUE en esta fase inicial. Así, el Consejo ya no es la institución que debate y decide la convocatoria de una CIG, sino que la responsabilidad real de esta tarea recae ahora en el Consejo Europeo, que según los Tratados no tiene ninguna autoridad para convocar una CIG. La decisión política es del Consejo Europeo en el seno de una Cumbre. Sin embargo, la decisión jurídica, formal, sigue siendo tomada por el Consejo, única instancia legitimada para ello, en el curso de una de sus sesiones ordinarias.

¹³ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre el Tratado de Ámsterdam, 19 de noviembre de 1997, *DOCE* C371, de 8.12.1997; PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre la constitucionalización de los Tratados, 12 de octubre de 2000, *DOCE* C 197, de 12.07.2001, p. 196.

La segunda fase, la intergubernamental, se refiere de lleno a la revisión propiamente dicha de los Tratados, por medio de una Conferencia Intergubernamental, en la cual los representantes de los Gobiernos de los Estados negocian los extremos de la reforma hasta alcanzar el acuerdo en el seno de una «conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros». En esta fase la negociación es conducida por los representantes diplomáticos y políticos de los Gobiernos de los Estados miembros, y desde las Conferencias de 1991 el acuerdo final se rubrica en el seno del Consejo Europeo¹⁴. Todos los Estados han de aprobar la reforma «de común acuerdo» para que ésta sea válida, sin que se precise según el Tratado el concurso de ninguna institución común¹⁵.

Inicialmente podría pensarse que el método de negociación en el seno de la Conferencia Intergubernamental es el diplomático clásico, al tratarse de una conferencia internacional para tratados multilaterales, en que cada uno de los actores formula sus preferencias y estrategias y se articula en la lógica del intercambio y regateo. Sin embargo, es importante recordar la interacción que se produce entre los asuntos corrientes de la UE y las negociaciones en el seno de una CIG¹⁶. Éstas no pueden aislarse del proceso político global, lo que influye notablemente en el método y el carácter de las negociaciones. Así según Lodge, las CIGs presentan elementos distintivos de cualquier otra forma de negociación diplomática entre Estados soberanos independientes¹⁷. Las CIGs se han convertido en un proceso continuo

¹⁴ A pesar de la distinción formal entre Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros y Consejo, institución europea, las sesiones principales de la CIG se desarrollan en el seno del Consejo de Asuntos Exteriores y del Consejo Europeo o del COREPER-II y como un punto más del día de sus reuniones ordinarias. Se trata de lo que comúnmente se denomina en el argot comunitario «un cambio de sombreros», hablando el Ministro en un momento dado como miembro del Consejo y, al siguiente, como representante del Gobierno de su Estado.

¹⁵ Se plantea aquí la cuestión de si «común acuerdo» es lo mismo que unanimidad. Muchos autores (Soldatos y Lodge, por ejemplo) dan por supuesto que «común acuerdo» es lo mismo que «acuerdo unánime». Sin embargo, Bruno de Witte acierta a matizar las diferencias entre «común acuerdo» y unanimidad. Sostiene que el «común acuerdo» supone que los Estados consienten en aceptar algunas propuestas que no aprueban, o incluso desaprueban, a causa de la importancia que conceden al acuerdo de conjunto sobre la revisión del Tratado. Esas concesiones no les inoportunan lo suficiente como para hacer uso de su veto, resultando en ocasiones compensados por otras propuestas en el seno de un paquete de reforma global. Véase al respecto: B. DE WITTE, «The Closest Thing to a Constitutional Conversation in Europe: The Semi-Permanent Treaty Revision Process», en: P. BEAUMONT y otros (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 44.

¹⁶ H. WALLACE y F. HAYES-RENSHAW, *The Council of Ministers*, Macmillan, Basingstoke, 1997, pp. 253-254; B.P.G. SMITH, «Constitution Building in the European Union...», *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁷ J. LODGE, «Negotiations in the European Union: The 1996 Intergovernmental Conference», *op. cit.*, p. 492.

de negociación diplomática multilateral cuyas fases están marcadas por diferentes grados de intensidad y distintas extensiones de redes en términos de negociación y participantes. Como durante una CIG los asuntos de la UE no se suspenden y la negociación constitucional tiene lugar como parte de la decisión ordinaria europea, las CIGs no pueden calificarse estrictamente de negociación diplomática, sino que se ve influida por los asuntos corrientes de la Unión, aunque formalmente tengan lugar fuera del marco institucional de la Unión¹⁸.

Por su propia naturaleza, las negociaciones, en las que participan diplomáticos y miembros de los Gobiernos, transcurren a puerta cerrada, transcurriendo sólo a la prensa las grandes líneas de la misma y los resultados finales. La falta de transparencia no es la única carencia de este método pues frecuentemente los Gobiernos presentan posiciones de negociación definidas pobremente, ya que tienen un conocimiento incompleto tanto de sus propias preferencias como de las de sus contrincantes, debido a la estrategia de no desvelar abiertamente las posiciones en relación a todos los aspectos de la reforma¹⁹. Por tanto, no se refleja en la realidad la igualdad formal de todos los Gobiernos sino que las posiciones de fuerza de estos actores dependen tanto de sus posiciones relativas en términos poblacionales, económicos y políticos como del éxito de las estrategias puestas en práctica²⁰.

¹⁸ Otro rasgo propio de las CIGs y que constituye un elemento de gran importancia son los contactos personales entre los negociadores, que usualmente llevan largo tiempo en su puesto y están acostumbrados a trabajar cotidianamente con las otras partes. Así un elemento distintivo de las CIGs frente a otras negociaciones internacionales es la existencia de un gran número de redes informales tanto en Bruselas como entre las capitales. Véase al respecto: M. GRAY y A. STUBB, «Keynote Article: The Treaty of Nice - Negotiating a Poisoned Chalice?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, annual review, 2001, p. 7. Fruto de esas redes, en ocasiones algunos ministerios nacionales se coaligan con sus homólogos de otros países en torno a una posición contraria a la oficial de su Gobierno. Esto es posible por la existencia de cauces normales de relación al margen de las vías diplomáticas. Véase: P.W. THURNER, F.U. PAPPY y M. STOIBER, «EU Intergovernmental Conferences. A Quantitative Analytical Reconstruction and Data Handbook of Domestic Preference Formation, Transnational Networks, and Dynamics of Compromise during Amsterdam Treaty Negotiations», *MZES Research Paper*, n.º 15, 2002.

¹⁹ D. BEACH, «Towards a new method of constitutional bargaining? The role and impact of EU institutions in the IGC and convention method treaty reform», *The Federal Trust for Education and Research*, abril 2003, p. 4.

²⁰ Para el estudio y la interpretación de las CIGs los autores de la Ciencia Política proponen distintas teorías que subrayan unos u otros de estos elementos. Moravcsik, principal exponente de las tesis del liberalismo intergubernamental aplicado a las CIGs, defiende el papel preponderante y decisivo de los grandes Estados en las CIGs, que son los que van a marcar el paso. Considera que los principales resultados de las CIGs se apoyan sobre acuerdos bilaterales o trilaterales, sobre todo, entre Alemania, Francia y el Reino Unido. Gray y Stubb, por el contrario, niegan esa afirmación diciendo que, dada la naturaleza de las CIGs es imposible cuantificar la influencia de los Estados miembros en una cita constitucional concreta y que,

Junto a estas variables, tampoco pueden obviarse las relativas a la influencia de las instituciones comunes y del propio contexto interno y externo a la Unión²¹.

En esta segunda fase, si bien los actores formales son los Gobiernos de los Estados, algunas de las instituciones europeas también desempeñan papeles, si bien con una relevancia mucho menor, y cuyo impacto real ha variado según las Conferencias²². La Comisión se sienta en la mesa de negociación en todas las reuniones y tiene el derecho de presentar propuestas, de acuerdo con una práctica consolidada desde la CIG de 1985. Dado que según el Tratado es una de las facultadas para presentar proyectos de reforma, ha de estar presente para defender su posición. La Comisión tuvo un papel técnico y de mediación entre los Estados verdaderamente destacado en las negociaciones que condujeron a la adopción del Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht. Sin embargo, su protagonismo se resintió a partir de la reforma de Ámsterdam en que la Secretaría del Consejo tomó el relevo junto a la Presidencia en las tareas de formular propuestas, presentar posturas de negociación y mediar entre los actores.

En las Conferencias Intergubernamentales, ni la sociedad civil ni el Parlamento son actores de la reforma. En los trabajos de las dos últimas Conferencia Intergubernamentales, el Parlamento Europeo obtuvo la concesión de enviar dos representantes a la Conferencia en calidad de observadores con voz pero sin voto y contar con la presencia de su Presidente/a en las reuniones del Consejo Europeo. Sin embargo, tradicionalmente ha aspirado a que se le otorgara la posibilidad, si no de participar en pie de igualdad en las

en ningún caso, cabe desdeñar el papel de los pequeños Estados. Véase, respectivamente: A. MORAVCSIK, «Negotiating the Single European Act», en: R.O. KEOHANE y S. HOFFMANN, *The European Community. Decisionmaking and Institutional Change*, Westview Press, Boulder, 1991, p. 47; y M. GRAY y A. STUBB, «Keynote Article: The Treaty of Nice - Negotiating a Poisoned Chalice?», *op. cit.*, p. 7.

²¹ El institucionalismo supranacional pone el acento en el papel de las instituciones supranacionales en la negociación. El institucionalismo histórico, por su parte, destaca la importancia del proceso político y la incidencia de factores y decisiones precedentes en cada una de las CIGs. El incrementalismo, además de aceptar lo anterior, propondrá la relevancia de los factores históricos concretos que afectan a cada negociación. Como exponente de la primera posición véase, entre otros: T. CHRISTIANSEN, «The role of supranational actors in EU treaty reform», *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n.º 1, 2002, pp. 33-53. El institucionalismo histórico se expone en: U. SVERDRUP, «Precedents and Present Events in the European Union - An Institutional Perspective on EU Treaty Reform», *ARENA Working Papers*, n.º 21, 1998. Las tesis del incrementalismo son propuestas por: B.P.G. SMITH, «Constitution Building in the European Union», *op. cit.*

²² En relación a las instituciones europeas como actores de las reformas véase: D. BEACH, *The Dynamics of European Integration. Why and when EU institutions matter*, Palgrave-McMillan, London, 2005; Thomas T. CHRISTIANSEN, «The role of supranational actors in EU treaty reform», *op. cit.*

negociaciones, de emitir un dictamen conforme, aprobando o rechazando, el acuerdo intergubernamental²³. Se cubriría así, sin duda, la necesidad de añadir la legitimidad europea a la nacional en la reforma, pero, la Conferencia perdería su carácter «intergubernamental».

El Parlamento Europeo, sin embargo, Conferencia tras Conferencia vela por que sus puntos de vista sean tenidos en cuenta tanto a través de la manifestación pública de sus posiciones para presionar a los negociadores como a través de la aprobación de diversas Resoluciones sobre la misma y una Resolución final en que realiza una valoración de la reforma²⁴. La sociedad civil tradicionalmente no ha sido tenida en cuenta ni en la preparación de las reformas ni en las negociaciones. Sólo a partir de la Conferencia de 1996 el Parlamento Europeo realizó una serie de audiencias en que interrogó a las organizaciones de la sociedad civil sobre sus posiciones ante la reforma, pero sus demandas sólo encontrarían un cauce indirecto hacia la Conferencia Intergubernamental, dado el limitado protagonismo del propio Parlamento.

Finalmente, una vez que los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, usualmente en el seno del Consejo Europeo, han alcanzado el acuerdo, se pasaría a la tercera fase de la revisión de los Tratados. Esta, denominada estatal, consiste en la ratificación de la reforma por todos y cada uno de los Estados miembros conforme a sus procedimientos constitucionales internos. Encuentra su explicación no sólo en argumentos jurídicos —el carácter internacional del nuevo Tratado suscrito— sino también en la realidad política de que es necesario ratificar la nueva cesión de soberanía. Según el artículo 48 del TUE, no existe la posibilidad de flexibilizar este requisito: en ausencia de ratificación unánime la revisión no puede entrar en vigor.

En ocasiones, algunos Estados miembros han sometido la ratificación de los resultados de la Conferencia a referendos. La mayor parte de los mismos, sin embargo, suelen llevar a cabo la ratificación en sede parlamentaria, e incluso, cumulativamente a través de referéndum y ratificación par-

²³ Ya desde la Resolución sobre el Acta Única Europea el Parlamento consideró que el procedimiento de CIG no es democrático al mantener al margen a la Asamblea que representa legítimamente a los ciudadanos en el ámbito europeo. Véase al respecto: PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre la posición del Parlamento Europeo respecto del Acta Única Europea aprobada por la Conferencia Intergubernamental los días 16 y 17 de diciembre de 1985, 16 de enero de 1986, en: *DOCE*, C 36, de 17.02.1986.

²⁴ En el ventajoso Acuerdo Interinstitucional que el Parlamento Europeo logró arrancar a la Comisión tras la crisis de la Comisión Santer, la Comisión se comprometía a garantizar que el Parlamento Europeo resulta informado e implicado en la preparación y el desarrollo de las CIGs. Véase al respecto: Acuerdo Marco sobre las Relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión, 5 de julio de 2000, *DOCE* C 121, de 24.04.2001, p. 122.

lamentaria²⁵. El Parlamento Europeo no tiene ninguna competencia en la ratificación de la reforma, a pesar de que en la Resolución en que valora los resultados de la Conferencia Intergubernamental suele recomendar a los Parlamentos Nacionales su ratificación²⁶. Es llamativo que, contrariamente a los Parlamentos Nacionales, el Parlamento Europeo no tenga ni siquiera un derecho de veto sobre la reforma. Se muestra así el desfase del procedimiento de revisión, que data de la época en que el Parlamento Europeo era sólo una Asamblea consultiva, y que no ha sido reformado para reconocer al Parlamento elegido por sufragio universal directo un mayor papel.

En el conjunto de las tres fases de la revisión de los Tratados predomina el componente interestatal y, sobre todo, el intergubernamental, ya que las instituciones comunes sólo tienen algún peso en la primera fase en la reforma y tampoco resulta significativa la participación de los Parlamentos Nacionales. Por ello puede decirse que «bajo ciertas condiciones, son los Estados miembros quienes disponen del poder constituyente europeo, a través de su “*Treaty-making power*”»²⁷. Por ello, y utilizando una expresión acuñada por el Tribunal Constitucional alemán, suele sostenerse que los Estados son los «señores de los Tratados». Esta afirmación, sin embargo, ha de ser matizada, dado que los Estados no son los amos soberanos, ya que no tienen una libertad absoluta a la hora de reformarlos²⁸. No se pueden reformar los Tratados por otra vía que no sea la del artículo 48 o las otras disposiciones, en caso de ser aplicables²⁹. En esta limitación la doctrina ve que el

²⁵ Los Parlamentos Nacionales han participado tradicionalmente *ex post* en la reforma, a través de la ratificación, aunque no pueden ser tampoco calificados de actores de la misma, ya que no tienen la posibilidad de incidir directamente en la misma, sino que sólo se les permite dar una aprobación de conjunto al Tratado o, en su caso, rechazarlo. Sin embargo, es preciso subrayar cómo el segundo cerrojo incide en el primero. Así, para garantizar la ratificación, los Gobiernos suelen tener en cuenta las posiciones de sus Parlamentos Nacionales e, incluso, de su electorado a la hora de negociar una reforma.

²⁶ En todas sus Resoluciones sobre los resultados de las Conferencias Intergubernamentales, el Parlamento Europeo ha incluido una recomendación expresa a los Parlamentos Nacionales para que ratifiquen la reforma aunque el alcance de la revisión no le satisficiera en su totalidad. Sin embargo, en el caso de la reforma de Niza, por primera vez el Parlamento omite tal recomendación. Véase al respecto: Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea, 31 de mayo de 2001, (A5-0168/2001).

²⁷ J.-L. QUERMONNE, *Le système politique européen*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 98.

²⁸ J.-Y. DE CARA, «La révision des Traités communautaires et le Droit international», en: VV.AA., «Les procédures de révision des Traités communautaires...», *op. cit.*, p. 16; C.-D. EHLERMANN y Y. MÉNY (coords.), *Reforming the Treaties' Amendment Procedures. Second report on the reorganisation of the European Union Treaties submitted to the European Commission on 31 July 2000*, Badia Fiesolana, European University Institute, 2000, p. 5; G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario Europeo*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 143.

²⁹ El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones, manifestando que los Estados no pueden a través de la alusión a otras disposiciones modificar los Tratados, siendo

procedimiento de reforma se aleja de las normas propias del Derecho Internacional para adquirir algunos rasgos propios del Derecho Constitucional.³⁰

A pesar de que el procedimiento de revisión de los Tratados resulta rígido según el artículo 48, esto no significa que no existan márgenes de evolución en su seno. Entre los cambios sucedidos, hay que constatar que el Consejo Europeo ha tendido a monopolizar prácticamente el conjunto del proceso, al decidir sobre la decisión, la agenda de la misma y, finalmente, consensuar el acuerdo final, a pesar de que como tal institución no se le asigne ninguna función en el artículo 48. En paralelo, otra institución, aparentemente apartada del proceso de reforma ha ido ganando influencia soterradamente, el Parlamento Europeo, y otros actores «en la sombra» como la sociedad civil o las regiones van cada día haciéndose más presentes a través de distintas vías de expresión y presión³¹.

En conclusión, la reforma de los Tratados se encuentra desequilibrada hacia el componente nacional —y gubernamental— sin que la legitimidad europea se vea suficientemente reconocida, al desempeñar las instituciones comunes papeles marginales tanto en la negociación como en la ratificación. La revisión de los Tratados se convierte en una cuestión compleja ya que consiste principalmente en equilibrar distintos intereses nacionales con el interés europeo, y los Gobiernos especialmente débiles tienden a primar los primeros sobre el segundo. Por ello, al ser necesario el común acuerdo y tener los Estados en su mano el veto, la mayor parte de las veces no queda otra alternativa que adoptar modificaciones claramente insuficientes para los desafíos de la Unión o incluso, aplazar reformas no consensuadas a citas posteriores. Incluso, cuando se ha conseguido sortear el obstáculo del acuerdo unánime entre cada vez un número creciente de Estados, nos encontramos con el segundo obstáculo, la necesidad de la ratificación por parte de todos los Estados miembros para la vigencia de la reforma.

la única vía posible la del mencionado artículo 48. Pueden citarse: Sentencia Gabrielle Drenne/SABENA, de 8 de abril de 1976, asunto 43/75; Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales.

³⁰ C. CANCELA OÜTEDA, «El proceso de constitucionalización de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 504-505.

³¹ Resulta especialmente interesante la movilización regional que tuvo lugar durante el CIG 1991 que llevó al Tratado de Maastricht. Fruto de una inteligente estrategia coordinada entre las regiones europeas más influyentes se lograron conquistas tan importantes como la creación del Comité de las Regiones, el reconocimiento del principio de subsidiariedad y la posibilidad de que los representantes regionales se sienten en el Consejo de Ministros. Ch. JEFFERY, «The “Europe of the Regions” from Maastricht to Nice», *Queen's Papers on Europeanisation*, n.º 7, 2002, p. 1.

3. La fase de propuesta 2001-2004: la convención como método para mejorar la eficacia de la CIG

El proceso constitucional se pone en marcha en el mismo momento en que se adopta el Tratado de Niza, con la adopción de una Declaración, la número 23, que programa la siguiente reforma a través de un método sustancialmente diferente³². Esta Declaración reconoce implícitamente la insuficiencia del Tratado de Niza para hacer frente a los desafíos de la inminente ampliación y la necesidad de dar un salto cualitativo hacia la politización de la Unión³³. Al programar un método diferente para preparar la reforma, asume la limitación de la CIG clásica para alcanzar acuerdos ambiciosos a través de una negociación estrictamente intergubernamental y abre nuevas vías para tratar de dar una solución al primero de los cerrojos. La revisión de Niza también plantea problemas en relación a la ratificación, con un primer rechazo de los irlandeses en referéndum, que ocurre cuando el proceso constitucional está en marcha. El hecho de que no se diera importancia a la capacidad de un Estado para bloquear la vigencia con su no ratificación plantearía nuevos problemas posteriormente.

La fase de propuesta constitucional se inicia el 12 de diciembre del 2001 con la adopción por parte del Consejo Europeo de la Declaración de Laeken, que teórica y formalmente convoca un órgano político —una Convención— para preparar mejor la subsiguiente Conferencia Intergubernamental prevista para el año 2004³⁴. Laeken, que recoge la agenda de la reforma, constituye una revolución en la política constitucional europea, debido a distintas aportaciones³⁵. En primer lugar, porque plantea la posibilidad de una revisión global de las bases de la integración europea, que podría llevar incluso a una refundación. Esto supone una ruptura con la vía de las reformas parciales que había caracterizado las fases anteriores de polí-

³² «Declaración relativa al futuro de la Unión», Declaración n.º 23 aneja al Tratado de Niza, 26 de febrero de 2001, *DOCE* C 80, de 10.03.2001, pp. 85-86.

³³ Respecto a la trascendencia de la Declaración 23 para la política constitucional europea: F. ALDECOA, «La apertura del proceso constituyente», *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, n.º 7/8, supl., marzo de 2001, pp. 7-13; A. DUFF, «From Amsterdam Left-overs to Nice Hangovers», *The International Spectator*, vol. XXXVI, n.º 1, 2002, pp. 13-19; F. DE LA SERRE, «Le traité de Nice: déconstruction ou refondation de l'Union?», *Politique Étrangère*, n.º 2, 2001, pp. 257-275, esp. la p. 272; D. THYM, «European Constitutional Theory and the Post-Nice Process», en: M. ANDENAS y J. USHER (eds.), *The Treaty of Nice and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 147-180; P. VAN NUFFEL, «Le Traité de Nice: un commentaire», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2001, pp. 329-387, esp. la p. 385.

³⁴ CONSEJO EUROPEO, «Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea», *Conclusiones de la Presidencia*, Laeken, 15 de diciembre de 2001, Anexo I.

³⁵ M. GUINEA LLORENTE, «El proceso de constitucionalización de la Unión Europea (2001-2004)...», *op. cit.*, pp. 165-170.

tica constitucional. En segundo lugar, Laeken presenta una innovación en el método de las reformas: la convocatoria de una Convención que aporta legitimidad y eficacia al tradicional método de Conferencia Intergubernamental. La tercera «impostura» de Laeken tiene que ver con el modelo de las reformas, por primera vez aparece en un texto del Consejo Europeo la posibilidad de que la Unión Europea cuente con una *Constitución*.

Inicialmente el órgano de la Convención, que ya había mostrado su capacidad de lograr resultados en la aprobación de textos constitucionales europeos, se convoca con la única finalidad de tratar de desbloquear el primero de los cerrojos³⁶. La negociación del año 2000 había ofrecido resultados pobres en materia de eficacia, ligados sobre todo a las dinámicas intergubernamentales y a la discusión de asuntos relativos al reparto de poder. Se considera que si la negociación se antecede de una reflexión pausada y concienzuda la gran reforma que requiere la Unión podrá resultar más ambiciosa. La convocatoria de la Convención, por tanto, inicialmente sólo persigue facilitar el «común acuerdo» sobre un número amplio de asuntos, busca mejorar la eficacia del método de CIG.

El proceso político iría mucho más allá de las intenciones iniciales del Consejo Europeo. Con la Declaración de Laeken se abriría el proceso de revisión a un órgano, la Convención, que cuenta con una legitimidad política indudable, al estar compuesta en su mayoría por representantes directos de los ciudadanos europeos. Representando tanto la legitimidad europea como la intergubernamental y bajo la ambiciosa batuta de su Presidente Giscard d'Estaing, se autootorgaría un mandato constitucional, el de redactar de nuevo los fundamentos constitucionales europeos, en forma de la primera Constitución Europea.

La Convención Europea comenzó sus trabajos en febrero de 2002 y terminó en julio de 2003 con la aprobación por consenso de una propuesta de «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», que quería ser la primera Constitución Europea³⁷. La Convención aporta a la política

³⁶ Con carácter previo a la Convención Europea, se convocó una Convención similar con la misión de redactar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre esta primera Convención pueden consultarse los siguientes trabajos: G. DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», *European Law Review*, vol. 26, n.º 2, abril de 2001, pp. 126-138; F. DELOCHE-GAUDEZ, «La Convention pour l'élaboration de la Charte des Droits fondamentaux: une méthode d'avenir?», *Groupement d'études et recherches Notre Europe*, Études et Recherches, n.º 15, novembre 2001; J. SCHÖNLAU, *Drafting the European Union Charter: Rights, Legitimacy and Process*, Palgrave-McMillan, London, 2005.

³⁷ En relación a la Convención Europea, véase: J. BORRELL, C. CARNERO y D. LÓPEZ GARRIDO, *Construyendo la Constitución Europea. Crónica política de la Convención*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003; E. DE PONCINS,

constitucional europea legitimidad política, al incrementar la representatividad de los actores de la política constitucional europea. Igualmente esa legitimidad está reforzada por el hecho de que la mayoría de sus integrantes cuentan con un mandato electoral, y sean representantes directos de los ciudadanos europeos. La Convención demostró también el valor añadido de la eficacia al ser capaz de redactar y aprobar por consenso un texto constitucional completo en menos de año y medio de trabajos, gracias al amplio número de asuntos tratados y la regla de decisión del consenso.

En cuanto a su naturaleza y contenido, la propuesta de la Convención presentaba importantes innovaciones. En primer lugar, proponía abandonar la reforma de los Tratados anteriores tal y como habían hecho las CIGs precedentes y redactar un texto constitucional, en el *lenguaje de la Constituciones*, que fuera accesible al ciudadano europeo. En segundo lugar, presentó importantes avances en relación al modelo político europeo, la reforma institucional, los derechos fundamentales y las competencias y los modos de actuación de las instituciones europeas. Por ello, su propuesta fue tildada de la mayor reforma que nunca se había hecho de los fundamentos constitucionales de la Unión Europea.

En el otoño de 2003 fue convocada una Conferencia Intergubernamental prevista con la finalidad de adoptar «de común acuerdo» la revisión de los Tratados. La dinámica del proceso político mostró, sin embargo, que los términos se habían invertido. La Convención no había hecho «propuestas» a la CIG, como pedía Laeken, que ésta podría debatir y adoptar libremente sino que se convoca una CIG con el objeto de que adoptara la propuesta de la Convención y le otorgara pleno valor jurídico. La legitimidad política del texto de la Convención y las dinámicas en las que se incluyeron los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros excluyeron, desde el inicio, la posibilidad de que la CIG se apartara sustancialmente de la propuesta de la Convención. Se renegociaron aspectos concretos, enmendán-

Vers une Constitution européenne, Ed. 10/18, Paris, 2003; K. KILJUNEN, *The European Constitution in the Making*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2004; A. LAMASSOURE, *Histoire secrète de la Convention européenne*, Albin Michel, Paris, 2004; I. MÉNDEZ DE VIGO, *El rompecabezas*. Así redactamos la Constitución Europea, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; G. MILTON, J. KELLER-NOELLET, A. BARTOL-SAUREL, *The European Constitution: Its Origins, Negotiation and Meaning*, John Harper, London, 2005; G. STUART, *The Making of Europe's Constitution*, Fabian Society, London, 2003; V. GISCARD D'ESTAIGN, *Present la Constitution pour l'Europe*, Editions Albin Michel, Paris, 2003; J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *BOE*, Madrid, *Textos y documentos*, n.º 16, 2005; J. SHAW, P. MAGNETTE, L. HOFFMANN y A. VERGÉS-BAUSILI, *The Convention on the future of Europe: working towards an EU Constitution*, The Federal Trust Series, London, 2003; J. ZILLER, *La nouvelle Constitution européenne*, La Découverte, Paris, 2004.

dose unos aspectos y mejorándose la redacción de otros. Fundamentalmente fueron reconsiderados aquellos asuntos en los cuales el consenso no había llegado a alcanzarse en la Convención y que habían resultado cerrados en falso.

La CIG de 2004 no es una CIG clásica, consecuencia del proceso político que le precede³⁸. En primer lugar, no trabaja sobre una revisión de los Tratados sino que la propuesta de negociación es el texto de la Convención. Segundo, participan más actores que en otras CIGs, como los diez Estados candidatos que habían firmado sus Tratados de Adhesión. En tercer lugar, esta CIG principalmente se desarrolla en el nivel político con reuniones de Ministros de Asuntos Exteriores y de los Jefes de Estado y de Gobierno. Seguirá unas dinámicas de apertura y transparencia inauditas, con sus documentos «colgados» en Internet en tiempo real. Finalmente, el método es también diferente, la Presidencia italiana instauró el método de la «disuasión constructiva», por el cual la Delegación que presentara una modificación al texto de la Convención, tenía que argumentar su oportunidad presentando una alternativa redactada que contara con el apoyo de una mayoría de los otros Estados miembros. Sólo sobre esas condiciones se admitiría abrir la negociación.

Tras una CIG accidentada, que vivió dos etapas por el veto sobre las cuestiones de poder por parte de España y Polonia, finalmente el Consejo Europeo en junio de 2004 llegaba a aprobar el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», Tratado que sería firmado el 29 de octubre de 2004³⁹. Se ponía fin a una CIG que no tenía nada que ver con las CIGs constitucionales precedentes. El proceso previo de la Convención había alterado esas constantes. El texto final recogía en lo sustancial la propuesta de la Convención, que había corregido en una pequeña parte pero que respetaba en la forma y en mucho de su articulado lo aprobado por ésta. El Tratado Constitucional se apartaba de los textos aprobados por las CIGs que le precedieron, constituyendo una reforma sin precedentes. En primer

³⁸ Respecto a la CIG de 2003-2004, pueden consultarse los siguientes trabajos: D. BEACH, *Dynamics of European Integration. Why and When EU Institutions Matter*, Palgrave-McMillan, London, 2005, pp. 183-213; J.-P. JACQUÉ, «De la Convention à la Conférence intergouvernementale: le projet de la Convention à l'épreuve des réalités politiques», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 41, n.º 2, 2005, pp. 227-242; F. LAURSEN, «Enter the Member States: an Analysis and Evaluation of the Intergovernmental Conference 2003-2004», *L'Europe en Formation*, n.º 4, 2004, pp. 31-52; P. NORMAN, *The Accidental Constitution. The Making of Europe's Constitutional Treaty*, Eurocomment, Brussels, 2005, pp. 283-299.

³⁹ «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», 29 de octubre de 2004, *DO C 310*, de 16.12.2004, p. 1.

lugar, abordaba una explicitación política de la Unión Europea, siendo un Tratado que adoptaba una Constitución para Europa.

La explicitación política se concretaba en que la mayor parte de las innovaciones de la Constitución buscaban definir y clarificar el modelo político europeo y sus reglas de funcionamiento. Entre los elementos de naturaleza constitucional se pueden destacar el establecimiento de los principios y objetivos que justifican la existencia de la Unión, la inclusión y vigencia de la Carta de Derechos Fundamentales, la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, mecanismos para controlar el ejercicio de esas competencias, los principios de la vida democrática de la Unión y un largo etcétera. En segundo lugar, en cuando a asuntos tratados se trataba de la mayor reforma desde los inicios de las Comunidades, siguiendo las pautas de las reformas anteriores de democratizar el funcionamiento institucional y buscar una mayor eficacia. La Convención previa alteraba la naturaleza del método intergubernamental de política constitucional dando nacimiento a un método nuevo: el método de Convención⁴⁰. Éste se caracteriza por estar organizado en torno a dos etapas: en la primera una Convención tiene la competencia para aprobar propuestas por consenso y en la segunda la CIG sólo puede adoptarlas o mejorarlas pero no cambiar el modelo. El método de Convención había así demostrado su capacidad para burlar el primer cerrojo y permitir que el «común acuerdo» y el veto nacional no limitara la ambición de las reformas.

4. La etapa de la crisis: el fracaso de la vigencia constitucional por los referendos fallidos

El proceso constitucional, sin embargo, caería víctima del segundo cerrojo, el de la necesidad de la ratificación unánime de todos los Estados miembros «conforme a sus normas constitucionales nacionales» para que la reforma entre en vigor⁴¹. Desde los debates de la Convención se había ido formando un estado de opinión favorable a la celebración de un referéndum europeo para la ratificación del Tratado Constitucional, que reforzaría

⁴⁰ En relación a la naturaleza del método de Convención: M. GUINEA LLORENTE, «El proceso de constitucionalización de la Unión Europea (2001-2004)...», *op. cit.*, pp. 231-527.

⁴¹ En relación a la ratificación de los Tratados europeos, véase: B. DE WITTE, «La dimensión nacional de la reforma de los Tratados Europeos: evolución y debates recientes», en: M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPES (dirs.), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 193-217; T. GROPPPI, «La revisione della Costituzione», en: E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 219-246; J. ZILLER, *The European Constitution*, Kluwer, The Hague, 2005, pp. 154-160.

su carácter constitucional y refundador. Muchos Estados miembros hicieron suya esta iniciativa, planteándose el referéndum común en el mismo día de las elecciones al Parlamento Europeo⁴². Firmado con retraso el Tratado Constitucional en octubre de 2004, a causa del veto español y polaco, la posibilidad de un calendario europeo se perdió y con ello se perdió la posibilidad de europeizar la fase de ratificación nacional.

De vuelta a las lógicas nacionales, unos Estados eligieron la ratificación parlamentaria; otros, por dar mayor relevancia política al Tratado Constitucional o por ser lo usual para ellos, preferían la fórmula del referéndum⁴³. A finales de 2004 se producían las primeras ratificaciones de origen parlamentario, España celebró un referéndum que resultó positivo el 20 de febrero de 2005, distintos Estados iban ratificando también por vía parlamentaria⁴⁴. La crisis se produjo a fines de mayo de 2005, cuando tras un debate animado y participativo en Francia, el referéndum salía negativo⁴⁵. Pocos días después, los Países Bajos experimentaba la misma realidad, los ciudadanos votaban mayoritariamente «no» a la Constitución Europea en el primer referéndum celebrado en ese país⁴⁶. Analizados los factores que llevan al rechazo, se ve que en muchos casos no se vota el Tratado sino que los ciudadanos se guían por razones de política interna o cuestiones europeas no relacionadas con el texto⁴⁷.

Los resultados de los referendos francés y neerlandés tuvieron el efecto de paralizar el proceso político constitucional, proceso que ya había sufrido

⁴² El Gobierno español incluso inició los trámites para compatibilizar ambas citas con la legislación vigente y hacer posible la celebración de la consulta y las elecciones al Parlamento Europeo en la misma fecha de junio. Véase: L.O. 17/2003, de 28 de noviembre, de medidas para la celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución Europea, *BOE* n.º 286, de 29-11-2003, p. 42.532.

⁴³ Decidieron ratificar el Tratado Constitucional mediante referéndum los siguientes Estados miembros: España, Francia, Países Bajos, Luxemburgo, Polonia, República Checa, Suecia, Dinamarca, Portugal, Irlanda y Reino Unido.

⁴⁴ Este referéndum registró la participación más baja de toda la democracia española: un 42,32% del electorado. De los votos emitidos un 76,73% se pronunciarían a favor y un 17,24% en contra. Además, la ratificación sería aprobada por el Congreso de los diputados el 28 de abril (311 votos a favor y 19 en contra) y, por el Senado, 19 de mayo de 2005 (225 votos a favor y 9 en contra).

⁴⁵ Registrándose una alta participación, un 69,34% del electorado, un 54,68% votaban en contra de la Constitución Europea y un 45,32% a favor.

⁴⁶ En los Países Bajos la participación registró algo más del 62%, pero votaron en contra un 61,6% y a favor un 38,4.

⁴⁷ Para un análisis de los referendos, consúltese: B. DONNELLY, «Constitutionalisation Without a Constitution», *Federal Trust Policy Commentary*, february 2008; I.M. CANTOS PADILLA, «El referéndum francés de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de mayo de 2005», *Revista de Derecho Político*, n.º 65, 2006, pp. 257-299; E. LÓPEZ, *Europa busca modelo. Los referendos nacionales sobre la Constitución Europea*, Dykinson, Madrid, 2007.

una importante detención desde el fracaso de la CIG de diciembre de 2003. El Consejo Europeo de junio de 2005 examinó la cuestión de los referendos fallidos y resolvió adoptar una «pausa» de un año en el proceso de ratificación que se dedicaría a la reflexión⁴⁸. La necesidad de reflexión parte del análisis de que el rechazo al Tratado Constitucional es un rechazo a la Unión, admite la desafección creciente del ciudadano europeo por la Unión Europea, que ya se subrayaba en la Declaración de Laeken.

La pausa reconocía la decisión de algunos de los Estados europeos, encabezados por el Reino Unido, de dejar en suspenso sus procedimientos de ratificación hasta no saber qué pasaba con Francia y los Países Bajos. Esa solución temporal venía muy bien a Gobiernos como el del Reino Unido, Polonia o la República Checa para los cuales la ratificación mediante referéndum, a la que se habían comprometido, se anunciaba como un camino lleno de escollos por la polémica existente. Sin embargo, como subraya Jo Shaw, hay que recordar que, al haber acordado y firmado el Tratado-Constitución, los Gobiernos tienen la obligación bajo el Derecho Internacional de buscar la ratificación en sus respectivos Estados, y eso por no hablar del principio de lealtad derivado del artículo 10 del TCE⁴⁹.

La «pausa para la reflexión» partía de la premisa de que el resultado de los referendos ponía de manifiesto que la Unión Europea no responde a las expectativas que de la Unión tienen sus ciudadanos⁵⁰. Persigue el objetivo de un amplio debate para conocer las preocupaciones e inquietudes de la ciudadanía y poder tenerlas en cuenta. Dando fe de una ambigüedad característica de este tipo de declaraciones, el Consejo Europeo no se pronuncia sobre el futuro de la Constitución sino que afirma que los «noes» no ponen en juicio la validez de la continuación de los procesos de ratificación pero que el «calendario de la ratificación en distintos Estados miembros se adaptará, en caso necesario, a la luz de estos acontecimientos y en función de las circunstancias de dichos Estados miembros». En junio de 2006 se cumplía

⁴⁸ CONSEJO EUROPEO, Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Bruselas, 16 y 17 de junio de 2003.

⁴⁹ J. SHAW, «The Constitutional Treaty and the Question of Ratification: Unscrambling the Consequences and Identifying the Paradoxes», *European Policy Brief*, n.º 10, 2005, p. 1.

⁵⁰ La Declaración del Consejo Europeo expone que «hemos tomado nota de los resultados de los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos. Estimamos que estos resultados no cuestionan la adhesión de los ciudadanos a la construcción europea. Los ciudadanos, no obstante, han manifestado preocupaciones e inquietudes que hay que tener en cuenta. Resulta necesario, por lo tanto, emprender una reflexión común a este respecto». CONSEJO EUROPEO, «Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *op. cit.*

el año de pausa para la reflexión que se dio a sí mismo el Consejo Europeo, la Cumbre de 15 y 16 de junio de 2006 tomaba la decisión de prorrogar la pausa de reflexión, encargando a la Presidencia alemana y a la francesa que presentaran ideas para la reforma de las instituciones⁵¹. Algunos Estados miembros, a pesar de la parálisis existente, continuaban con sus procedimientos de ratificación.

Los problemas en la ratificación de un Tratado originario o de reforma no son una novedad en el proceso de integración europea⁵². A pesar de ello, no se ha conseguido acordar entre los Estados miembros fórmulas jurídicas para flexibilizar ese requisito. La misma Convención debatió la necesidad de reflexionar sobre las modalidades de entrada en vigor del Tratado Constitucional, ya que el número creciente de Estados miembros hace cada vez más difícil la ratificación unánime. Sin embargo, tenía claro que nada podía hacerse respecto a la vigencia del Tratado Constitucional, que no podía obviar lo dispuesto por el artículo 48 del TUE, aplicable a su vigencia. Consciente de estas dificultades la Convención propondría y la CIG adoptaría una Declaración política al respecto: «La Conferencia hace constar que si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión»⁵³.

Se trata de una solución un tanto ambigua, ya que reconoce la existencia de un riesgo, pero tampoco propone una salida clara, se limita a reconocer lo que suele el Consejo Europeo en estos casos, analizar el contexto político y tomar decisiones de común acuerdo entre los Estados miembros. Sin embargo, de su inclusión se tiene que derivar algún avance político y esta disposición supone una obligación política de que el Consejo Europeo

⁵¹ CONSEJO EUROPEO, «Conclusiones de la Presidencia», Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de junio de 2006 (10633/06), párrs. 1-4 y 42-49.

⁵² Puede recordarse, en primer lugar, la fallida aventura de la creación de la Comunidad Europea de Defensa en 1954, cuando la Asamblea Nacional francesa rechazó su ratificación, que llevó al fracaso del proyecto. En la etapa de la mutación de la Comunidad Europea a la Unión Europea, en dos ocasiones la vigencia de reformas de los Tratados se verían amenazada por referendos negativos, el «no» danés al Tratado de Maastricht en 1992 y el rechazo de Irlanda al Tratado de Niza en 2001. En ambos casos se encontraría una salida a la crisis aunque de diferente naturaleza. En el caso de Dinamarca se negociarían una serie de excepciones u «opt-outs» a favor de este país. En el caso de Irlanda simplemente se adoptaría una Declaración donde se afirmaba que no había razón para las inquietudes manifestadas durante el referéndum. En todos los casos los problemas de ratificación causarían un considerable retraso en la vigencia de las reformas sobre las fechas establecidas en los propios Tratados.

⁵³ Declaración n.º 30, Declaración relativa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

se vea obligado a dar una salida satisfactoria a aquellos Estados que quieran seguir con la ratificación⁵⁴. Era, sin embargo, una medida muy insuficiente, que no añade nada nuevo y que revela un «excesivo optimismo» por parte de la Convención y los Jefes de Estado y de Gobierno⁵⁵.

Los referendos negativos y la ratificación mayoritaria de Estados y ciudadanos llevaban a la Unión Europea a lo que Aldecoa denomina un «laberinto» constitucional⁵⁶. Aplicando las reglas de los Tratados, una reforma no puede entrar en vigor si no existe ratificación unánime de todos los Estados miembros. Sin embargo, desde un punto de vista político y democrático, también resulta inaceptable que el rechazo de dos Estados miembros impidan una vigencia apoyada por una mayoría de Estados miembros, por una mayoría de ciudadanos europeos y por el propio Parlamento Europeo, representante directo de los ciudadanos europeos.

La reforma 2002-2004, gestada en el seno de la Convención, tiene de peculiar que se somete, por primera vez, a un órgano europeo, no a un órgano externo a la Unión como es la CIG. Paradójicamente, se han «europeizado» y sometido a procedimientos comunitarios sólo las fases de negociación y aprobación pero la ratificación sigue sometida a los procedimientos clásicos del Derecho Internacional, teniendo que ser Estado por Estado, conforme a sus propias reglas constitucionales. La ratificación se produce en cada Estado en momentos diferentes, conforme a procedimientos diferentes, sin que exista ninguna conexión entre unos y otros⁵⁷. Las diferencias en los modos de ratificación del Tratado Constitucional obstaculizan la emergencia de un debate común europeo⁵⁸.

⁵⁴ En este sentido De Witte sostiene que «la importancia de la Declaración es que marca de inicio la intención de no quedarse ahí si uno o varios países no pueden ratificar: habrá una consecuencia política aunque el texto de la Declaración no indique cuál será su naturaleza». B. DE WITTE, «Entrée en vigueur et révision du traité constitutionnel», en: L.S. ROSSI (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 77-98, p. 85.

⁵⁵ B. DE WITTE «La dimensión nacional de la reforma de los Tratados Europeos: evolución y debates recientes», *op. cit.*, p. 208; J. SHAW, «What happens if the Constitutional Treaty is not ratified?», *European Policy Brief*, n.º 6, september 2004, p. 2.

⁵⁶ F. ALDECOA LUZARRAGA, «El proceso político europeo en la laberíntica ratificación del Tratado Constitucional», Real Instituto Elcano, *Documento de Trabajo*, n.º 3/2006, 16 de febrero de 2006.

⁵⁷ Como sostiene De Witte, «La naturaleza autónoma de los procedimientos nacionales de ratificación se pone asimismo de manifiesto por su falta de sincronía (...). Como es sabido, dinámicas puramente internas o incidentes políticos relativamente menores pueden derribar todo el edificio pacientemente construido». B. DE WITTE, «La dimensión nacional de la reforma de los Tratados Europeos: evolución y debates recientes», *op. cit.*, p. 205.

⁵⁸ B. JEANBART, «Les opinions européennes face au traité constitutionnel», *Politique étrangère*, n.º 2, 2005, pp. 273-283, pp. 274-275.

A causa de la complejidad de los asuntos europeos, la tendencia natural en los países es nacionalizar los debates y no pronunciarse únicamente sobre el proyecto mismo. Los referendos nacionales son inadecuados para ratificar un producto europeo como el Tratado Constitucional, debido a que éste es un resultado de compromiso entre distintas visiones y posiciones. No recoge, en este sentido, una visión completa defendida por ningún Estado miembro pero sí muchos elementos defendidos por ese Estado. En la medida en que este Tratado y cualquier otro es una solución de compromiso que da satisfacción a todos, al precio de no contentar completamente a nadie, no puede ser juzgado bajo un prisma del interés nacional exclusivamente. Las dinámicas políticas, por tanto, chocan de plano con unas reglas de política constitucional que se han quedado obsoletas. Era preciso buscar una solución política «al impasse» y utilizar fórmulas imaginativas para rescatar el producto de una de las revisiones más participativas y democráticas de la historia constitucional europea.

5. La Resolución —provisional— del proceso político: la Presidencia alemana y la CIG de 2007

Las sucesivas decisiones del Consejo Europeo habían encargado a la Presidencia alemana que tendría lugar en el primer semestre de 2007 la presentación de un Informe con las posibles salidas a la crisis. Políticamente se consideraba que era el momento oportuno, tanto por el tiempo transcurrido desde la crisis como por la fortaleza de este actor clave, capaz de dar impulso político y de desplegar las capacidades de mediación necesarias entre los Estados miembros. Uno de los activos más fuertes de la Presidencia de Alemania la constituía su condición de Gobierno de coalición, reuniendo en torno a un mismo objetivo tanto a la Democracia Cristiana como a la Socialdemocracia. Alemania, consciente de tamaña responsabilidad, se propondría «hacer avanzar el proceso constitucional» como principal objetivo de su Presidencia⁵⁹. Concretando más en qué consistía ese avance, la Presidencia fijaría el concepto de rescate de la sustancia de la Constitución Europea como horizonte deseable. Trazaría una calculada estrategia, empezando por asociar a las siguientes Presidencias a su plan, elaborándose el primero de los programas conjuntos que vinculan a tres Presidencias consecutivas durante dieciocho meses⁶⁰.

⁵⁹ FEDERAL GOVERNMENT, «Europe will succeed if we work together», 29 november 2006, en: <http://www.bundesregierung.de>.

⁶⁰ Inspirándose en una de las propuestas contenidas en la Constitución Europea, la de las Presidencias por equipos, el Consejo aprobaría en septiembre de 2006 una reforma de su Re-

La negociación del Tratado de Lisboa ha sido, a juicio de un analista, «una verdadera joya de tecnología submarina»⁶¹. El proceso de renegociación de la Constitución Europea que lleva a la firma del Tratado de Lisboa se ha caracterizado por llevarse a cabo entre los representantes intergubernamentales bajo el mayor de los secretos y fuera de la CIG que transcurriría bajo Presidencia portuguesa. Existía el convencimiento de que la «luz y los taquígrafos» podían poner en peligro toda la renegociación en un tema delicado que había despertado grandes pasiones entre la opinión pública de varios de los Estados miembros. Con el objetivo de lograr el éxito de salvar la Constitución, la Presidencia alemana conduciría las negociaciones intergubernamentales más oscuras y secretas que han protagonizado la política constitucional de los últimos años⁶².

La Presidencia alemana consigue culminar una negociación verdaderamente complicada, ayudada por la resolución de algunas claves del proceso político y apoyada por el programa conjunto adoptado⁶³. Los trabajos de la Presidencia, sin embargo, no partirían desde cero. Poco después de los resultados de los referendos negativos y, cuando la Unión Europea se encuentra oficialmente en su «pausa de reflexión», los Servicios Jurídicos del Consejo, bajo la dirección de Jean-Claude Piris, comenzaron a trabajar en qué elementos del Tratado Constitucional podían rescatarse y hacerlos encajar

glamento interno, por la cual se dispone que los Estados miembros que desempeñen las tres Presidencias consecutivas consensuarían un programa conjunto junto a la Comisión, programa que habría de ser aprobado posteriormente por el Consejo. Alemania, Portugal y Eslovenia serían los tres primeros Estados en adoptar el programa conjunto. Vid. respectivamente: CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Asuntos Generales y Relaciones Exteriores*, Bruselas, 15 de diciembre de 2006 (12255/06), p. 24, y COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *18-month Programme of the German, Portuguese and Slovenian Presidencies*, Brussels, 21 december 2006.

⁶¹ N. GROS-VERHEYDE, «Une préparation bétonnée! Récit de l'intérieur du sous-marin bleu», *Europolitique*, n.º 3407, 7 novembre 2007, pp. 38-39.

⁶² Muchos de los Parlamentos Nacionales no ahorrarían críticas a sus respectivos Gobiernos por causa de la falta de transparencia con que fueron conducidas las negociaciones. Puede verse, a título de ejemplo: HOUSE OF COMMONS-EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE, *European Union Intergovernmental Conference: Government Responses to the Committee's Thirty-fifth Report of Session 2006-07 and the Committee's Third Report of Session 2007-08*, 17 december 2007, pp. 2-3; FOLKETINGET —EUROPAUD VALGET—, *Offentlig referat fra Europaudvalgets åbne møde den 13. juli 2007*, p. 22.

⁶³ Los factores estructurales que empujan a la resolución del proceso político son la legitimidad política de un Tratado Constitucional ratificado por una mayoría de Estados y de ciudadanos, la necesidad de adaptación de la Unión, los efectos políticos de la ampliación y el consenso existente entre los Estados miembros. Otros factores puntuales vendrían a ayudar a encontrar la salida como es el fin de la crisis política francesa tras la elección del nuevo Gobierno, el impulso político de la Presidencia alemana, el enfriamiento de los debates constitucionales y el efecto demostración de las vigencias anticipadas. F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE, «La Europa que viene: El Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pp. 79-82.

en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de la Comunidad Europea⁶⁴. Estos trabajos iniciales se completarían con reuniones periódicas e informales con representantes de algunos Estados miembros, como Francia y Alemania, a los que se iba presentando los avances producidos. Se llegaría a un texto de partida sobre el cual se encajarían las distintas demandas de los Estados. Estas consultas, que serían lideradas por diplomáticos alemanes, comenzarían ya en el otoño de 2006.

La Presidencia alemana comenzaría sus trabajos oficialmente en su semestre anunciando que llevaría a cabo las consultas bilaterales con los Gobiernos de los Estados miembros y las instituciones que le había encargado el Consejo Europeo. Se encontraría inicialmente con dos campos con posturas aparentemente irreconciliables: los que habían ratificado y que defendían la vigencia de la Constitución y los del «no» junto a Reino Unido, Polonia y República Checa que pretendían que se aceptara la muerte de la Constitución⁶⁵.

Solicitaría para ello que cada uno de los Jefes de Gobierno nombrara dos representantes personales, denominados en la jerga «sherpas», que habrían de realizar la interlocución⁶⁶. Se hizo igualmente llegar a cada uno de los Gobiernos un cuestionario de doce preguntas, con el objeto de ir delimitando el debate y estableciendo los posibles avances y las cuestiones a rediscutir⁶⁷. La primera ocasión para presentar los progresos en el proceso constitucional sería la Declaración de Berlín, que se había decidido adoptar para conmemorar el Cincuentenario de la firma de los Tratados de Roma⁶⁸. La Declaración sólo conseguiría consensuar una tímida referencia al proceso constitucional, mostrando que los Estados miembros aún no estaban listos para ofrecer un compromiso, sobre todo, antes de conocer los resultados de las elecciones francesas⁶⁹.

⁶⁴ N. GROS-VERHEYDE, «Une préparation bétonnée! Récit de l'intérieur du sous-marin bleu», *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ En la toma de posición de los dos campos resultó de importancia la iniciativa del Gobierno español de organizar en Madrid el 26 de enero de 2007 una reunión de «Amigos de la Constitución», con el objeto de dar visibilidad al numeroso grupo de países —veintidós— que, o habían ratificado la Constitución, o no tenían problemas para hacerlo.

⁶⁶ Por España, el Presidente Rodríguez Zapatero nombraría al Secretario de Estado para la UE, Alberto Navarro, y a Carles Casajuana, asesor personal del propio Presidente.

⁶⁷ Para un detallado análisis del conjunto de la CIG de 2007, comenzando por su fase preparatoria y que incluye el cuestionario de la Presidencia alemana, véase: N. MARISCAL BERÁSTEGUI, «De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa», en: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 57-85.

⁶⁸ CONSEJO EUROPEO, «Declaración, con ocasión del quincuagésimo aniversario, de la firma de los Tratados de Roma», Berlín, 25 de marzo de 2007.

⁶⁹ La Declaración de Berlín afirmaría que «para ello debemos seguir adaptando la estructura política de Europa a la evolución de los tiempos. Hemos aquí, por tanto, cincuenta años

Sin embargo, las consultas bilaterales iban dando su fruto y el resultado de las elecciones presidenciales francesas permitió acelerar los trabajos. Así, el 14 de junio la Presidencia haría llegar a los Gobiernos el Informe sobre la continuación del proceso constitucional y el 19 de junio estuvo en condiciones de presentar a las distintas delegaciones un proyecto de mandato, que sería discutido progresivamente. Finalmente el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 lograría convocar una nueva CIG formal para el mes de julio siguiente y aprobar un mandato de negociación de un Tratado de Reforma simplificado⁷⁰. Examinado en detalle, ese mandato no es tanto un mandato de negociación como el resultado de la misma, recibiendo la CIG el encargo de dar forma jurídica en forma de Tratado a los compromisos políticos alcanzados. La Presidencia alemana lograba así su objetivo de lograr el rescate de la sustancia de la Constitución Europea en forma de nuevo Tratado de Reforma. Al precio de renunciar al «concepto constitucional», se conseguía preservar la mayor parte de las reformas del Tratado Constitucional.

El mandato recogía los resultados de la renegociación del Tratado Constitucional, que alteraban éste en lo siguiente. El Consejo Europeo acordaba abandonar la fórmula de la Constitución y adoptar un nuevo Tratado, denominado «*Tratado de Reforma*» de los actuales Tratados, Tratado de la Unión Europea y Tratado de la Comunidad Europea. Se abandonaba la idea de derogar todos los textos vigentes y su sustitución por uno único llamado Constitución. La vuelta a un Tratado *tradicional* pretendía poder conducir la mayor parte de las ratificaciones por la vía parlamentaria. Se decidía incorporar una de las principales innovaciones de la Constitución que es la extinción de la Comunidad Europea y su sustitución por la Unión Europea, con personalidad jurídica propia, lo que tiene como consecuencia que el Tratado de la Comunidad Europea pase a llamarse «Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión». Los dos Tratados —de la Unión y sobre el Funcionamiento de la Unión— presentan una misma jerarquía normativa.

Con el abandono del concepto constitucional se eliminaba todo aquello que tenía reminiscencias constitucionales en su terminología. El Ministro de Asuntos Exteriores pasaba a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Desaparecían las menciones «Ley» y «Ley-marco» de las normas jurídicas. Se eliminaba el artículo relativo a los símbolos de la Unión. El artículo relativo a la primacía

después de la firma de los Tratados de Roma, unidos en el empeño de dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009».

⁷⁰ CONSEJO EUROPEO, «Conclusiones de la Presidencia», Bruselas, 21 y 22 de junio de 2007, Anexo I.

del Derecho Comunitario sobre el nacional desaparecía del cuerpo del Tratado y pasaba a recogerse en una Declaración, que hace mención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Los principales cambios resultantes de la renegociación de aspectos concretos del Tratado Constitucional —llevada a cabo a través de las consultas con los Estados miembros— afectaban a distintos ámbitos. En relación a la delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, se añadía que la Unión actuará *exclusivamente* en los límites de las competencias que le atribuyan los Estados miembros. Se incluía una modificación para subrayar el carácter específico de la política exterior y de seguridad común, afirmándose que se regirá por normas y procedimientos específicos. Se establecía que las futuras revisiones de los Tratados podrán servir tanto para ampliar como para reducir competencias europeas.

Francia se contentó con eliminar la libre competencia de los objetivos de la Unión Europea. Los Países Bajos consiguieron un reforzamiento del papel de los Parlamentos Nacionales, incluyéndose en el título relativo a los principios democráticos y fortaleciendo su papel en el procedimiento de control de la subsidiariedad. Se introdujeron modificaciones en relación a la Carta de Derechos Fundamentales a petición del Reino Unido y Polonia, que no se incluirá en los Tratados, sino que es sólo objeto de una referencia cruzada otorgándole carácter jurídico vinculante. El Reino Unido pactó además un Protocolo por el cual se reconocen algunas limitaciones a la aplicación de la carta a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, prácticas o acciones del Reino Unido, excluyéndose especialmente el título relativo a la solidaridad. A este Protocolo se sumaría posteriormente Polonia. Finalmente en el ámbito de la cooperación policial y judicial de carácter penal se acordó la posibilidad de que el Reino Unido pueda acogerse a una excepción que le permita caso por caso examinar en qué medidas y políticas quiere participar.

La CIG de 2007 se abriría formalmente el 23 de julio de 2007, bajo Presidencia portuguesa con la única finalidad de «elaborar un Tratado» conforme a las instrucciones recogidas en el mandato del Consejo Europeo⁷¹. Se desarrolló fundamentalmente en el nivel técnico, formado por representantes expertos juristas de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión, con la asistencia como Secretaría técnica de la Secretaría del Consejo. Se celebrarían escasas reuniones de tipo político, contra lo

⁷¹ El 16 de julio de 2007 el Consejo de Ministros de Agricultura aprobó como punto A del orden del día la convocatoria de la CIG para el 23 de julio de 2007. El día 21 todas las delegaciones ya contaban con un proyecto de texto redactado por los juristas para dar comienzo a las negociaciones.

que suele ser habitual en una CIG: tres de Ministros de Asuntos Exteriores y una única del Consejo Europeo, aquella que rubricó el acuerdo.

La CIG se limitó a plasmar en términos jurídicos los acuerdos políticos del Consejo Europeo. No se puede decir, sin embargo, que no existiera ninguna negociación política. Por una parte, en toda redacción jurídica existe algo de nueva negociación política, como es el caso habitual de la fase de redacción por los juristas lingüistas tras el acuerdo de una CIG. Por otra parte, hubo intentos de algunos Estados miembros de reabrir la negociación en temas como la doble mayoría como norma de decisión del Consejo o la regla de decisión de determinadas políticas. La CIG tuvo que terminar algunas negociaciones políticas no cerradas como la cláusula de Ioannina, el número de abogados generales o la composición del Parlamento Europeo⁷². Dada la escasa entidad política de éstos en el conjunto de la renegociación, hay que mantener que la CIG se limitaba a la redacción jurídica de la renegociación política previa. La CIG se cerraría el 19 de octubre de 2007 con el acuerdo político en torno a un Tratado de Reforma, Tratado que recibiría el nombre de Tratado de Lisboa, tras su firma en esta ciudad el 13 de diciembre de 2007⁷³.

En resumen, comparada con CIGs anteriores, la CIG de 2007 presentaría una serie de características singulares que le apartan de las CIGs anteriores y que no permiten que sea calificada de CIG clásica⁷⁴:

- a) Considerando que la CIG de 2007 comienza en su fase preparatoria con las consultas de la Presidencia alemana, es preciso ver que no se trata de un proceso constitucional autónomo, sino parte del llamado proceso constitucional iniciado en diciembre de 2001. La CIG de 2007 se caracteriza por ser una CIG de renegociación, dado que no comienza una revisión de los Tratados en su forma actual sino que parte de la propuesta de Tratado Constitucional, que no había podido entrar en vigor.
- b) La negociación y el acuerdo político se producen con anterioridad a la CIG formal, en la fase preparatoria de los trabajos, limitándose la

⁷² Respecto a las (escasas) cuestiones que serían objeto de negociación política en el seno de la CIG formal, véase: José SOCRATES, *Allocution devant le Parlement européen à propos du Sommet informel de Lisbonne et de la session finale de la Conférence intergouvernementale*, Strasbourg, 23 octobre 2007.

⁷³ Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, 13 de diciembre de 2007, DO C 306, de 17.12.2007.

⁷⁴ M. GUINEA LLORENTE, «La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una Conferencia técnica parte del proceso constitucional», en: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), «El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional», *op. cit.*, pp. 99-116.

«Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros» a dar forma jurídica a los acuerdos alcanzados⁷⁵. Examinando separadamente la CIG formal, inaugurada en julio de 2007, veríamos que guarda más similitudes con las denominadas CIGs técnicas o jurídicas que con las características CIGs constitucionales.

- c) Esta renegociación producida en la fase preparatoria y rubricada por la CIG formal ha sido casi con exclusividad un proceso de protagonismo de los actores intergubernamentales. Contra la tendencia de las CIGs constitucionales, los actores institucionales Comisión y Parlamento Europeo han estado excluidos de la negociación, aunque estuvieron presentes en la redacción en la CIG formal. La única presencia institucional ha sido la de la Secretaría del Consejo, caracterizándose por un papel técnico desarrollado tanto en la fase previa a la CIG como a través de la asistencia técnica prestada a la CIG de redacción.
- d) Las dinámicas desarrolladas han sido exclusivamente intergubernamentales, llevando a cabo la Presidencia el papel de director y mediador. Las dinámicas generalmente han sido bilaterales, en forma de «confesionarios», dejándose las multilaterales sólo para alcanzar el acuerdo final. Se procedería, además, de forma secreta, sin hacer publicidad ni de las consultas celebradas ni de los acuerdos parcialmente alcanzados. La Presidencia, para lograr el acuerdo, desarrollaría dos tipos de estrategias complementarias: hallar una alternativa de principio al Tratado Constitucional consensuada con todos los Estados miembros y la renegociación directa con los cuatro «minimalistas», los dos de los referendos negativos y Polonia y el Reino Unido⁷⁶.
- e) Con carácter general, en las negociaciones constitucionales europeas cuando el protagonismo ha sido exclusivamente de los Estados miembros y las dinámicas han sido sólo intergubernamentales

⁷⁵ Resulta así llamativo el examen de los dictámenes de las instituciones requeridos por el artículo 48 del TUE. Las instituciones no presentan, como es habitual, sus peticiones ante la futura reforma sino que proceden directamente a una valoración de los resultados de la negociación. Véanse respectivamente: COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo «La reforma de Europa para el siglo XXI», Bruselas, 10 de julio de 2007 (COM(2007) 412 final); PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG): dictamen del Parlamento Europeo (artículo 48 del Tratado de la Unión Europea), 11 de julio de 2007 (A6-0279/2007).

⁷⁶ T. KÖNIG, S. DAIMER y D. FINKE, «The Treaty Reform of the EU: Constitutional Agenda-Setting, Intergovernmental Bargains and the Presidency's Crisis Management of Ratification Failure», *Journal of Common Market Studies*, vol. 46, n.º 2, 2008, pp. 337-363.

el acuerdo se ha apoyado sobre el mínimo común denominador y se ha inclinado hacia el intergubernamentalismo en las reformas introducidas. Por el contrario, examinado en su conjunto, el Tratado de Lisboa introduce un modelo que tiene muchos más rasgos federales que intergubernamentales. Esta paradoja es consecuencia de que el Tratado no deja de ser la propuesta de la Convención, dos veces recortada por la negociación de los Estados miembros, en la CIG de 2004 y en la CIG de 2007⁷⁷. Examinada exclusivamente el resultado de la renegociación, la balanza sí queda escorada hacia el intergubernamentalismo, pero no la revisión en su conjunto.

La fase de resolución, por tanto, se caracteriza por una CIG muy atípica, parte del proceso constitucional, que se desarrolla fundamentalmente en la fase preparatoria, con el protagonismo indiscutible de la Presidencia alemana. Las estrategias desarrolladas por ésta —exhaustivas negociaciones bilaterales y multilaterales y discreción— conseguirían un resultado bastante ambicioso a pesar de la necesidad del «acuerdo unánime» y las posiciones iniciales muy apartadas.

6. El referéndum irlandés sobre el Tratado de Lisboa: una nueva crisis de ratificación

El abandono del «concepto constitucional» y la vuelta a la forma tradicional de los Tratados internacionales con el Tratado de Lisboa tenía la finalidad principal de poder eludir los procesos de ratificación nacional a través de referendos y volver a la vía parlamentaria. El abandono del «concepto constitucional» formaba parte de una estrategia más amplia, que hemos denominado «estrategia del velo», que busca reducir la visibilidad política de la nueva reforma, subrayando su carácter continuista y no rupturista⁷⁸. Esta estrategia, basada en el pragmatismo, buscaba eludir en la medida de lo posible el segundo de los cerrojos, el de la ratificación nacional. Intentaba, incluso allí donde no era posible evitar el referéndum, disimular la ambición y el carácter innovador de la nueva reforma. La estrategia política buscaba mostrar un perfil político bajo hasta lograr la ratificación y quitar el velo,

⁷⁷ En este sentido, Jean-Victor Louis afirma que la CIG de 2007 pretendía presentarse como una segunda fase de las negociaciones posteriores a la Convención. J.-V. LOUIS, «Editorial: Bilan d'une réforme. De l'Acte Unique européen à la CIG 2007», *Cahiers de droit européen*, n.ºs 5-6, 2007, pp. 559-571, esp. la p. 564.

⁷⁸ F. ALDECOA LUZÁRRAGA y M. GUINEA LLORENTE, «La Europa que viene: El Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pp. 90-92.

subrayar la importancia de las reformas, sólo una vez que el texto ya estuviera en vigor⁷⁹.

El referéndum ya ha mostrado su potencial para paralizar y causar problemas aun cuando se aplique a Tratados con aparente poca ambición. Todos los Gobiernos de los Estados miembros, salvo Irlanda, anunciaron la conducción de sus procesos de ratificación a través de la vía parlamentaria. Irlanda, por obligación constitucional, tiene que ratificar todos los Tratados de la Unión Europea a través de referéndum, ya que la ratificación ha de suponer en todos los casos una reforma de su Constitución⁸⁰.

Aun cuando el riesgo de fracaso de la ratificación quedaba reducido por ser sólo un Estado el que celebraría un referéndum, existían temores justificados de que el electorado se pronunciara en contra en el referéndum previsto para el 12 de junio de 2008. El Tratado de Niza ya había sido rechazado en el año 2002 en un primer referéndum, y además la coyuntura económica de crisis generalizada con fuertes protestas por las alzas de precios en diversos sectores se anticipaba como poco favorable. El Gobierno irlandés se embarcó con decisión en hacer campaña a favor del Tratado de Lisboa. Volvería a poner en marcha para ello las instituciones y estrategias que habían logrado en 2003 que los irlandeses se pronunciaran a favor del Tratado de Niza en el segundo referéndum⁸¹. Igualmente se precipitaría la dimisión del Primer Ministro Bertie Ahern, implicado en un escándalo de corrupción, por temor a que el referéndum se utilizara para sancionar su comportamiento.

Por su parte, las instituciones comunitarias «aparcaron» en la medida de lo posible decisiones políticas que pudieran obstaculizar la campaña a favor del «sí», como las negociaciones en el seno de la OMC o las propuestas sobre la reforma de la Política Agrícola Común o la financiación de la Unión. No obstante, no toda la actividad comunitaria podía controlarse y, en este sentido, cuestiones como las discutidas Sentencias del Tribunal de Justicia en los casos Laval y Viking, la subida constante de tipos de interés por

⁷⁹ Esta estrategia explica, por ejemplo, el secretismo con que se han estado llevando los trabajos preparatorios para la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Así, por ejemplo, cuando se preguntaba a miembros de los Ministerios nacionales o de las instituciones comunes sobre los trabajos en torno a la configuración del Servicio Europeo de Acción Exterior, la respuesta recibida en todos los casos era que tenían instrucciones expresas de no hablar sobre la cuestión.

⁸⁰ *Vid.*, respectivamente, los artículos 29 y 46 de la Constitución de Irlanda, de 1 de julio de 1937. Para ratificar el Tratado de Lisboa, el gobierno irlandés adoptó una enmienda a la Constitución que es la que se somete a referéndum. Véase: Twenty-eight amendment of the Constitution Bill, 2008.

⁸¹ El Gobierno irlandés pondría en marcha una ambiciosa campaña de información a todos los hogares y restablecería la institución del National Forum on Europe. Las actividades de esta institución pueden consultarse en: www.forumoneurope.ie.

el Banco Central Europeo o la reciente y cuestionada aprobación de la Directiva sobre el Tiempo Máximo de Trabajo ponía en contra de la UE a amplios sectores económicos y sociales y contribuían a impulsar las tesis favorables al «no».

El problema del referéndum ya lo enunció hace años el Presidente Mitterrand cuando afirmara que al pueblo se le hace una pregunta, pero contesta otra. Su eficacia se ha cuestionado especialmente en lo relativo a la ratificación de Tratados internacionales de complejidad máxima. Estas tesis se vuelven a demostrar con la cuestión del referéndum sobre el Tratado de Lisboa. Así los argumentos principales que ha esgrimido la campaña del «no» hacían referencia a que este Tratado iba a acabar con la soberanía fiscal de Irlanda, con su tradicional neutralidad o que afectaría al Derecho de Familia o, incluso, que impondría la despenalización del aborto. Sobra decir que el Tratado de Lisboa no cede competencias nuevas en ninguna de estas materias. Incluso, en aquellos ámbitos donde ya se han cedido algunas competencias, como es el caso de la fiscalidad, no existe ninguna amenaza ya que continúa sometida a la unanimidad y, por tanto, al veto de cualquiera de los Estados miembros.

En relación a la defensa, es cierto que el Tratado de Lisboa avanza en la senda de la Política Común de Seguridad y Defensa pero explícitamente se respeta el estatuto de neutralidad de aquellos Estados miembros que lo tienen o la participación se somete a la voluntariedad de cada uno de los Estados miembros. Respecto al Derecho de Familia o al aborto no hay ningún tipo de cesión de competencias, y siguen siendo políticas comunes. Quizás los únicos argumentos de la campaña del «no» relativos al propio Tratado de Lisboa eran aquellos esgrimidos por el Grupo *Libertas* patrocinado por un multimillonario euroescéptico Decían Ganley que argumentaban, entre otras razones, la pérdida de peso relativo de Irlanda en las instituciones como consecuencia de la reforma de Lisboa⁸².

Los irlandeses en el referéndum celebrado el 12 de junio de 2008 rechazaban la ratificación del Tratado de Lisboa: con una participación del 53,1% del electorado, un 53,4% de los votantes apoyaban el «no» y un 46,6% el «sí»⁸³. La Unión Europea se encontraba de nuevo ante la imposibilidad de que entrara en vigor una reforma largamente acordada a causa del voto negativo de un pequeño número de ciudadanos, que impide que su Estado

⁸² Véase: «8 Reasons to vote no to Lisbon», *Libertas*, en: www.libertas.org. El slogan general de su campaña defendía el mantenimiento del comisario irlandés y la defensa de una Irlanda fuerte en Europa.

⁸³ En total participaron 1.621.037 irlandeses. De ellos 862.415 votaron que «no» (un 28,3% del total del electorado) y 752.451 electores apoyaron la ratificación del Tratado (un 24,7% del total del electorado). Fuente: *The Irish Times* (www.ireland.com).

pueda ratificar el Tratado y, consecuentemente, la entrada en vigor de un texto ratificado mayoritariamente. En junio de 2008, diecinueve Estados miembros habían ratificado el Tratado de Lisboa, estando otros, entre ellos España, prestos a hacerlo⁸⁴. Sólo los Presidentes de la República Checa y de Polonia declaraban «muerto» el Tratado y parece que podrían plantear problemas en la ratificación futura⁸⁵.

El Primer Ministro irlandés, no obstante, no era tan tajante como los Presidentes checos y polaco, él nunca ha llegado a afirmar que el Tratado de Lisboa esté muerto⁸⁶. En la reunión del Consejo Europeo de 19 y 20 de junio, Cowen pedía simplemente del Consejo Europeo y de sus homólogos tiempo para poder evaluar la cuestión y plantear una solución, una alternativa que garantice la ratificación irlandesa. El Consejo Europeo decidía escuchar la petición irlandesa y aplazar cualquier discusión sobre el futuro del Tratado de Lisboa al mes de octubre siguiente⁸⁷. Salvo las excepciones ya

⁸⁴ Han culminado sus procedimientos de ratificación parlamentaria Hungría, Eslovenia, Malta, Eslovaquia, Rumanía, Francia, Bulgaria, Austria, Portugal, Dinamarca, Letonia, Lituania, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Estonia, Grecia y Reino Unido. El Parlamento Federal alemán ha terminado con la ratificación pero queda pendiente la firma del Presidente Federal, que ha anunciado que no la estampará hasta que el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre dos recursos pendientes. En el caso de España, el Congreso de los Diputados aprobaba la Ley Orgánica de ratificación el 26 de junio de 2008, quedando pendiente su aprobación por parte del Senado. Inicialmente se consideraba que esta cámara se pronunciaría tras el paréntesis veraniego pudiendo culminarse la ratificación española a finales de septiembre o principios de octubre. No obstante, el Presidente del Gobierno Rodríguez Zapatero anunció el 25 de junio ante el Congreso que solicitaría un pleno extraordinario del Senado para finales de julio a los únicos efectos de aprobar la Ley Orgánica de ratificación. Justificó esta iniciativa por la necesidad de que España enviara una señal positiva al resto de la Unión tras el problema del referéndum irlandés.

⁸⁵ El Presidente de la República Checa, euroescéptico manifiesto, es el que ha adoptado la posición más dura en contra de la vigencia del Tratado de Lisboa tras el rechazo irlandés. En su país, la cámara baja ha ratificado el Tratado, pero la alta aún no ha llegado a pronunciarse a causa de un recurso planteado ante el Tribunal Constitucional. Desde una perspectiva algo más razonable, el Primer Ministro Topolánek afirmaba que su país sólo se plantearía continuar con la ratificación si el Tribunal Constitucional afirmaba la compatibilidad del nuevo Tratado europeo con la Constitución checa. En el caso de Polonia, el Parlamento terminaba con la ratificación el pasado 2 de abril, estando sólo pendiente de la firma del Presidente Lech Kaczyński, que ahora se muestra reacio por considerar que el Tratado no es viable. Así anunciaba el 30 de junio de 2008 que por el momento no firmará la ratificación.

⁸⁶ El propio Cowen habría afirmado ante el Parlamento irlandés que el «no» irlandés no puede servir para enterrar el Tratado ya «que ha de ser contemplado junto a su aprobación en la mayoría de los Estados miembros». Walter OPPENHEIMER, «El Reino Unido ratifica el Tratado de Lisboa pese al «no» irlandés», *El País*, 19 de junio de 2008.

⁸⁷ «El Consejo Europeo ha convenido que hace falta más tiempo para analizar la situación. Ha tomado nota de que el Gobierno irlandés realizará diligentes consultas, tanto internas como con los demás Estados miembros, para proponer un camino común a seguir». CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Bruselas, 19 y 20 de junio de 2008, pto. 3.

comentadas, el resto de los Estados miembros ha optado por la continuidad de sus calendarios de ratificación tal y como estaban previstos.

A pesar de lo reciente del «no» irlandés, podemos ya aventurar una salida a la crisis. Los analistas han planteado distintos escenarios, que no compartimos⁸⁸. El escenario más negativo del abandono del Tratado de Lisboa, como ocurrió con el Tratado Constitucional, no es plausible por distintas razones. En primer lugar, Irlanda no es Francia y Países Bajos. No nos referimos sólo a que no es un país fundador sino a que representa a tres millones de habitantes, mientras que Francia y los Países Bajos, aunque en minoría, representaban a más de ochenta millones de habitantes. En segundo lugar, ni siquiera el propio Gobierno irlandés está demandando el abandono del Tratado de Lisboa. Todo lo contrario, defiende incluso la necesidad de la vigencia de un texto que el resto de los Estados miembros hayan ratificado. En tercer lugar, en la viabilidad del Tratado de Lisboa pesa decisivamente el hecho de que el Gobierno del Reino Unido haya respetado su deber de lealtad y haya culminado con la ratificación. Así los dos países que están en este momento defendiendo «por razones democráticas» el abandono del Tratado no resultan una amenaza, ni siquiera con vistas a su renegociación.

La fórmula aplicada tras el referéndum negativo de Niza, consistente en la adopción de una Declaración y la repetición del referéndum tampoco nos parece viable⁸⁹. El debate público, la participación electoral y la entidad de los asuntos debatidos no parece que puedan zanjarse con una mera Declaración política, sin efectos jurídicos, que garantice un referéndum positivo. A nuestro juicio, el camino más probable que se adopte en octubre sea el de la llamada «vía danesa» que despejó el camino de la vigencia del Tratado de Maastricht. Esta consistió en la negociación entre los entonces once Estados miembros y Dinamarca de una Decisión del Consejo que habría de entrar en vigor al mismo tiempo que el Tratado en la cual se recogían una serie de excepciones u «opt-outs» a favor de este país y que enmendaba el Tratado de Maastricht⁹⁰. Esta Decisión se apoyó en una propuesta del propio Gobierno danés, que consensuó con los principales partidos políticos. No deja de ser una fórmula para-constitucional, de dudoso rigor jurídico constitucional. Lo lógico es que este

⁸⁸ D. HIERLEMANN, «Irish Vote, Europe's Future: Four Options after the "No"», Bertelsmann Stiftung, *Spotlight Europe special edition*, n.º 2008/06, June 2008.

⁸⁹ En relación a la salida que se pactó tras el «no» al Tratado de Niza, véase: K. GILLAND, «Ireland's (First) Referendum on the Treaty of Nice», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n.º 3, 2002, pp. 527-535; P. DOYLE, «Ireland and the Nice Treaty, Zentrum für Europäische Integrationsforschung», *Discussion Paper* n.º C 115, 2002.

⁹⁰ Un análisis de la fórmula danesa puede encontrarse en: D. CURTIN y R. VAN OOIK, «Denmark and the Edinburgh Summit: Maastricht without Tears», en: D. O'KEEFE y P.M. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, London, 1994, pp. 349-365.

tipo de excepciones se regulen en un Protocolo anexo al Tratado, pero éste exigiría una nueva ratificación por parte de todos los Estados miembros, incluidos los que ya han ratificado, y demoraría enormemente el proceso.

Consideramos, por tanto, que en octubre podría negociarse entre los Estados miembros e Irlanda una Decisión que contuviera una serie de declaraciones en los ámbitos que preocupan a los irlandeses pero que no están realmente afectados por el Tratado y algunos «opt-outs» en asuntos más sustantivos. Evidentemente esa Decisión sólo podrá adoptarse tras un exigente esfuerzo de identificación por parte del Gobierno irlandés de los asuntos que han llevado al electorado a pronunciarse en contra del Tratado de Lisboa y que fueran susceptibles de cambiar el resultado del referéndum. La Decisión podría contener referencias a cuestiones como la neutralidad irlandesa, el aborto y el derecho de familia, la independencia fiscal o la representación institucional. Quizás esta última, especialmente la pérdida de un comisario, pueda ser la cuestión más delicada, ya que no parece posible encontrar una excepción para los irlandeses sin poner en cuestión la igualdad de todos los Estados miembros.

Aun cuando el horizonte parece más despejado en el caso del no irlandés que lo que lo estuvo tras la crisis de los referendos de 2005, no podemos dejar de obviar que el escenario más optimista va a conducir sin duda a un retraso de varios meses en la vigencia del Tratado de Lisboa. Esto no deja de ser preocupante ya que en junio de 2009 comienza el proceso de renovación de las instituciones con las elecciones al Parlamento Europeo y sería deseable que la reforma pudiera estar ya en vigor. Sería deseable que las nuevas elecciones pudieran desarrollarse según la nueva asignación de escaños adoptada por el Parlamento Europeo y que los nombramientos de las instituciones ejecutivas pudieran incorporar las innovaciones del Tratado de Lisboa. No se puede tampoco dejar de lado el peligro que este nuevo revés puede entrañar para la siempre delicada cuestión de la abstención en las elecciones europeas.

7. La inadecuación de la política constitucional europea a las exigencias de democracia y eficacia: la urgencia de reformar los métodos de reforma

La Unión Europea se encuentra sumida en una crisis por la imposibilidad de que entren en vigor las reformas costosamente consensuadas en dos ocasiones diferentes: las CIGs de 2004 y 2007. Además de reflejar problemas de legitimación ante sus ciudadanos, esa incapacidad de adaptar sus bases constitucionales a las necesidades de la ampliación y de un entorno cambiante puede conducir a una crisis institucional. Como hemos visto, la principal razón de esta crisis se encuentra en la política constitucional euro-

pea, en la existencia de unos procedimientos de revisión de los Tratados que han permanecido intocados desde los años cincuenta y que se han quedado obsoletos. La capacidad de adaptación de la Unión se encuentra prisionera del doble cerrojo del artículo 48 del TUE, de la dificultad de lograr acuerdos unánimes y de la imposibilidad jurídica y política de que entre en vigor la reforma si no consigue la ratificación de todos los Estados miembros.

Estos procedimientos del actual artículo 48 no responden a la exigencia de democracia que plantea un sistema político avanzado y complejo como es la Unión Europea al ser predominantemente nacionales e intergubernamentales. Sorprende que las reglas de democratización que se admiten en la política ordinaria y que han llevado a la progresiva participación del Parlamento Europeo en la toma de decisiones no se apliquen de igual manera a la política constitucional. Así, las instituciones europeas, especialmente el Parlamento Europeo, en la actualidad tienen un escaso protagonismo en la preparación y la negociación y su participación es nula en la fase de ratificación.

Este procedimiento responde a las características de una organización internacional cuando la realidad la ha sobrepasado y existe un sistema político complejo con sus propias instituciones democráticas que no participan en la política constitucional. Nos encontramos así con la paradoja de que consensos y acuerdos que sólo se entienden desde una óptica europea dependan de un doble veto nacional, en la negociación y en la ratificación. Visto como un sistema político, esta regla nos lleva al absurdo, desde el punto de vista democrático, de que la posición de un Estado de apenas cuatro millones de habitantes impida la vigencia de un Tratado al que den el visto bueno los restantes Estados que representan a los casi 490 millones restantes.

La política constitucional europea presenta también un importante déficit en materia de eficacia. En el momento actual, cualquier modificación de los Tratados para la cual no se contemple un procedimiento especial o «comunitario» ha de conducirse por el procedimiento del artículo 48 del TUE. Esto exige para la entrada en vigor de cualquier reforma el «común acuerdo» de los Gobiernos en primer lugar y la ratificación de todos los Estados miembros en segundo lugar. Este rígido procedimiento podía funcionar para una Europa de seis, resultaba más complicado para una Europa de quince, como mostraron los escasos resultados de las negociaciones de Ámsterdam y Niza, pero es realmente inadecuado para una Europa de Veintisiete Estados donde tanto la visión de la integración como la situación objetiva de todos ellos difiere enormemente⁹¹.

⁹¹ Precisamente el convencimiento de lo difícil que iba a ser una ambiciosa revisión a 25 o 27 Estados lleva a la urgente convocatoria de una nueva y ambiciosa reforma antes de que entre en vigor el propio Tratado de Niza. La complicación del procedimiento político en la CIG de 2004 lleva a que no se pueda concluir la revisión antes de la ampliación.

El impulso político del proceso de la Convención así como la necesidad de la propia reforma hacen que los Veinticinco y Veintisiete hayan sido capaces de alcanzar el acuerdo unánime en dos ocasiones, lo que no debe dejar de admirarnos y, por tanto, de superar el primero de los cerrojos. El escollo ha llegado, sin embargo, en la imposibilidad de superar el segundo de los cerrojos. Dicho de otra manera, para que pueda entrar en vigor la nueva reforma ha de contar obligatoriamente con la ratificación unánime de los Veintisiete⁹². Esto no se logró en el caso del Tratado Constitucional y se encuentra amenazada en el caso del Tratado de Lisboa, la fórmula lograda para sortear aquel escollo. El propio Tratado de Lisboa no incluye ninguna previsión ni de tipo político ni de tipo jurídico para el caso de que algún Estado pueda tener dificultades para ratificar⁹³.

Incluso, si el Tratado de Lisboa llegara a entrar en vigor la mayor parte de los problemas de adaptación de la Unión no quedarán solucionados. Si bien los procedimientos de revisión según el Tratado de Lisboa mejoran en términos de democracia y se pretende también reforzar la eficacia, todavía persisten importantes problemas en este aspecto⁹⁴. En términos de democracia, el avance fundamental reside en la constitucionalización del método de Convención, que supone la europeización de la revisión de los Tratados. El Parlamento Europeo se convierte en actor clave: participa con carácter general en la primera fase, al reconocérsele el derecho de iniciativa como demandaba. También es un actor clave en el proceso de negociación en el caso de procedimiento ordinario —antes denominado «interestatal»— ya que o bien participa en la Convención que se convoque o bien tiene que autorizar la no convocatoria de una Convención y sólo de una CIG clásica. Y entendemos que en este caso, en el de la CIG «clásica», hará valer su poder al condicionar su aprobación a un mandato estricto y a la participación de algunos de sus representantes. No ha logrado, sin embargo, ninguna participación en la fase de ratificación, que sigue siendo puramente nacional⁹⁵.

⁹² En este sentido, tanto el artículo 48 del TUE como el artículo 6 del propio Tratado de Lisboa disponen que para que éste entre en vigor es precisa la ratificación previa y el depósito de los instrumentos de ratificación de todos los Estados que hayan firmado el Tratado.

⁹³ En su artículo n.º 6 relativo a su ratificación y entrada en vigor, el Tratado de Lisboa no incorpora una Declaración política del tipo de la del Tratado Constitucional para el caso de que uno o más Estados miembros tuvieran dificultades con la ratificación. Esa Declaración sí se añadirá al artículo 48 del TUE, reformado por Lisboa, lo que afecta a las revisiones posteriores pero no a la entrada en vigor del propio Tratado de Lisboa.

⁹⁴ En relación a la revisión de los Tratados en el Tratado de Lisboa, véase: F. ALDECOA LUZÁRRAGA y M. GUINEA LLORENTE, «La Europa que viene: El Tratado de Lisboa», *op. cit.*, pp. 244-255.

⁹⁵ Sobre los problemas que entraña la ratificación unánime de los Tratados europeos, véase: C. CLOSA, «Tras Irlanda: referéndum y unanimidad», *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI n.º 62/2008, 16 de junio de 2008.

Otro elemento que aporta democracia es la participación de la Comisión y de los Parlamentos Nacionales en esa Convención. El procedimiento ordinario de revisión de los Tratados se hace un poco más comunitario y menos internacional, desde el punto de vista de los actores del mismo.

Se buscaba la eficacia al establecerse vías de revisión de los Tratados alternativas al procedimiento ordinario que pueden llevarse a cabo en sede comunitaria y evitaban la convocatoria de un proceso formal de revisión. Nos referimos al procedimiento simplificado del artículo 48.6 para revisar la parte III del Tratado de Funcionamiento y a las conocidas como «pasarelas» para cambiar formas y procedimientos de decisión. Sin embargo, en términos de eficacia el avance es muy limitado ya que se exige para aprobar la reforma la unanimidad en todos los casos y, en el caso de las pasarelas, se deja la posibilidad de veto en manos de un solo Parlamento Nacional. Para la revisión del procedimiento simplificado del artículo 48.6 se exige además la ratificación unánime de todos los Estados miembros. Los cerrojos persisten pero hay mejoras en materia de eficacia⁹⁶.

El Tratado de Lisboa, sin embargo, fracasa en enfrentar el «efecto número» en la política constitucional europea. A pesar de la reciente crisis de ratificación de la Constitución Europea, no se prevé ninguna disposición para el caso de que algún Estado miembro no pudiera lograr la ratificación. Las flexibilizaciones comentadas permiten recurrir a procedimientos que evitan la convocatoria formal de una CIG pero siguen poniendo en manos de cada Estado miembro dos posibilidades de veto. No se soluciona el problema, que va contra la más básica de las reglas comunitarias, de que un pequeño Estado miembro, que reúna a pocos millones pueda bloquear una revisión querida por Estados que representen a más de cuatrocientos millones de europeos. La herramienta política de la retirada de la Unión, que teóricamente podría esgrimirse para contrarrestar ese bloqueo, en la práctica es poco factibles, ya que no se puede obligar a abandonar la Unión a un Estado que no lo desea. Las cooperaciones reforzadas en el nivel constitucional tampoco resultan viables, sobre todo en el caso de Tratados de gran envergadura, que afectan a aspectos institucionales y de configuración de la Unión, lo que descarta las dos velocidades en el plano constitucional.

En el debate europeo en varias ocasiones se han puesto encima de la mesa propuestas para rodear el doble cerrojo. La mayor parte de ellas se caracterizan por plantear una división de los Tratados en dos partes, una con

⁹⁶ Estas revisiones más técnicas que constitucionales permiten obviar los referendos de ratificación por su bajo perfil político. Cabe recordar además que, en el caso de Irlanda, los referendos sólo se exigen por la Constitución para ratificar los Tratados, no otras decisiones de revisión adoptadas en sede comunitaria.

los fundamentos constitucionales del sistema, la otra de segundo rango, recogiendo todas las disposiciones relativas a las políticas. Mientras que la parte constitucional tendría un procedimiento rígido de revisión, la de desarrollo podría revisarse si se reúne una mayoría supercualificada y entraría en vigor para todos los Estados miembros tras ser ratificada por una amplia mayoría de Estados miembros. Entre estas propuestas podemos destacar la del Informe Dehaene, preparatorio de la CIG de 2000, el estudio de reorganización de los Tratados llevado a cabo por el Instituto Universitario Europeo por encargo de la Comisión Europea o, incluso, el proyecto Penélope de la Comisión Europea⁹⁷.

En el plano del debate político, sin embargo, hay que subrayar que nunca se ha tratado esta cuestión, ni siquiera en los debates de la Convención. Parece difícil soslayar el tabú de que las reglas del sistema puedan cambiarse sin el concurso de la totalidad de los Estados miembros. Sin embargo, la división un tanto funcional que hace el Tratado de Lisboa del Tratado de la Unión Europea y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión, permitiría debatir las fórmulas de mayorías supercualificadas para aprobar este último en sede comunitaria. Para ello, sin embargo será necesaria una nueva revisión constitucional y, quizás el traslado de algunos artículos de un Tratado a otro⁹⁸.

En conclusión, la revisión de las reglas de la política constitucional que lleva a cabo el Tratado de Lisboa es insatisfactoria ya que quedan en pie los dos cerrojos. Con la constitucionalización del método de Convención se mejora el funcionamiento del primero de ellos, ya que la europeización de la negociación y la regla del consenso preparan la viabilidad de la futura unanimidad. En el caso del segundo de los cerrojos —la ratificación uná-

⁹⁷ Véanse respectivamente: J.-L. DEHAENE, D. SIMON y R. VON WEIZSÄCKER, *Las implicaciones institucionales de la ampliación*, Informe de la Comisión Europea, 18 de octubre de 1999; EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, *A Basic Treaty for the European Union. A study of the reorganisation of the Treaties*, Report submitted on the 15th may 2000 to Mr. Romano Prodi, President of the European Commission, Florence, European Communities, 2000; y EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, *Reforming the Treaties Amendment Procedures. Second report on the reorganisation of the European Union Treaties*, Report submitted to the European Commission on 31 July 2000, Florence, European Communities, 2000; y COMISIÓN EUROPEA, *Estudio de viabilidad. Contribución a un Anteproyecto de Constitución de la Unión Europea*. Documento de trabajo, 4 de diciembre de 2002.

⁹⁸ «Es preciso recordar que no se ha seguido una lógica estricta al ubicar las disposiciones de alcance constitucional en el TUE y las disposiciones de desarrollo en el TFUE. Es el caso, por ejemplo, de la PESC, regulada en su integridad en el Título V del TUE sin distinguir entre disposiciones de modelo y de desarrollo. Otro ejemplo, en el sentido contrario, es el del nuevo título relativo a las competencias situado en el TFUE y cuyo carácter es indiscutiblemente constitucional. En relación a esta cuestión vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, op. cit. pp. 57-75».

nime— no se ha establecido ninguna alternativa minando la capacidad de adaptación de la Unión.

8. Conclusión: la política constitucional y la incapacidad de adaptación de la Unión

El proceso de reformas que se pone en marcha en el año 2001 y que se quería que finalizara en 2009 y sobre cuyo éxito vuelven a ceñirse negros nubarrones ha sido víctima de la inadecuación del método de revisión y vigencia de las reformas o, si se quiere, de la incapacidad de las normas europeas para adaptar la Unión Europea a los cambios. El sistema de revisión de las reglas constitucional se caracteriza por su extrema rigidez, exigiendo en dos ocasiones —aprobación de la revisión y ratificación— el concurso de la unanimidad de todos los Estados miembros para la viabilidad de la revisión. Si se ha aceptado en el debate político que una Unión a Veintisiete tiene dificultad para tomar decisiones por unanimidad, esta constatación es tan aplicable a la política ordinaria como a la constitucional. Esto es especialmente grave en el caso de la ratificación, donde entran en juego actores no habituales de la política europea con capacidad de bloquear el proceso.

Las reglas del artículo 48 que exigen la doble unanimidad no se han alterado desde los comienzos de las Comunidades Europeas, no siendo adecuadas para la situación actual. La rigidez extrema del proceso, sin embargo, no ha impedido que se hayan ingeniado fórmulas para mejorar la preparación de las reformas y el surgimiento de consensos amplios en etapas tempranas y así poder sortear los escollos de la primera de las unanimidades.

La característica fundamental del proceso constitucional en su primera fase es la convocatoria de un órgano político —la Convención Europea— órgano propio de la Unión, que estudia y propone la reforma a la CIG/Consejo Europeo. Esta innovación en la política constitucional europea, tiene como elemento motor la necesidad de superar el método diplomático de reformas en manos de Conferencias Intergubernamentales, a cuyos problemas de eficacia se responsabiliza del escaso resultado de la negociación de Niza. La Convención, por tanto, es una idea creativa para tratar de hacer que el primero de los cerrojos pudiera funcionar más eficientemente a través de una prenegociación con muchos asuntos y regla de decisión de consenso. El método de Convención es también un intento por inyectar «input legitimacy» en el proceso de revisión, asociando a los actores principales de la ratificación —los Parlamentos Nacionales— y abriendo el debate constitucional al gran público. Se pensaba, aunque los hechos no han dado la razón, que la transparencia de la revisión ayudaría también a superar el segundo

cerrojo de las ratificaciones y, en última instancia, a que la Unión fuera mejor conocida y aceptada por su ciudadanía.

Las reglas del artículo 48 no presentan ningún margen de maniobra para poder encontrar fórmulas alternativas a la necesidad de ratificación unánime de la revisión por todos los Estados miembros para su entrada en vigor. El Tratado Constitucional europeo que supuso un salto cualitativo sin precedentes en la tendencia de las revisiones europeas, sin embargo, sucumbió víctima del segundo de los cerrojos —la ratificación— y una ambición política desmedida. El proyecto de muchos de los convencionales de querer llamar la atención sobre la naturaleza política del proceso de integración europeo llevó a que se propusiera la ratificación mayoritaria del Tratado Constitucional a través de un referéndum europeo.

Imposible éste a causa del calendario político de ratificación, el Tratado Constitucional sería objeto de ratificaciones nacionales como los Tratados precedentes. El Tratado Constitucional sería rechazado tanto en Francia como en los Países Bajos, lo que conduciría a una crisis política. La reforma que costosamente se había aprobado no podía entrar en vigor por la imposibilidad de ratificar de estos dos países. Poco importaba que una sustancial mayoría de Estados y de ciudadanos impulsaran y dieran su visto bueno a la reforma.

Bloqueada la reforma por el cerrojo de la unanimidad de las ratificaciones hubo que esperar dos años hasta impulsar un nuevo proceso político de renegociación, tercera etapa del proceso constitucional, que es la CIG de 2007. Esta renegociación o adaptación del texto constitucional no es sino un intento para lograr sortear el problema de las ratificaciones negativas y garantizar la vigencia a la revisión producida a lo largo del proceso constitucional. A pesar de la apariencia de CIG «clásica» de esta negociación, nada más lejos de la realidad. Se trata de un proceso que no es autónomo y en el que imperan los factores que subrayan la singularidad de una renegociación, que no negociación *ex novo*. La renegociación que lleva al Tratado de Lisboa pudo, gracias a una hábil dirección y mediación de la Presidencia alemana, sortear los peligros de la necesidad de volver a encontrar la unanimidad, aunque no puede dejar de lamentarse que Estados que ni siquiera intentaron la ratificación del Tratado Constitucional fueran los que mayor ganancia sacaran de la renegociación.

La sustancia de la Constitución fue salvada en forma de Tratado de Lisboa abandonando la apariencia constitucional para sortear el peligro de las ratificaciones en referéndum. Sin embargo, el único de los referendos inevitable, el irlandés, vuelve a tomar de rehén la entrada en vigor de una reforma que ya han ratificado dieciocho Estados miembros. El referéndum irlandés sigue la estela de los franceses y neerlandeses. Se ve que repite algunas de las constantes de los referendos que han salido ne-

gativos en los últimos años, el contexto económico desfavorable y la dificultad de someter a referéndum textos muy complejos sobre una realidad política, la Unión Europea, que no ha sido previamente explicada a la ciudadanía.

Tras el proceso constitucional puede certificarse una innovación en la política constitucional europea, que se consagra en el propio Tratado de Lisboa para las revisiones futuras. Se ha europeizado el proceso de negociación con la constitucionalización del método de Convención, que supera el método diplomático clásico de CIG. Esa innovación presenta la finalidad de reforzar su legitimación y dimensión democrática y mejorar las posibilidades de un buen «acuerdo unánime». Sin embargo, no se ha prestado la misma atención a la cuestión de la ratificación obligatoria por parte de todos los Estados miembros, que hace que la adaptación de la Unión sea rehén de, en este momento, veintisiete ratificaciones nacionales.

Un proceso de negociación que es fruto de contrapesos y cesiones entre Estados miembros e instituciones y que sólo se entiende desde esa perspectiva europea depende en su viabilidad de ratificaciones desde una perspectiva nacional. Esta solución ya no es viable para una UE que ha ampliado enormemente su composición y que, previsiblemente, lo seguirá haciendo en el futuro inmediato. En el caso actual, nos encontramos con la paradoja absurda de que con dos vetos en mano de cada Estado miembro es mucho más fácil bloquear una reforma que los instrumentos existentes para promover su viabilidad. En términos democráticos, además, es insostenible que un pequeño porcentaje de la población europea sea capaz de bloquear la entrada en vigor de un Tratado para la mayoría restante.

La asignatura pendiente que tienen los Jefes de Estado y de Gobierno en el momento actual es la de enfrentar la realidad de la mutación del sistema político europeo y adaptar los procedimientos de revisión de los fundamentos constitucionales a las nuevas realidades y exigencias. Se trata, sin embargo, de una cuestión que en este momento encuentra una difícilísima resolución al haber sido el proceso constitucional una ocasión perdida en este sentido. Aun cuando se logre poner en vigor el Tratado de Lisboa, este mantiene el sistema del doble cerrojo, sin alternativas políticas de ninguna clase, que regirán en el futuro la revisión del propio Tratado. El mal funcionamiento de los procesos de revisión impide la capacidad de respuesta de la Unión a los desafíos de un entorno exigente. Dificulta el objetivo que se han planteado los Estados miembros de dar respuesta a las inquietudes de los ciudadanos y, por tanto, agudiza el problema general de falta de legitimación de la Unión.

Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional

Nicolás Mariscal Berástegui
Profesor emérito de la Universidad de Deusto
Profesor Jean Monnet emérito

Sumario: Introducción. — I. El proceso de reforma institucional: 1. La Convención constitucional (2002-03); 2. La Conferencia Intergubernamental (CIG 2003-04); 3. De París a Londres vía Berlín. — II. El resultado institucional en el Tratado de Lisboa: 1. El Parlamento Europeo; 2. El Consejo Europeo; 3. El Consejo; 4. La Comisión; 5. El Alto Representante; 6. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas; 7. Otros órganos; 8. La revisión de los Tratados. — Conclusión.

Resumen: El Tratado de Lisboa, si finalmente entra en vigor, traerá sobre todo una reforma institucional de la Unión Europea. El presente trabajo se centra en esa reforma, emprendida hace ya quince años con el Tratado de Maastricht y los intentos malogrados de Ámsterdam y de Niza, y analiza el proceso político-jurídico y los esfuerzos de la Convención Europea (2002-03) y la Conferencia Intergubernamental (2003-04) en un contexto constitucional y, tras el arrasamiento de éste, el Mandato y la Conferencia Intergubernamental de 2007, que culminan en el Tratado de Lisboa. Hacia el futuro, incluso próximo, este limitado resultado legal no puede ignorar el conflictivo y divergente proceso político que le ha precedido y sigue latente y también volviéndose patente, haciendo necesarias nuevas fórmulas políticas y jurídicas a fin de evitar la decadencia de la integración europea.

Palabras clave: Instituciones europeas, reforma institucional, Constitución europea, Convención, Conferencia Intergubernamental, Tratado de Lisboa.

Abstract: *The Lisbon Treaty, if it finally comes into force, will bring about an institutional reform of the European Union. This paper focuses on this reform already started 15 years ago with the Maastricht Treaty and the unfortunate attempts in Amsterdam and Nice, and studies the legal political process as well as the efforts made at the European Convention (2002-2003) and at the Intergovernmental Conference (2003-04) within a constitutional context. It also deals with the 2007 Mandate and Intergovernmental Conference culminating in the Lisbon Treaty. Regarding the near future, this limited legal result should not ignore the conflictive divergent political process which has preceded it and continues latent as well as patent, making new political and legal reforms necessary in order to avoid the decadence of the European integration.*

Keywords: *European institutions, institutional reform, European constitution, Convention, Intergovernmental Conference, Treaty of Lisbon.*

Introducción

El debate y los intentos de reforma de las instituciones de la Unión venían abiertos desde el TUE de Maastricht de 1992 y se volvieron urgentes con la llegada del nuevo siglo ante el horizonte próximo de la ampliación a nuevos Estados y una Unión Europea de 27 miembros. Los esfuerzos de Ámsterdam y Niza fracasaron. Desde este último intento hasta Lisboa han transcurrido casi siete años de ilusión, trabajo, innovación, conflicto, fracasos, decepciones y logros. La mayor innovación hay que buscarla en torno a la Convención sobre el futuro de Europa (2002-03), ella misma una nueva institución en un nuevo sentido e innovadora de las instituciones-órganos de la Unión. Su resultado, ajustado en la Conferencia Intergubernamental de 2003-04, malgrado con la fallida ratificación del Tratado Constitucional (TC), parcialmente recuperado por el Mandato del Consejo Europeo de junio de 2007 bajo presidencia alemana y vuelto a ajustar, limar, limitar y posponer en la Conferencia Intergubernamental de 2007, ha cuajado finalmente en el Tratado de Lisboa (TL). Se firmó el 13 de diciembre de 2007 en la capital portuguesa «deseando completar el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción».¹ Modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE-N) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE-N), versiones Niza.

El nuevo Tratado ha cerrado un largo periodo de tanteos e incertidumbres y, asumiendo en gran parte el TC, ha reformado en profundidad las instituciones y procedimientos decisorios de Niza, haciéndolos en principio más funcionales, eficaces y democráticos. Por otra parte deja que las políticas de la Unión prosigan su curso con pocos cambios o añadidos respecto al TC, que había propuesto leves modificaciones al Tratado de Niza, relevantes sin embargo respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia y también a la política exterior y de seguridad común. El Tratado de Lisboa por el contrario es una contrarreforma respecto al TC y un estancamiento en Niza al haber arrasado radicalmente cualquier germen de dinámica constitucional y cualquier símbolo o término apuntando en esa dirección.

El Tratado de Lisboa, si finalmente entra en vigor, traerá sobre todo una reforma institucional de la Unión Europea. El presente trabajo se centra en esa reforma, emprendida hace más de dieciseis años con el Tratado de Maastricht y los intentos malogrados de Ámsterdam y de Niza, y analiza el proceso político-jurídico y los esfuerzos de la Convención Europea

¹ UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01)*, Preámbulo.

(2002-03) y la Conferencia Intergubernamental (2003-04) en un ambiente constitucional y, tras el arrasamiento de éste, el Mandato y la Conferencia Intergubernamental de 2007, que culminan en el Tratado de Lisboa. Hacia el futuro, incluso próximo, este limitado resultado legal no puede ignorar el conflictivo y divergente proceso político que le ha precedido y sigue latente, haciéndose además cada vez más patente y necesitado de nuevas fórmulas políticas y jurídicas a fin de evitar la decadencia de la integración europea.

I. El proceso de reforma institucional

La Comunidad Europea trató de responder a los inesperados y trascendentales acontecimientos políticos de finales del decenio de los 80 y comienzos de los 90 del siglo pasado poco menos que improvisando sobre la marcha una Unión Política con el Tratado de Maastricht de 1992. El curso de los años siguientes con el debate y las dificultades de ratificación del nuevo Tratado en varios Estados miembros, la realidad creciente del desempleo, el desencanto popular hacia Europa, las demandas de adhesión de los países europeos del este y centro, la frustración ante la catástrofe yugoslava y la amenaza del crimen organizado a escala internacional corroboró fácticamente la necesidad de la prevista revisión de Maastricht y puso también de manifiesto diferencias de concepciones, intereses y estrategias entre los Estados miembros e incluso dentro de ellos. Por fin en octubre de 1997 se firmó el Tratado de Ámsterdam, sin pretensiones de resultado definitivo, sino como una etapa más, un paso parcial adelante de capacitación para el próximo futuro y con la previsión ya de nuevas conferencias intergubernamentales de revisión institucional. Era una salida provisional, que el Tratado de Niza de 2001 volvió a retomar y desenvolver, sin lograr tampoco una solución satisfactoria y dejando abiertos cruciales interrogantes.

1. *La Convención constitucional (2002-03)*

1.1. ANTECEDENTES Y MANDATO

A partir de 2000 se había reavivado el debate político sobre la Unión Europea, tanto respecto al proceso de su construcción como a su horizonte último. La problemática fundamental la había formulado Jacques Delors al principio del año en unas declaraciones a *Le Monde*, no faltando en los meses siguientes algunos posicionamientos acerca del nacimiento de la Europa política, los fines de la Unión, las varias velocidades o la constitución de una federación de Estados. Fue, sin embargo, en torno al 50 aniversario del

Plan Schuman, cuando el debate se avivó extraordinariamente centrándose alrededor de la problemática suscitada por la propuesta del ministro de asuntos exteriores alemán. El Sr. Joschka Fischer la enunció por primera vez en su discurso en la Universidad Humbolt de Berlín el 12 de mayo de 2000.² Era una reflexión general conceptual sobre la conformación de la futura Europa, a largo plazo, después de la ampliación de la UE. Las consideraciones de Fischer se referían, por una parte, a la naturaleza de lo que llamaba la finalidad de Europa (*Finalität Europas*) y, por otra, al camino para ir acercándose a ella. La propuesta tuvo enorme resonancia inmediata y al inaugurarse poco después la presidencia semestral francesa de la Unión Europea, líderes nacionales franceses, italianos, británicos y otros, así como dirigentes comunitarios, expresaron sus opiniones al respecto.

Por otra parte, el 14 de febrero se había abierto la Conferencia Intergubernamental para la reforma institucional, cuya segunda fase coincidió desde el mes de julio con la presidencia francesa del Consejo, inaugurada también con la promesa de una reforma institucional en el contexto de la ampliación de la UE. Las diversas concepciones, la lucha de poder entre los Estados miembros, entre éstos y las instituciones de la Unión e incluso entre éstas, la reivindicación de traducción política del incrementado peso demográfico de la Alemania reunificada, las divergencias entre países grandes y pequeños jalaron un tenso curso, a los que en los últimos días se sumaron los demonios nacionalistas, expresiones poco diplomáticas y cálculos aritméticos, que evidenciaban una dura batalla de poder. Así, con no poca preocupación ante la eventualidad de fracaso, se llegó al Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, tenso, dramático y finalmente alumbrador de un Tratado para una Unión Europea de 27 Estados. Desde el primer momento fue seriamente cuestionado y criticado. De ahí que en la ambivalente y posteriormente muy debatida Declaración sobre el futuro de la Unión, la Conferencia «subraya que, con la ratificación del Tratado de Niza, la Unión Europea habrá completado los cambios institucionales necesarios para la adhesión de nuevos Estados miembros» (2); sin embargo, «apela a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea» (3) acerca de la delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros, el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales, la simplificación de los Tratados y la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea; «la conferencia, al seleccionar estos temas de reflexión, reconoce la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones,

² Joschka FISCHER (2000), «Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration», *Integration* 3: 149-156.

con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros» (6); y «acuerda... se convoque una nueva Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en 2004, para tratar las cuestiones antes mencionadas con miras a introducir las correspondientes modificaciones en los Tratados» (7).³

Los Estados miembros volvieron a pronunciarse sobre el futuro de la UE en el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001. En su Declaración parten del éxito de la Unión Europea, la cual no obstante se encuentra en una encrucijada teniendo que afrontar simultáneamente el doble reto interior de la aproximación de las instituciones al ciudadano y exterior del entorno en rápida mutación y mundialización. Una Unión renovada se enfrenta a tres desafíos fundamentales: un mejor reparto y definición de las competencias, la simplificación de los instrumentos y mayor democracia, transparencia y eficiencia. La Declaración formula varias decenas de preguntas, sugiriendo que las respuestas deberían darse en una Constitución.⁴

Esta renovación y reforma de la Unión deberá ir precedida, de acuerdo con el derecho vigente, por una Conferencia Intergubernamental, pero dadas las traumáticas experiencias de las últimas por un lado y por otro la eficiencia mostrada por la Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Consejo Europeo de Laeken decidió convocar una Convención:

Para garantizar una preparación tan amplia y transparente como sea posible de la próxima Conferencia Intergubernamental, el Consejo Europeo ha decidido convocar una Convención... dicha Convención tendrá el cometido de examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro desarrollo de la Unión e investigar las distintas respuestas posibles.⁵

1.2. COMIENZO Y DESARROLLO

La Convención se constituyó el 28 de febrero de 2002. El Consejo Europeo de Laeken ya había nombrado presidente a Giscard d'Estaing —ex-presidente de Francia— y vicepresidentes a Amato y Dehaene —ex-primeros ministros de Italia y de Bélgica—. También había decidido su composición: 15 (uno por cada Estado miembro) representantes de los Jefes de Estado o

³ UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Niza*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001, pp. 88-89 (23. Declaración relativa al futuro de la Unión).

⁴ CONSEJO EUROPEO DE LAEKEN (14 y 15 de diciembre de 2001), *Conclusiones de la Presidencia* (Anexo I: Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, II).

⁵ *Ibid.*, III.

de Gobierno, 30 (dos por cada Estado miembro) parlamentarios de los Parlamentos nacionales, 16 miembros del Parlamento Europeo y 2 representantes de la Comisión. En las mismas condiciones estarían representados y participarían en las deliberaciones, pero sin poder impedir el consenso, los trece Estados candidatos a la adhesión. Los convencionales (105) tendrían sus correspondientes suplentes (102). Habría además 13 observadores. La organización de un Presidium de doce miembros más un invitado representante de los Parlamentos nacionales de los Estados candidatos, la fecha de la sesión inaugural, la duración y los métodos de trabajo y la secretaría estaban fijados de antemano. También estaba decidido que «el documento final servirá de punto de partida para los debates de la Conferencia Intergubernamental, que adoptará las decisiones definitivas».⁶

En la fase de escucha, que abarcó los cuatro primeros meses de vida de la Convención dedicados a debates de carácter general, los más de 200 miembros y suplentes aprendieron a trabajar juntos y configuraron el método de la Convención, así como la dirección del Presidium y de su presidente, mientras se iba perfilando la orientación hacia un tratado constitucional.⁷ Se manifestó también la cesura entre federalistas e intergubernamentalistas, tratando Giscard por su parte de evitar las controversias y favorecer el consenso. En mayo, con pocas ganas por parte del presidente, el Presidium decidió establecer seis grupos de trabajo, que en julio se convirtieron en diez, añadiéndose a regañadientes en noviembre otro sobre la Europa social. Los grupos de trabajo llevaron a cabo una amplia y crítica revisión de la integración —de su estructura, pero sobre todo de su funcionamiento— y sin cambios revolucionarios o sistémicos, experimentando la diversidad de concepciones e intereses, y conscientes de los poderes de unos y otros, fueron elaborando y proponiendo recomendaciones para un tratado constitucional, que preferían llamar ya Constitución. El reparto de competencias, la codecisión y la votación por mayoría cualificada, el papel de los parlamentos nacionales, la legitimación y la seguridad interior y exterior trascienden horizontalmente la mayoría de los trabajos. La aproximación y las recomendaciones adquieren forma predominantemente jurídica, pero se es consciente de la insuficiencia de esta sola dimensión para llevar adelante la integración europea. Llama poderosamente la atención la inexistencia de un grupo sobre las instituciones.

⁶ *Ibid.*

⁷ Josep BORRELL, Carlos CARNERO y Diego LÓPEZ GARRIDO (2003), *Construyendo la Constitución Europea. Crónica Política de la Convención*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, p. 228; Peter NORMAN (2005, 2nd ed.), *The Accidental Constitution. The Making of Europe's Constitutional Treaty*, Eurocomment, Brussels, p. 46.

Mientras los plenarios de la Convención recibían a partir de octubre las conclusiones de los grupos de trabajo para su debate, el Presidium transmitió a los convencionales el 28 de octubre de 2002 un Anteproyecto de Tratado Constitucional (CONV 369/02), un borrador preliminar elaborado en la secretaría de la Convención bajo la guía de Giscard d'Estaing y conocido coloquialmente como «el esqueleto». La parte I «De la arquitectura constitucional» ofrece esquemáticamente 46 artículos divididos en 10 títulos: I definición y objetivos de la Unión; II ciudadanía; III competencias; IV instituciones; V acciones de la Unión; VI vida democrática; VII finanzas; VIII acción de la Unión en el mundo; IX entorno próximo; y X de la pertenencia a la Unión. La parte II «De las políticas y la realización de las acciones de la Unión» ofrece un mero índice de la acción y políticas interiores (A), acción exterior (B), defensa (C) y funcionamiento de la Unión, y la III «Disposiciones generales y finales», de un único título, sugiere los temas a tratar por siete artículos.

Alemania y Francia, por su parte, presentaron el 15 de enero de 2003 una contribución conjunta referente a la arquitectura institucional de la Unión (CONV 489/03). En ella se concebía Europa como una unión de Estados, pueblos y ciudadanos, plasmándose institucionalmente en una federación de Estados-naciones. Se abogaba por dotarla de una personalidad jurídica única y de fuertes instituciones comunes y por la supresión de los vigentes pilares, aunque conservando procedimientos adecuados a la diversidad de ámbitos. Un mejor reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros era un requisito previo. Respecto a las instituciones se proponía una presidencia estable para el Consejo Europeo, la simplificación radical de la «comitología» adjuntada a la Comisión, la designación de cuyo presidente debía estar más vinculada políticamente a las elecciones al Parlamento Europeo; se contemplaba también una distinción entre comisarios con cartera y comisarios encargados de funciones o misiones específicas. El poder de codecisión del Parlamento Europeo debía acompañar automáticamente a la extensión del voto mayoritario en el Consejo de Ministros, para el que se pedía la separación de las tareas operativas de las legislativas y se proponían diversas modalidades para sus diversas formaciones. Para una Europa fuerte y creíble en la escena mundial consideraba conveniente unir en la persona de un nuevo ministro de relaciones exteriores, nombrado por el Consejo Europeo de acuerdo con el presidente de la Comisión, las funciones de alto representante y de comisario de relaciones exteriores; contaría con el apoyo de un servicio diplomático europeo; en general las decisiones se tomarían por mayoría cualificada, excepto en cuestiones de seguridad y defensa, para las que se abría la posibilidad de la cooperación reforzada. Finalmente, como exigencia democrática, debería asociarse más a los parlamentos nacionales en la elaboración y control de las decisiones de la Unión Europea.

La contribución franco-alemana era un compromiso pragmático entre la sensibilidad francesa proclive a una Unión de base estatal, lo que se expresaba en la propuesta de fortalecimiento de la presidencia del Consejo Europeo, y la sensibilidad supranacional-federal alemana, que apoyaba una Comisión fortalecida con un presidente elegido por el Parlamento Europeo. De inmediato tuvo un enorme impacto, constituyendo un hito en la marcha de la Convención y configurando los parámetros de los debates posteriores sobre las instituciones.⁸ Suscitó, no obstante, fuertes reacciones negativas de no pocos convencionales y de los pequeños Estados.

1.3. LA PROPUESTA INSTITUCIONAL

El 22 de abril el presidente Giscard d'Estaing y el secretario Kerr transmitieron al Presidium su propuesta institucional. No había existido grupo de trabajo previo y la habían retenido hasta dar a los Gobiernos la oportunidad de opinar al respecto. Cercana a las contribuciones franco-alemana y a la posterior anglo-española y de sesgo intergubernamental, generó fuertes reacciones negativas en el Presidium, que consiguió limar sus extremos más intergubernamentales.⁹ Con fecha 23 de abril de 2003 envió el Presidium su nota sobre las instituciones a la Convención (CONV 691/03). Ante la alternativa de atenerse al Tratado de Niza o de ir más allá se reconoce que «las propuestas formuladas por lo que respecta a la representación en el Parlamento Europeo, la definición de la mayoría cualificada y la composición de la Comisión reflejan soluciones que superan el Tratado de Niza». El Parlamento Europeo, que no sobrepasará los setecientos miembros, ejerce junto con el Consejo la función legislativa y elige al presidente de la Comisión. El Consejo Europeo elegirá por mayoría cualificada a su propio presidente para un mandato de dos años y medio renovable una sola vez. Se explicitan algunas formaciones del Consejo de Ministros, que ejerce la función legislativa junto con el Parlamento Europeo, y se define la mayoría cualificada «como una mayoría de Estados miembros que represente al menos los tres quintos de la población de la Unión». La Comisión Europea se compondrá de un presidente y otros catorce miembros, uno de los cuales será preceptivamente el ministro de asuntos exteriores de la Unión, y podrá tener comisarios delegados. El texto generó cientos de enmiendas de los convencionales y de la Comisión Europea y puso al descubierto la doble cesura existente entre supra-

⁸ Peter NORMAN, *op. cit.*, pp. 143 y 149; Derek BEACH (2005), *The Dynamics of European Integration. Why and when EU institutions matter*, Palgrave Macmillan, Houndmills y New York, p. 182.

⁹ Peter NORMAN, *op. cit.*, pp. 189 y 207; Derek BEACH, *op. cit.*, p. 185.

nacionalistas e intergubernamentalistas por un lado y entre grandes y pequeños Estados miembros por otro, pero «a pesar de toda la furia sobre el manejo del debate institucional por Giscard, para mediados de mayo las posiciones estaban comenzando a variar».¹⁰

El prometido texto revisado sobre las instituciones (CONV 770/03), correspondiente al título IV de la Parte I, fue transmitido con comentarios por el Presidium a la Convención con fecha 2 de junio. No obstante los renovados esfuerzos de España y Polonia a favor de la fórmula de Niza, las advertencias sobre las eventuales dificultades que su revisión podría plantear en la futura Conferencia Intergubernamental y la ampliación coyuntural de los apoyos a Niza, el texto revisado mantiene la nueva fórmula de la doble mayoría —«mayoría de Estados miembros que represente al menos tres quintas partes de la población de la Unión»— para la votación por mayoría cualificada, pero introduce algunos cambios en otros puntos, por ejemplo, especificando la función presupuestaria del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros; dando un matiz más activo a la Comisión, cuyos miembros por otra parte presentarán la dimisión a petición del presidente; y respecto al Tribunal de Justicia y al Comité de las Regiones.

1.4. INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS DECISORIOS

El *Consejo Europeo* será en adelante institución de la Unión, pero su acción no estará sometida al control de legalidad del Tribunal de Justicia; se le añaden nuevas tareas y se prevé la instauración de un presidente, que le dará rostro y voz. La expansión en el *Consejo de Ministros* del procedimiento decisorio por mayoría cualificada —doble mayoría de Estados miembros y 60% de la población— es central. Lo mismo puede decirse de la extensión en el *Parlamento Europeo* (PE) del procedimiento de codecisión, que deviene el procedimiento legislativo ordinario; desde otro punto de vista, los resultados de las elecciones al PE deberán tenerse en cuenta en la propuesta que le haga el Consejo Europeo de candidato a presidente de la Comisión; sigue careciendo de una importante competencia constitucional en el procedimiento de revisión del Tratado por el que se instituye la Constitución. La *Comisión* sale fortalecida en sus competencias y capacidad de acción, sobre todo su presidente, mientras que el compromiso propuesto respecto al número de comisarios (15 comisarios europeos + comisarios sin voto) resulta poco convincente. Subyace la controversia entre los modelos intergubernamental y supranacional, lo que se refleja en disposiciones ambiguas con potencialidades conflictivas.

¹⁰ Peter NORMAN, *op. cit.*, p. 210.

El importante paso adelante que da la Convención en el ámbito de las instituciones tiene el valor añadido de responder a las necesidades de fondo del proceso de construcción europea y no a exigencias del guión a corto plazo.¹¹

Con los cambios introducidos en los procedimientos decisorios, el Proyecto de Tratado de una Constitución Europea incrementa el nivel (*level*) de la integración. El de codecisión Consejo-Parlamento Europeo (arts. I-33 y III-302), inaugurado por el Tratado de Maastricht y posteriormente algo modificado, pasa ahora a ser «el procedimiento legislativo ordinario», aunque subsisten no pocas e importantes excepciones. La mayoría cualificada en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros, definida ahora por la doble mayoría del número de Estados y del 60% de la población de la Unión (art. I-24), es considerablemente extendida, a pesar de las excepciones. La unanimidad del Consejo de Ministros se requiere sobre todo en las decisiones referentes a algunas disposiciones fiscales, en política social y en política exterior y de seguridad común (pesc). La ahora llamada cláusula de flexibilidad (art. I-17) mantiene la unanimidad en el Consejo de Ministros para adoptar las medidas pertinentes en caso de no haberse previsto los poderes de actuación para una acción necesaria de la Unión respecto a las políticas.

2. La Conferencia Intergubernamental (CIG 2003-04)

2.1. EL JUEGO DIPLOMÁTICO

La CIG se abrió en Roma el 4 de octubre de 2003 con no pocas ni superficiales divergencias: presidencia del Consejo Europeo, doble mayoría de Estados y de población, formación «Consejo Legislativo», comisarios europeos y comisarios sin derecho a voto, composición y poderes presupuestarios del Parlamento Europeo, exigencia de unanimidad para cualquier revisión de la Constitución, veto en cuestiones de política exterior y de seguridad común, ausencia de mención de Dios y de las raíces cristianas de Europa en el preámbulo.

Durante los dos primeros meses de la CIG, la presidencia italiana junto con la secretaría del Consejo condujo eficazmente las negociaciones sobre los puntos menores y la reunión de ministros de asuntos exteriores del 27 y 28 de noviembre en Nápoles —el llamado «conclave»— produjo significativos avances en muchas cuestiones particulares, pero no logró aproxima-

¹¹ Josep BORRELL, Carlos CARNERO y Diego LÓPEZ GARRIDO, *op. cit.*, p. 75.

ciones en algunas de las más controvertidas y sobre todo en las institucionales, remitidas ahora definitivamente al Consejo Europeo de diciembre en Bruselas.¹² Éste acabó en fracaso:

El Consejo Europeo ha tomado nota de que a la Conferencia Intergubernamental no le ha sido posible llegar a un acuerdo global sobre un proyecto de Tratado Constitucional en la presente fase. Se solicita a la Presidencia irlandesa que, basándose en consultas, evalúe las posibilidades de realizar progresos e informe al Consejo Europeo de marzo.¹³

La presidencia irlandesa comenzó con contactos informales con la precedente italiana, con todas las delegaciones de los Gobiernos, con las instituciones de la Unión, entre los primeros ministros y entre los ministros de asuntos exteriores. Los discretos contactos y las consultas mantenidas en los primeros meses del año le permitieron ganarse la confianza de los participantes, mientras en el nivel técnico el servicio jurídico de la secretaría del Consejo iba puliendo el texto.

No fueron fáciles las jornadas finales del 17 y 18 de junio, defendiendo hasta el último momento duras posiciones no pocos Estados. Sin embargo prevalecía en el Consejo Europeo la atmósfera de la necesidad y la posibilidad de lograr un acuerdo. Se llevaron a cabo debates entre los jefes de Estado o de Gobierno, así como contactos bilaterales informales —los famosos «confesonarios»—. Entretanto la presidencia irlandesa, retomando, modificando y completando sus recientes documentos previos, elaboraba una nueva propuesta (CIG 83/04) y después la definitiva (CIG 84/04) tanto sobre las instituciones como sobre cuestiones no institucionales. Finalmente, en la noche del 18 de junio, después de casi dos años y medio de negociaciones, el Consejo Europeo daba su aprobación a los textos (CIG 85/04).

Durante el verano, juristas y lingüistas especializados tendrían que ir preparando las versiones definitivas en todas las lenguas oficiales del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa a fin de que pudiera ser firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los veinticinco Estados miembros.

La Convención constituyó sin duda la base fundamental del resultado, aunque con modificaciones importantes, sobre todo institucionales, pero

¹² Peter NORMAN, *op. cit.*, p. 285; Derek BEACH, *op. cit.*, p. 190; Peter BECKER y Olaf LEISSE (2005), *Die Zukunft Europas. Der Konvent zur Zukunft der Europäischen Union*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, p. 231.

¹³ PRESS RELEASE, Brussels 13/12/2003, *European Council Conclusions on the IGC*; CONSEJO EUROPEO (Bruselas, 12 y 13 de diciembre de 2003), *Conclusiones de la Presidencia*, I. 2 (5381/04).

también otras, por parte de la CIG. Las cuestiones de poder, donde el consenso había sido más precario en la Convención, fueron las más modificadas por una CIG, que finalmente logró compromisos entre todos los Estados miembros, entre éstos y las instituciones comunitarias, entre tendencias más intergubernamentales y más supranacionales, entre diferentes concepciones, intereses e identidades nacionales.

2.2. INSTITUCIONES

El *Parlamento Europeo* (PE), «compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión», es colocado en la cima del marco institucional. En el último momento y favoreciendo a los pequeños Estados se fijó en 750 el número total de representantes, decrecientemente proporcional, con un mínimo de 6 y un máximo de 96 (art. I-20), remitiéndose la fijación del número de europarlamentarios por Estado para las elecciones de 2009 a una decisión unánime del Consejo Europeo. El PE es uno de los ganadores del Tratado Constitucional, fortaleciéndose su actuación en el proceso legislativo con el procedimiento legislativo ordinario, cuyo número de casos de aplicación se extiende a unos 40 nuevos, casi duplicándose,¹⁴ y en el proceso presupuestario, no obstante algún recorte de la CIG respecto a la Convención.

El *Consejo Europeo* había sido otro de los grandes ganadores de la Convención, posición que lógicamente respeta y perfecciona la Conferencia Intergubernamental. Tipificado finalmente como institución de la Unión¹⁵ sigue siendo el lugar privilegiado del poder político a fin de definir las orientaciones y prioridades políticas generales de la Unión e impulsar su desarrollo, incidiendo también en la política cotidiana. No ejerce, sin embargo, funciones legislativas.¹⁶ Su presidente es elegido por el propio Consejo Europeo por mayoría cualificada para un período de dos años y medio, pudiendo ser reelegido una sola vez; podría ser cesado por el mismo procedimiento. Su nuevo modo de elección y la futura estabilidad frente a la precedente rotación semestral configuran relevantes novedades del Tratado

¹⁴ Kepa SODUPE CORCUERA y Asier GARCÍA LUPIOLA (2004), «La nueva estructura institucional de la Unión Europea», en Kepa SODUPE CORCUERA (dir.), *La Constitución Europea. Un análisis de sus aspectos fundamentales*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 97; Janis A. EMMANOULIDIS (2005), «Die institutionellen Reformen in der Verfassung - die neue Machtarchitektur der Europäischen Union» en Werner WEIDENFELD (Hrsg.), *Die Europäische Verfassung in der Analyse*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, p. 93; Jean Claude PIRIS (2006), *El tratado constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid, p. 122.

¹⁵ Jean-Claude PIRIS, *op. cit.*, p.121.

¹⁶ Adopta, no obstante, importantes decisiones europeas normativas, por ejemplo, respecto a la fijación del número de parlamentarios por Estado (art. I-20) o a las listas de las formaciones del Consejo de Ministros y la rotación de la presidencia de éstas (art. I-24).

Constitucional, quedando abiertas a la práctica concreta de los primeros incumbentes la nueva conformación de la figura y sus relaciones con el presidente de la Comisión y el ministro de asuntos exteriores.

Un *Consejo de Ministros* dotado de mayor transparencia, mejor coordinación y más eficiente funcionamiento¹⁷ había sido ya intentado por la Convención mediante una nueva formación Consejo Legislativo y de Asuntos Generales y presidencias rotatorias de un año. Sin embargo, el propuesto Consejo Legislativo tuvo muy poco apoyo en la CIG, que muy pronto lo suprimió, quedando de nuevo las funciones legislativas repartidas entre las distintas formaciones del Consejo, aunque distinguiendo en adelante en sus reuniones una parte legislativa —pública— y otra no legislativa. Se especifican y separan ahora el Consejo de Asuntos Generales y el Consejo de Asuntos Exteriores, remitiéndose a una decisión del Consejo Europeo las demás formaciones. La presidencia de éstas, con excepción de la de Asuntos Exteriores, será ejercida mediante un sistema de rotación igualitaria, proponiéndose finalmente la importante novedad de su desempeño por grupos predeterminados de tres Estados miembros durante un período de 18 meses (Declaración n.º 4 relativa al apartado 7 del artículo I-24). La principal medida, sin embargo, para dotar al Consejo de mayor eficacia y legitimidad tiene que ver con la modificación y creación de nuevas bases jurídicas para pronunciarse según el nuevo sistema de mayoría cualificada.

La *Comisión Europea* venía declinando desde hacía tiempo,¹⁸ por lo que en adelante habría que incrementar su legitimidad y su eficiencia. Un mayor papel del PE en su nombramiento, el fortalecimiento del presidente y la disminución del número de comisarios parecían medidas adecuadas, junto a otras apuntadas por la reciente reforma interna de los servicios. Su nueva configuración resultó empero una de las cuestiones más polémicas y difíciles. La Convención ya había acordado que la elección del presidente, a propuesta del Consejo Europeo, correspondiese al PE, al que también incumbiría aprobar a los comisarios, habiendo consensuado por otra parte una original y compleja composición a partir de 2009: 15 comisarios europeos —incluido el presidente y el ministro de asuntos exteriores— y otros comisarios sin derecho a voto, según un sistema de rotación igualitaria. La CIG acabó empero abandonando esta fórmula ante su complejidad y las fuertes tensiones entre pequeños y grandes Estados. Se acordó regresar provisional-

¹⁷ Fiona HAYES-RENSHAW (2006), «The Council of Ministers», en J. PETERSON y M. SHACKLETON (eds.), *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, p. 72.

¹⁸ John PETERSON (2002 y 2006 2nd ed.), «The College of Commissioners», en J. PETERSON y M. SHACKLETON (eds.), *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, pp. 72 y 81, respectivamente; EMMANOULIDIS, *op. cit.*, p. 73.

mente al modelo de Niza para la primera Comisión del nuevo Tratado Constitucional a base de un comisario nacional de cada Estado miembro y a partir de ésta, después de 2014, el número de comisarios correspondería a 2/3 del de Estados miembros, siendo seleccionados por rotación igualitaria. El Consejo Europeo por unanimidad puede modificar este número. La elección del fortalecido presidente de la Comisión no experimenta cambios, pero sí la de los miembros, interviniendo ahora el Consejo junto al presidente en la adopción de la lista propuesta e incluyendo, después de la aprobación colegial de toda la Comisión por el PE, su nombramiento final por el Consejo Europeo. Esta Comisión, presidencializada por un lado, pero resultante de tan numerosos compromisos por otro ¿sale suficientemente fortalecida para detener su deterioro y contribuir decisivamente a la integración europea?

Una de las mayores innovaciones del Tratado Constitucional es la creación del cargo de *ministro de asuntos exteriores*. En adelante los Gobiernos de terceros países sabrán a quién dirigirse, pues él estará al frente de la política exterior y de seguridad de la Unión, incluida la común de seguridad y defensa, contribuyendo a elaborarla y ejecutarla (art. I-28). Asumiendo las actuales funciones del alto representante de la pesc y del comisario de relaciones exteriores, estará situado a caballo entre el Consejo de Ministros y la Comisión. Es nombrado por mayoría cualificada por el Consejo Europeo, con la aprobación del presidente de la Comisión, pudiendo ser cesado del mismo modo. Consulta e informa al PE, el cual puede formularle preguntas y recomendaciones. La CIG, no obstante los cuestionamientos y debates en torno a esta nueva figura, mantuvo y completó las innovaciones de la Convención, sin conseguir empero pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada cuando el Consejo se pronuncie a propuesta del ministro de asuntos exteriores, como lo intentó la presidencia italiana.

2.3. MAYORÍA CUALIFICADA

El Tratado de Niza reponderó los votos de los Estados para la votación por mayoría cualificada en una Unión Europea de 15, 25 o 27 miembros, generando muy diversos grados de satisfacción/insatisfacción entre los Gobiernos de los 15 Estados miembros que lo firmaron y ratificaron y explícita insatisfacción del Parlamento Europeo.¹⁹ El innovador sistema de doble mayoría de Estados y de ciudadanos y la fijación de sus umbrales habían sido ya cuestiones altamente polémicas en la Convención y los consensos logrados precarios y provisionales, como se evidenció una vez más en la frustrada apro-

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea (2001/2022 (INI)). A 5-0168/2001.

bación por la CIG de diciembre de 2003. Ésta, tras los cambios de Gobierno en algunos Estados miembros y con el buen hacer de la presidencia irlandesa, consiguió seis meses después un acuerdo: 55% de los Estados miembros, que representen al menos el 65% de la población de la Unión; la minoría de bloqueo requiere al menos 4 Estados miembros; cuando el Consejo no actúa a propuesta de la Comisión o del ministro de asuntos exteriores se eleva el umbral del número de Estados miembros a 72% (art. I-25). Todo ello surtirá efecto a partir del 1 de noviembre de 2009, pero se mantiene todavía entre esa fecha y el 2014 un cierto freno similar al compromiso de Ioannina (Declaración 5). Numerosos autores²⁰ resaltan el avance del sistema de doble mayoría finalmente acordado por la CIG respecto al de Niza, pero también su complejidad y su cuestionable eficacia comparado con el de la Convención.

El ámbito de aplicación de la mayoría cualificada venía siendo otro de los temas espinosos y polémicos. Lo fue también en la CIG. Mientras la capacidad de decisión de una Europa de 27 miembros parecía exigir su extensión, la firme voluntad de algunos Estados de no perder el propio control en algunas cuestiones sensibles la rechazaba, defendiendo a toda costa el mantenimiento de la unanimidad. Durante la CIG se manifestaron con fuerza posicionamientos contrapuestos. Finalmente se acordó un aumento de unos 40 casos más de decisión por mayoría cualificada, pero manteniendo la unanimidad todavía en más de 70 casos²¹ en puntos centrales como fiscalidad, política social, pesc, recursos propios, previsiones financieras y otros. Se trata de nuevo de un complicado compromiso.

3. De París a Londres vía Berlín

3.1. EL NO FRANCÉS

El 29 de octubre de 2004, con la firma de los veinticinco Estados miembros del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, comenzaba la aventura de su ratificación, no pasando desapercibidas —en medio del optimismo predominante— las eventuales dificultades de la nueva etapa.²²

²⁰ Francisco ALDECOA (2004), *La CIG confirma el Tratado Constitucional de la Convención*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, p. 23; Kepa SODUPE CORCUERA y Asier GARCÍA LUPIOLA, *op. cit.*, p. 114; Peter NORMAN, *op. cit.*, p. 294; Peter BECKER y Olaf LEISSE, *op. cit.*, p. 254; EMMANOULIDIS, *op. cit.*, p. 85; Jean-Claude PIRIS, *op. cit.*, pp. 136 y 138.

²¹ EMMANOULIDIS, *op. cit.*, p. 82; Jean-Claude PIRIS, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

²² Carlos CLOSA MONTERO, «La ratificación de la Constitución de la UE: un campo de minas», *ARI* 13, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004, pp. 9-14.

El caso más dramático fue, sin duda, el de Francia:

En realidad, el debate no llegó nunca a centrarse en lo fundamental, es decir, en si era útil y oportuno para Francia y los franceses continuar con el proyecto de integración europea y en las ventajas e inconvenientes de las innovaciones que contenía el Tratado. Tras la campaña, el desconocimiento de los franceses sobre lo que es la Unión, lo que puede hacer y cómo puede hacerlo, sigue siendo tan grande como entonces.²³

En el referéndum de 29 de mayo de 2005, con una participación del 69,74% los noes (54,87%) superaron ampliamente a los síes (45,13%). No obstante su probabilidad anunciada, el impacto fue enorme y abrió una crisis de incertidumbre.²⁴

Bajo la impresión del resultado francés de los días precedentes, el 1 de junio tuvo lugar el referéndum de los Países Bajos, precedido por unos sondeos que indicaban el incremento de la intención de voto contra el TC y la percepción de la Unión como crecientemente extraña. Con una participación del 62,8% del censo, los partidarios del no (61,6%) superaron ampliamente a los del sí (38,4%), y aunque el resultado no era legalmente vinculante, el Gobierno se había comprometido políticamente a respetarlo. No había ninguna duda del rechazo.²⁵

Los noes de Francia y los Países Bajos «se vivieron como un auténtico terremoto político, tanto en los propios países como en toda Europa».²⁶

²³ Jean-Claude PIRIS, *op. cit.*, p. 53.

²⁴ Un sondeo post-referéndum del Eurobarómetro destaca las siguientes motivaciones del no: efectos negativos sobre el empleo (31%); la mala situación económica y del empleo en Francia (26%); orientación económica excesivamente «liberal» (19%) e insuficiencia de la Europa social (16%); oposición al Presidente de la República, al Gobierno o a ciertos partidos (18%); y excesiva complejidad de la Constitución Europea (12%), mientras la motivación principal de los partidarios del sí había sido la necesidad de la Constitución Europea para la prosecución de la construcción europea (39%) (COMMISSION EUROPÉENNE, *La Constitution européenne: sondage post-referendum en France*, juin 2005, pp. 15 y 17).

²⁵ Las motivaciones principales para el no, según el sondeo post-referéndum del Eurobarómetro fueron: la falta de información (32%); pérdida de la soberanía nacional (19%); oposición al Gobierno nacional y ciertos partidos políticos (14%); excesivo costo económico de Europa (13%). Los partidarios del sí, por su parte, habían estimado que el TC era esencial para continuar la construcción europea (24%), fortalecía el sentimiento de identidad europea (13%) y el rol de los Países Bajos en la Unión y en el mundo (13%) (EUROPEAN COMMISSION, *The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands*, June 2005, pp. 13 y 15).

²⁶ Jean-Claude PIRIS, *op. cit.*, p. 40.

3.2. EL MANDATO BAJO PRESIDENCIA ALEMANA

Cuando el 1 de enero de 2007 Alemania asumió la presidencia del Consejo de la Unión, dieciocho Estados miembros habían ratificado ya el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dos lo habían rechazado y siete no lo habían sometido a ratificación. En medio de la continuada disonancia y desconcierto de las manifestaciones de los líderes políticos europeos, la canciller Merkel trató de alcanzar puntos de acuerdo. A fin de salvar la sustancia del Tratado Constitucional, modificada su forma, se abrió paso la idea de un tratado de enmienda que diera lugar a un Tratado de la Unión Europea (TUE) con las innovaciones de la Parte I del TC y a un Tratado de Funcionamiento que en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), modificado y rebautizado ahora, incluyera las políticas de la Parte III del TC. Habría que avanzar políticamente todo lo que se pudiera para el Consejo Europeo de junio, previéndose a continuación una Conferencia Intergubernamental (CIG 2007) breve y técnica.

Después de meses de trabajo y contactos no habían podido ser resueltos unos pocos problemas importantes y ahora les tocaba decidir en última instancia a los jefes de Estado o de Gobierno reunidos en Consejo Europeo, pues la decisión política sobre esos contenciosos era la condición de posibilidad de un mandato para una Conferencia Intergubernamental formuladora de un nuevo tratado, un tratado de reforma, capaz de salvar todo lo posible del Tratado Constitucional, cambiando lo necesario para hacerlo aceptable a los veintisiete Estados miembros. A ello se dedicaron los líderes europeos. A las cuatro de la mañana del 23 de junio, Merkel pudo anunciar la aprobación de un mandato para una nueva CIG.

El Consejo Europeo establece un mandato, base y marco exclusivos conforme a los que la CIG 2007 llevará a cabo su trabajo de elaboración de un tratado de reforma, que modifique los tratados existentes —seguirán en vigor— con las innovaciones introducidas por la anterior CIG 2003-2004, según las precisiones especificadas en el mandato.

El mandato es extraordinariamente concreto, preciso y detallado —como ninguno de los precedentes—, técnico y complicado, resultado de un laborioso compromiso político y en algunos casos dicta ya el texto definitivo de artículos, Protocolos o Declaraciones, lo que parece razonable y operativo dadas las experiencias de negociación e interpretación acumuladas en la última década y durante la propia presidencia alemana. Con él se pasa de un innovador proyecto de Constitución política para Europa —jurídicamente un Tratado Constitucional— a un tradicional tratado de reforma institucional, que anulando el aliento constitucional privilegia el rigor delimitador de las competencias y limitador de las de la Unión. Tal vez se salva

la sustancia funcional jurídica, pero no la orientación política europeísta constructora de Europa.²⁷

3.3. UN TRATADO DE INFLUENCIA BRITÁNICA

El 1.º de julio Portugal asume la presidencia del Consejo de la Unión en el contexto del programa de 18 meses preparado conjuntamente con Alemania y Eslovenia. Entre sus prioridades está el futuro de la Unión y específicamente el nuevo Tratado, «prioridad de las prioridades» según el primer ministro José Sócrates, para cuya elaboración se convoca una Conferencia Intergubernamental a partir del 23 de julio. En esa fecha los ministros de asuntos exteriores abren en Bruselas la CIG 2007 presentando la presidencia portuguesa un primer borrador del Proyecto de Tratado que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CIG 1/07), sus Protocolos (CIG 2/07) y Declaraciones (CIG 3/07). Apegado al mandato del Consejo Europeo de junio traslada en un altísimo porcentaje —algunos hablan del 90, 96, 98%— el contenido del Tratado Constitucional, señalando otros empero la crucial relevancia cualitativa de lo no traspuesto: carácter constitucional, legitimación por los ciudadanos, Carta de los Derechos Fundamentales. La presidencia portuguesa va a tratar de mantener las conversaciones a nivel legal, estando dirigido el grupo de expertos por Jean-Claude Piris y funcionando la Secretaría General del Consejo como secretaria de la CIG. Polonia, no obstante, manifiesta pronto su intención de abrir algunas cuestiones y el Reino Unido recuerda el carácter no constitucional del nuevo Tratado y sus propias precondiciones para un acuerdo.²⁸

²⁷ Nicolás MARISCAL (2008), «De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa», en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida a la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, p. 78.

²⁸ UNITED KINGDOM. FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE, *The Reform Treaty*. The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference, July 2007, Cm 7174. Dice el primer ministro Gordon Brown en el preámbulo (p. 1): «Ahead of the June European Council, we set out our red lines to ensure that there would not be a transfer of power away from the UK on issues of fundamental importance to our sovereignty. The Mandate for the new amending Treaty meets these red lines». «The Government will ensure that the agreement made in June is reflected in the Reform Treaty». Y más adelante en el texto del White Paper puede leerse: «In the run-up to the 2007 June European Council, the UK argued that the EU needed a new amending Treaty without constitutional characteristics. The Government also set out preconditions for agreement on a new Treaty. These four conditions were: protection of the UK's existing labour and social legislation; protection of the UK's common law system, and our police and judicial processes; maintenance of the UK's independent foreign and defence policy; and protection of the UK's tax and social security system. In addition, the Government wanted to clearly establish that national security is a matter for Member States. These remain our guiding principles for the IGC, which needs to follow precisely the terms of the Mandate agreed at the June European Council» (p. 7).

Aunque en su *White Paper* había reconocido que el mandato del Consejo Europeo de junio respetaba sus líneas rojas, el Reino Unido había ido planteando nuevas exigencias respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales, asuntos de justicia e interior, seguridad social, seguridad nacional y política exterior (<<http://www.number10.gov.uk/output/Page13476.asp>>; <euobserver.com/9/24955/?print=1>), que también acabaría consiguiendo, no obstante la resistencia de otros países, escudándose ahora en la conveniencia de evitar un referéndum sobre el nuevo Tratado. Polonia, por su parte, había formulado la posibilidad de autoexcluirse de la Carta de los Derechos Fundamentales, de invocar repetidamente el mecanismo de Ioanina e incluirlo en el propio texto del Tratado y había exigido un abogado general permanente en el Tribunal de Luxemburgo y la unanimidad para la concesión de créditos del BEI. También la República Checa, Italia, Irlanda, Austria y Bulgaria habían adelantado algunas demandas, sin poner, sin embargo, en peligro el futuro del Tratado.

Se llega así a la reunión de ministros de asuntos exteriores del 15 de octubre en Luxemburgo y a la cumbre informal de Lisboa de 18 y 19 de octubre, en la que los Jefes de Estado o Gobierno de los 27 tratan de lograr un acuerdo definitivo sobre el nuevo Tratado y la redistribución de escaños en el Parlamento Europeo para las elecciones de 2009. «Hoy ha nacido el nuevo Tratado de Lisboa. Es una victoria europea» anuncia en la madrugada del 19 el primer ministro de Portugal y presidente del Consejo, José Sócrates (http://www.eu2007.pt/UE/vEN/Noticias_Documentos/20071019soc.htm).

El Tratado de Lisboa aporta un avance institucional funcional respecto a Niza, siendo en este sentido una reforma positiva, pero arrasa la orientación constitucional y las potencialidades de unidad política del Tratado Constitucional pudiendo calificarse desde esta perspectiva como una contrarreforma. Además este proceso de contrarreforma-reforma de los tres últimos años ha fortalecido el carácter intergubernamentalista de la Unión Europea: Francia rechazó el Tratado Constitucional, Alemania consiguió sacar adelante el mandato para la CIG 2007 y el Reino Unido ha marcado de momento la orientación política de la UE.

II. El resultado institucional en el Tratado de Lisboa

A las instituciones se dedica el título III del Tratado de la Unión Europea, versión Lisboa (TUE-L). Las cinco de Niza pasan ahora a siete, al tipificar también como tales al Consejo Europeo y al Banco Central Europeo. Su finalidad, sus límites dentro de las atribuciones que les confieren los Tratados y de los procedimientos establecidos, así como el principio de colabo-

ración leal entre ellas reproducen lo dispuesto en el Tratado Constitucional (TC). El Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia son ahora presentados en sus rasgos generales en el TUE-L (arts. 14-19) y con mayor detalle en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE arts. 223-281), mientras el Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo solamente en este último, así como los órganos consultivos Comité Económico y Social y Comité de las Regiones.

1. *El Parlamento Europeo*

Es presentado en el artículo 14 del TUE-L, que reproduce con mínimos cambios el I-20 del TC, modificativo del TCE-N. A diferencia de éste —«compuesto por representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad»— en adelante el Parlamento Europeo (PE) estará compuesto «por representantes de los ciudadanos de la Unión», sin exceder el número de 750 más el presidente. La representación será decrecientemente proporcional entre un máximo de 96 diputados y un mínimo de 6 por Estado miembro, elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto por un período de cinco años. El PE ejerce la función legislativa y la función presupuestaria junto con el Consejo y tiene también funciones de control político y consultivas.

Por su parte el TFUE (arts. 223-234) sigue muy de cerca las disposiciones institucionales del TC respecto al Parlamento Europeo, que tampoco habían modificado en profundidad las del TCE-N. La elección de los miembros del PE por sufragio universal directo podrá llevarse a cabo según un procedimiento uniforme o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros, estableciendo el Consejo con aprobación del Parlamento las disposiciones, las cuales para entrar en vigor deberán ser aprobadas por todos los Estados miembros según sus normas constitucionales. En esa misma tónica continuista se configuran las capacidades de petición a la Comisión de presentación de propuestas que requieran un acto comunitario, de constitución de una comisión temporal de investigación y de recepción de peticiones individuales o en grupos de ciudadanos de la Unión y personas residentes o domiciliadas en algún Estado miembro. Nada nuevo prácticamente acerca de las sesiones, decisión por mayoría de los votos emitidos, discusión pública del informe de la Comisión o la moción de censura sobre la gestión de ésta.

En adelante el Parlamento Europeo deberá ser informado y consultado periódicamente por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a quién también podrá dirigir preguntas y recomendaciones; podrá crear, junto con el Consejo, tribunales especializados

dentro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y podrá jugar un nuevo papel —todavía modesto— en la revisión de los Tratados.

Con el Tratado de Lisboa el Parlamento Europeo ha aumentado su poder, como lo ha venido haciendo desde el comienzo de las Comunidades Europeas. En la presente ocasión ese considerable incremento proviene sobre todo de la generalización y ampliación del procedimiento de codecisión del TCE-N, que ya en el TC y ahora en el TFUE (art. 294) deviene el procedimiento legislativo ordinario²⁹, al que se añade el nuevo procedimiento legislativo especial para la adopción del presupuesto anual (TFUE art. 314), y la nueva prerrogativa de elección del presidente de la Comisión, teniendo también que aprobar colegiadamente al presidente, Alto Representante y potenciales miembros de la Comisión. Por otra parte, en el futuro habrá que observar cómo y con qué efectos de impulso o freno a la integración se va desarrollando la relación entre el Parlamento Europeo y los potenciados parlamentos nacionales, y el influjo o no de la nueva configuración en la democratización y eficiencia de la Unión.

2. *El Consejo Europeo*

El TUE-L (art. 15) corrobora los cambios e incremento de poder del Consejo Europeo al trasponer literalmente las disposiciones del TC, profundamente modificadoras del TCE-N. El Consejo Europeo no sólo deviene en adelante institución de la Unión, sino la más poderosa de ellas, manteniendo al mismo tiempo amplios márgenes de discrecionalidad política. También en el futuro dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones generales, pero además establecerá las prioridades políticas generales, sin poder empero ejercer la función legislativa. Compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno, más su propio presidente y el presidente de la Comisión, y con la participación del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, relega ahora a los ministros de asuntos exteriores, que, como los demás ministros, podrán sin embargo asistir cuando así lo decida el propio Consejo Europeo. Pero el cambio más trascendental es la creación de una presidencia estable, eligiendo el propio Consejo Europeo a su presidente por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, renovable una sola vez; se estable-

²⁹ Según la Fundación Robert Schuman, el Tratado de Lisboa amplía el «procedimiento legislativo ordinario» a 40 nuevos artículos, que se suman a las 33 áreas ya regidas por el procedimiento de codecisión (FOUNDATION ROBERT SCHUMAN, *The Lisbon Treaty. 10 easy-to-read fact sheets*, Annex 4 List of the articles coming under ordinary legislative procedure, december 2007, www.robert-schuman.eu).

cen sus poderes, así como la incompatibilidad con el ejercicio de cualquier mandato nacional, quedando no obstante la nueva figura muy abierta y dependiente de la personalidad concreta que la desempeñe y de sus relaciones. El Consejo Europeo se pronuncia por consenso, excepto cuando los Tratados disponen otra cosa, excepciones (unanimidad, mayoría cualificada y mayoría simple) que el TFUE (arts. 235-236) menciona. Estará asistido por la poderosa Secretaría General del Consejo.

El Consejo Europeo fijará de nuevo las diferentes formaciones del Consejo; propone al Parlamento Europeo el presidente de la Comisión, a la que finalmente nombra, y establecerá el sistema de rotación de los comisarios de la Comisión reducida a partir de 2014; nombra al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad; y juega un papel decisivo en los procedimientos de reforma de los Tratados.

La nueva estabilidad del Consejo Europeo pretende superar la precedente provisionalidad de las presidencias semestrales rotatorias, aunque la nueva presidencia propuesta durante la Convención por algunos de los grandes fue resistida por muchos de los pequeños Estados miembros temerosos del poder de aquéllos y algunos también de un creciente giro intergubernamental de la Unión. Se abre además hacia delante el interrogante de las futuras relaciones del presidente del Consejo Europeo con el de la Comisión, el Alto Representante, el jefe de Gobierno del Estado miembro que presida los Consejos y los demás jefes de Gobierno de los Estados miembros.

3. *El Consejo*

El artículo 16 del TUE-L y los artículos 237 a 243 del TFUE acerca del Consejo recogen sustancialmente las disposiciones del TC, pero matizadas y limadas hasta el límite respecto a la doble mayoría por la Conferencia Intergubernamental de 2007. Modifican sustancialmente las del TCE-N.

El Consejo es una institución de la Unión en la que están representados los Estados miembros por medio de sus Gobiernos, responsables democráticamente ante sus parlamentos nacionales o ante sus ciudadanos (TUE-L art. 10). Está compuesto por un representante de rango ministerial de cada Estado, facultado para comprometer al Gobierno y votar en su nombre.

Las funciones ejercidas por el Consejo, junto con el Parlamento Europeo, serán la legislativa y la presupuestaria. Además las de definición de políticas y de coordinación en las condiciones establecidas en los Tratados (TUE-L art. 16.1). Las diferentes formaciones —modo tradicional de reunión del Consejo— en adelante serán fijadas de nuevo por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, pero quedan ya establecidos y separados el Consejo de Asuntos Generales y el Consejo de Asuntos Exteriores. Con la

excepción de este último, cuya presidencia recae permanentemente en el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, las presidencias de las otras formaciones recaerán en los representantes de los Estados miembros en el Consejo mediante un sistema rotatorio igualitario, siendo desempeñadas durante dieciocho meses por grupos pre-determinados de tres Estados miembros y ejerciéndola durante seis meses cada miembro del grupo. Los trabajos del Consejo seguirán siendo preparados por el Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros y la Secretaría General del Consejo le seguirá prestando asistencia. Cuando el Consejo delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo lo hará en público.

La mayoría simple —mayoría de los miembros que lo componen— y la unanimidad, que las abstenciones no impiden, son modos de decidir del Consejo, pero el general en adelante es la nueva mayoría cualificada, probablemente la mayor innovación de todo el Tratado de Lisboa. No entrará en vigor el 1 de noviembre de 2009, como estipulaba el TC, sino cinco años más tarde, a partir del 1 de noviembre de 2014, cuando pasará a definirse por el doble criterio del 55% de los Estados miembros —incluyendo al menos a quince— y el 65% de la población de la Unión. La minoría de bloqueo exigirá como mínimo cuatro miembros del Consejo. El TUE-L remite al TFUE para otras modalidades reguladoras del voto por mayoría cualificada, a saber, cuando el Consejo no actúa a propuesta de la Comisión o del alto representante, en cuyo caso la mayoría cualificada exigirá al menos el 72% de los Estados miembros que representen como mínimo el 65% de la población o cuando no todos los miembros participen en la votación.

Existe además otra remisión para medidas transitorias al Protocolo 36. Antes de la entrada en vigor de la doble mayoría, es decir hasta el 31 de octubre de 2014, la mayoría cualificada se regulará por el sistema de ponderación de voto del TCE-N ampliado a 27 miembros, pudiendo también cualquiera de ellos pedir la comprobación de que los Estados que constituyen la mayoría cualificada representan al menos el 62% de la población de la Unión, no adoptándose el acto en caso de no cumplirse esta condición. Esta posibilidad seguirá abierta entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017, después de la entrada en vigor de la nueva doble mayoría. Todavía se añade una Declaración 7 con un proyecto de Decisión del Consejo para la aplicación de la doble mayoría entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017, por una parte, e incluso a partir del 1 de abril de 2017 por otra, que en cierto sentido rebaja la constitución de una minoría de bloqueo frenando la adopción de un acto por mayoría cualificada, en tanto se logra una solución satisfactoria dentro de un plazo razonable. Finalmente el Protocolo 9, justificándose en la fundamental importancia de estos últimos acuerdos, establece que antes de que el Consejo estudie cualquier pro-

yecto para modificarlos o derogarlos, el Consejo Europeo deliberará previamente y se pronunciará por consenso.

Esta complicadísima pieza de orfebrería jurídica es en gran parte el producto políticamente posible de las dificultades de la reforma institucional de la UE durante el último decenio y de la lucha de poder y duros regateos intergubernamentales desde la Convención de 2002-03 a la CIG de 2007, reflejando en el fondo las crecientes divergencias entre los Estados miembros de la Unión Europea. A pesar de todo ello se ha acordado y ampliado un sistema de votación de doble mayoría.³⁰ ¿Será suficiente?

El TL afronta algunos de los problemas de la creciente «debilidad operativa del Consejo» como la configuración y coordinación de sus diversas formaciones y las votaciones en un Consejo de 27 miembros, mientras no encara otros como la rendición de cuentas democrática. De todos modos tal vez convenga recordar con Hayes-Renshaw y Wallace que en el futuro puede ser tan importante observar las pautas de evolución y experimentación del Consejo por la vía de la reforma incremental como seguir el impacto de los cambios de reglas formales por explícitas reformas de los tratados.³¹

4. *La Comisión*

Los artículos 17 del TUE-L y 244-250 del TFUE, así como las Declaraciones correspondientes, reproducen literalmente, con algunos ajustes formales y especificación de fechas, los del TC relativos a la Comisión, que modificaban sustancialmente los del TCE-N.

La Comisión promueve el interés general de la Unión: motor de la integración; sólo a propuesta de ella, aunque existen excepciones, pueden adoptarse los actos legislativos y los demás actos según lo establezcan los Tratados. Vela y supervisa la aplicación de éstos y los actos de las instituciones adoptados en virtud de ellos: guardiana del derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia. Ejerce funciones de coordinación, ejecución y gestión, adopta iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión, y asume la representación exterior de ésta, excepto respecto a la

³⁰ Según la Fundación Robert Schuman el Tratado de Lisboa extiende el voto por mayoría cualificada a 33 nuevos artículos, además de los 63 a los que ya se aplica, pero quedan todavía sometidas a la unanimidad áreas sensibles como fiscalidad, seguridad social, política exterior y defensa común (FOUNDATION ROBERT SCHUMAN, *The Lisbon Treaty. 10 easy-to-read fact sheets*, Annex 3 List of the articles coming under qualified majority voting, december 2007, www.robert-schuman.eu).

³¹ Fiona HAYES-RENSHAW y Helen WALLACE (2006 2nd ed.), *The Council of Ministers*, Palgrave Macmillan, Houndmills, p. 344.

política exterior y de seguridad común. Ejerce estas responsabilidades con completa independencia y adopta sus acuerdos por mayoría de sus miembros. Su mandato dura cinco años.

Hasta el 31 de octubre de 2014 la Comisión estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, como hasta ahora, pero incluidos su presidente y el Alto Representante. Desde el 1 de noviembre de 2014 el número de comisarios se reducirá a dos tercios del número de Estados miembros, incluidos el presidente y el Alto Representante. Entonces los comisarios serán seleccionados entre los nacionales de los Estados miembros mediante un sistema rotatorio, enfatizándose repetidamente su estricta igualdad y la posibilidad de tomar en cuenta la diversidad demográfica y geográfica. De acuerdo con estos principios el Consejo Europeo por unanimidad establecerá el sistema de rotación.

Los miembros de la Comisión serán elegidos por su competencia general y su comprometimiento europeo. Se establecen las condiciones para el desempeño de sus cargos y las obligaciones de él derivadas, así como para su posible cese por el Tribunal de Justicia, la dimisión voluntaria o a petición del presidente de la Comisión. Bajo la autoridad de éste ejercerán los comisarios las responsabilidades que les atribuya.

La figura del presidente se ha venido fortaleciendo en el seno de la Comisión. El define las orientaciones, determina la organización interna y nombra vicepresidentes, a excepción del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que será uno de ellos.

El TUE-L modifica significativamente el procedimiento de elección de la Comisión: a) el presidente es elegido por la mayoría de los miembros del Parlamento Europeo, a propuesta por mayoría cualificada del Consejo Europeo, teniendo en cuenta el resultado de las elecciones europeas al Parlamento y tras las consultas apropiadas; b) el Consejo, de acuerdo con el presidente electo, adopta la lista de los potenciales miembros de la Comisión; c) el presidente, el Alto Representante y los potenciales comisarios se someten colegiadamente a la aprobación del Parlamento Europeo; y d) dada ésta, el Consejo Europeo nombra por mayoría cualificada a la Comisión.

Resulta sistemáticamente acertado incluir aquí, como ya lo hacía el TC, la referencia a la moción de censura contra la Comisión, responsable colegiadamente ante el Parlamento Europeo, que es regulada no obstante con mayor detalle en el artículo 234 del TFUE referente a éste.

Desde hacía tiempo había venido señalándose el permanente declinar de la Comisión y cuestionándose su naturaleza.³² La Comisión supranacio-

³² J. PETERSON, *op. cit.*, pp. 72 y 81, respectivamente; Neil NUGENT (2001), *The European Commission*, Palgrave, Houndmills, p.326.

nal ha visto erosionarse su poder político en relación a otras instituciones de la Unión, sin que su deriva presidencial en el TL pueda compensarlo. Sus iniciativas han ido perdiendo audacia y se ha vuelto sobre todo ejecutora de la legislación europea y gestora de políticas, incrementando su faceta administrativa profesional. En esta línea no han faltado ideas ni incluso reformas positivas, que han topado con las susceptibilidades de los Estados según apuntaban en dirección al poder político. Sin embargo, en una Unión Europea con 27 Estados miembros y una deriva intergubernamentalista no parece disminuir —sino al contrario— la función crucial de la Comisión para que se puedan entender y conciliar en la Unión el propio interés y el de ésta como organización de todos ellos. Habrá que ver a partir de 2014 cómo funciona una Comisión en la que no todos los Estados miembros tendrán un comisario.

5. *El Alto Representante*

Desde los orígenes de las Comunidades Europeas se estableció la separación entre la política comercial internacional de éstas, comunitarizada, y otros aspectos de la política exterior de los Estados miembros y de eventuales implicaciones comunitarias. El Acta Única Europea (1986) y el Tratado de la Unión Europea de Maastricht (1992) los acercaron significativamente, pero subsistieron la separación y los problemas de la coherencia de la acción exterior de la UE y de ésta con otras políticas de la misma Unión así como los de su consistencia, dada la brevedad y cambio de las presidencias semestrales. Para afrontarlos el TC creó la innovadora figura del ministro de asuntos exteriores de la Unión, que el Tratado de Lisboa traspone ahora al TUE-L y al TFUE con pocas modificaciones y la misma pretensión fundamental de dotar de coherencia y consistencia a la acción exterior de la Unión, pero le cambia de nombre, a fin de erradicar cualquier apariencia de federalización de la Unión y de constitucionalidad para la reforma institucional.

El llamado en adelante Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR) está puesto «al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión» (TUE-L art. 18), situándose a caballo entre el Consejo y la Comisión o portando, como dicen otros, los dos sombreros. Lo nombra el Consejo Europeo por mayoría cualificada, previa aprobación del presidente de la Comisión. Contribuye a elaborar la política exterior y de seguridad común (pesc) y la política común de seguridad y defensa (pcsd), ejecutándolas como mandatario del Consejo y preside el Consejo de Asuntos Exteriores. Simultáneamente es uno de los vicepresidentes de la Comisión encargándose de las responsabilidades de ésta en el

ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión.

Junto con el Consejo, el Alto Representante vela por el respeto de los principios de la acción exterior de la Unión, así como por su unidad, coherencia y eficacia. Solo o junto con la Comisión plantea cuestiones y presenta iniciativas y propuestas al Consejo. En relación a la política exterior y de seguridad común (pesc), la CIG de 2007 recalcó que ésta será ejecutada por el AR y por los Estados miembros conforme a los Tratados y utilizando los medios nacionales y los de la Unión. El AR representa a la Unión, dirige el diálogo político con terceros y expresa la posición de la Unión (TUE-L art. 27.2). Cuenta con el apoyo de un servicio europeo de acción exterior y están bajo su autoridad las delegaciones de la Unión en terceros países y ante organizaciones internacionales, que cooperarán estrechamente con las misiones de los Estados miembros. Cuando el Consejo Europeo o el Consejo hayan establecido un enfoque común en cuestiones pesc que revistan interés general, el AR y los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros coordinarán su actuación. Desempeña importantes tareas de coordinación de los Estados miembros en las organizaciones y conferencias internacionales y de mediación cuando un Estado miembro se opone a una decisión por mayoría cualificada, tratando de encontrar una solución aceptable para él. En el marco de la pesc, el AR conjuntamente con la Comisión propone al Consejo las medidas necesarias cuando se prevea la interrupción o reducción de relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países o medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales (TFUE art. 215.1). El Parlamento Europeo, a quién deberá informar y consultar, podrá dirigirle preguntas y formularle recomendaciones (TUE-L art. 36).

En relación a la política común de seguridad y defensa (pcsd) el AR propone decisiones al Consejo, bajo cuya autoridad y en contacto con el Comité Político y de Seguridad coordina los aspectos civiles y militares de misiones fuera de la Unión para el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional (TUE-L arts. 42.4 y 43.2). El AR estará asociado al acuerdo de gestión de la misión que se encomiende a un grupo de Estados miembros y también al procedimiento de creación y eventuales adhesiones posteriores a una cooperación estructurada permanente. Finalmente el AR, junto con la Comisión, propone al Consejo la adopción de decisiones sobre la definición de modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad (TFUE art. 222).

El desarrollo de esta nueva figura poderosa que es el AR va a depender de la persona elegida para llevarla a cabo y de sus relaciones con el presidente del Consejo Europeo y el presidente de la Comisión. También y sobre todo con los jefes de Gobierno de los Estados miembros. La CIG de 2007 introdujo las reiterativas Declaraciones 13 y 14, reivindicativas de las

prerrogativas de los Estados miembros y acotadoras de las de las instituciones de la Unión, que no dejan de volver a reflejar al final el talante que comenzó con el cambio de nombre de esta figura. Ya veremos.

6. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas*

El Tribunal de Justicia es un tipo de institución diferente, que ha jugado un rol central en la estructura institucional desde los inicios, habiendo contribuido a precisar el alcance del derecho comunitario y su impacto en el derecho nacional; todo ello con importantes repercusiones políticas.³³ Su triple nivel organizativo (con cambios de nombre), sus competencias y recursos según el Tratado de Niza fueron confirmados por el TC, que introdujo además considerables innovaciones, recogidas íntegramente por el Tratado de Lisboa y plasmadas ahora en los artículos 19 del TUE-L y 251-281 del TFUE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados», está conformado por el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados, que adjuntos al anterior podrán ser creados por el Parlamento y el Consejo según el procedimiento legislativo ordinario. Se constituirá un comité sobre la idoneidad de los candidatos a juez y a abogado general; cada Estado miembro tendrá un juez en el Tribunal de Justicia y al menos uno en el Tribunal General y el número de abogados generales podrá pasar de ocho a once si así lo solicita el propio Tribunal (Declaración 38), uno permanente de cada uno de los seis mayores Estados miembros y cinco a repartirse entre los demás.

El Tribunal es competente para pronunciarse en los recursos de incumplimiento, anulación, omisión, reenvío prejudicial y responsabilidad extracontractual, así como en los demás casos previstos en los tratados, por ejemplo, cláusula compromisoria. No es competente en general en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, excepto en relación a medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas; en cambio recibe una competencia general respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia, con las excepciones de las operaciones llevadas a cabo por la policía y otros servicios coercitivos de un Estado miembro y del ejercicio de las responsabilidades de los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y la seguridad interior; también puede pronunciarse respecto al procedimiento

³³ Kieran ST. CLAIR BRADLEY (2002), «The European Court of Justice», en J. PETERSON y M. SHACKLETON (eds.), *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, pp. 118-119.

—no a las sanciones— en el caso de suspensión a un Estado de determinados derechos de la pertenencia a la Unión por violación de los valores enunciados en el artículo 2 del TUE-L.

Merece mencionarse la desaparición en el Tratado de Lisboa del artículo 6 del TC acerca de la primacía del derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros, pero no desaparece su contenido como lo hace constar la Declaración 17. Se trata más bien de la ocultación vergonzante de un principio muy simbólico —además de real— de la integración europea, lo que patentiza el espíritu actualmente latente, tan lejano de aquellos primeros tiempos en que el Tribunal de Justicia contribuía a construirla con su interpretación teleológica. A pesar de ello el nuevo Tratado refuerza el sistema judicial y pretende mejorar su funcionamiento.

El Tribunal de Cuentas (TFUE arts. 285-287) no experimenta modificaciones de fondo respecto al TC ni al TCE-N. Examina las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión y de cualquier órgano u organismo creado por ésta y presenta al Parlamento y al Consejo una declaración sobre la fiabilidad de las cuentas y la regularidad y legalidad de las operaciones correspondientes. Garantiza una buena gestión financiera. Asiste al PE y al Consejo en su función de control de la ejecución del presupuesto (Sánchez Barrueco).³⁴

7. Otros órganos

«El BCE sigue siendo una institución única y sorprendente ... Los retos que aún afronta para lograr la rendición de cuentas política y la legitimidad sin comprometer su independencia son formidables» (McNamara, 183).³⁵ El Banco Central Europeo (BCE) deviene en sentido estricto institución de la Unión —sin gran entusiasmo por su parte— con el Tratado de Lisboa, que recoge lo dispuesto en el TC. Tiene personalidad jurídica, goza de independencia —subsistiendo empero diferentes sensibilidades entre los Estados miembros sobre su mayor o menor grado—, autoriza en exclusiva la emisión del euro y adopta las medidas necesarias para desempeñar sus cometidos. Sus órganos rectores son el Consejo de Gobierno y el Comité Ejecutivo. Junto con los bancos centrales nacionales constituye el Sistema

³⁴ M.^a Luisa SÁNCHEZ BARRUECO (2006), *El Tribunal de Cuentas Europeo: la superación de sus limitaciones mediante el principio de colaboración institucional*, Tesis doctoral, Universidad de Deusto, Bilbao.

³⁵ Kathleen R. MCNAMARA, (2002) «Managing the Euro: The European Central Bank», en J. PETERSON y M. SHACKLETON (eds.), *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, p. 183.

Europeo de Bancos Centrales (SEBC), dirigido por los órganos rectores del BCE, y cuyo objetivo principal es mantener la estabilidad de precios, apoyando también las políticas económicas generales de la Unión, lo que no siempre resulta fácil de compatibilizar y suscita no pocas discrepancias y debate. Junto con los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro constituye el Eurosistema y dirigen la política monetaria de la Unión (TFUE art. 282). El Protocolo 4 recoge los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

El Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones (TFUE arts. 300-307) son órganos consultivos de la Unión, que asisten al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. El Comité Económico y Social está compuesto por no más de trescientos cincuenta representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores de la sociedad civil y el Comité de las Regiones por no más de trescientos cincuenta representantes de los entes regionales y locales titulares de un mandato electoral o con responsabilidad política ante una asamblea elegida. El Tratado de Lisboa cambia muy poco lo ya previsto en el TC, el cual, aun manteniendo lo sustancial de la organización y funciones dibujadas en el Tratado de Niza, introducía diversas modificaciones y sobre todo daba una mayor relevancia a la relación de ambos comités con el Parlamento Europeo. Éste no sólo podrá consultarles, sino que deberá hacerlo en adelante, como el Consejo y la Comisión, en los casos previstos en los Tratados, y podrá además instar su convocatoria. Además el Comité de las Regiones es ahora habilitado para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de sus propias prerrogativas y contra actos legislativos para cuya adopción el TFUE requiera su consulta (Protocolo 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). Tampoco se va más allá, para decepción de algunos y ante la firme resistencia de otros.

8. *La revisión de los Tratados*

Finalmente la revisión de los tratados establecida por el de Niza fue modificada en profundidad por el TC. Lisboa asume literalmente esa nueva versión en el artículo 48 del TUE-L, con el significativo añadido de la CIG de 2007 acerca del posible aumento o reducción de las competencias de la Unión como finalidad del procedimiento de revisión ordinario. «O sea, una política del “paso a paso” en la que al parecer también cabe el “paso atrás”».³⁶

³⁶ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2007), «Estudio preliminar» al *Texto consolidado del Tratado de Lisboa 2007*, Real Instituto Elcano, Madrid, p. 28.

Según este procedimiento ordinario el Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión pueden presentar proyectos de revisión al Consejo. Si el Consejo Europeo decide por mayoría simple examinar las modificaciones propuestas convoca una Convención —aunque puede no hacerlo si la importancia de las modificaciones no lo justifican—, la cual por consenso adopta y dirige una recomendación a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados (CIG) —ésta es imprescindible en el procedimiento ordinario— a fin de que ellos aprueben de común acuerdo las modificaciones. Para entrar en vigor éstas deberán ser ratificadas por todos los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

El primer procedimiento simplificado de revisión es aplicable a la parte tercera del TFUE (políticas y acciones internas de la Unión), pudiendo el Consejo Europeo adoptar por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, una modificación total o parcial de sus disposiciones, con tal de no aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados. Para entrar en vigor requiere la aprobación de los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales.

El segundo procedimiento simplificado —pasarelas generales— es aplicable al TFUE y al título V del TUE-L (acción exterior de la Unión y pesc). Cuando se disponga que el Consejo se pronuncie por unanimidad o adopte actos legislativos según un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá autorizarle —excepto en el ámbito de la defensa— a pronunciarse por mayoría cualificada o a adoptar actos legislativos de acuerdo al procedimiento legislativo ordinario. Bastará empero la oposición de un solo parlamento nacional para que no prosperen esas autorizaciones.

Teniendo en cuenta los recursos y energías invertidos y los costos políticos y saturación incurridos en el proceso de reforma institucional de la UE desde el Tratado de Maastricht e ininterrumpidamente desde el de Niza hasta el presente Tratado de Lisboa, no parece probable que los Estados miembros ni las instituciones de la Unión quieran embarcarse en los próximos años en un procedimiento de revisión ordinario con una Conferencia Intergubernamental y contingentemente una Convención. Los cambios que el dinamismo y la presión interna y externa requerirán tratarán de afrontarse probablemente mediante los procedimientos simplificados, aislando asuntos y con modificaciones puntuales. Su alcance es limitado y la superación de sus condiciones no fácil. Iremos viendo. Sin embargo, el problema fundamental no parece residir en las estructuras jurídicas.

Conclusión

El Tratado de Lisboa ha cerrado un período de tanteos e incertidumbres y ha reformado las instituciones de la Unión haciéndolas en principio algo más funcionales, más eficaces y en algún sentido más democráticas, pero en su largo proceso de elaboración y entrada en vigor se ha diluido el aliento europeísta tanto de la voluntad política de no pocos Gobiernos como de las preferencias de bastantes ciudadanos y pueblos.

Diecisiete años de esfuerzos reformadores —especialmente intensos en los siete últimos—, abundantes recursos humanos y políticos, superación de innumerables y duros conflictos, la más ingeniosa y sofisticada orfebrería jurídica y flexibilidad hasta el límite han sido necesarios para dar a luz el Tratado de Lisboa y su reforma institucional. No es un ejemplo de eficiencia ni de brillante relación beneficio/coste.

La reforma de Lisboa configura un sistema institucional con una especie de Gobierno de tres niveles (Consejo Europeo, Consejo y Comisión) y relaciones políticamente jerárquicas entre ellos, que desempeña funciones de orientación, dirección, decisión y ejecución. El Parlamento Europeo, por un lado, puede ejercer un control sobre la Comisión mediante la elección de su presidente y la aprobación colegiada de aquella, así como la posibilidad de presentar una moción de censura contra ella, y por otro, controla parcialmente las funciones legislativa y presupuestaria del Consejo —que con él comparte— mediante la extensión del nuevo procedimiento legislativo ordinario y del nuevo procedimiento presupuestario, pero el Consejo Europeo —el verdadero y más poderoso centro de poder— escapa completamente a su control. El control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, que ahora aumenta algo, se ejerce sobre los Estados miembros y las instituciones de la Unión sólo cuando aplican el derecho de ésta, pero incluso ahí quedan fuera aspectos claves. En conjunto, no obstante el mantenimiento de la independencia del Banco Central Europeo, el Tratado de Lisboa acentúa la deriva intergubernamental de la Unión Europea. El proceso y el resultado dejan claro quienes son los verdaderos señores de los Tratados.

El proceso tampoco sale finalmente bien evaluado en términos de democracia, aunque en él participaron numerosos y diversos actores, estuvieron representados diferentes sectores e intereses y las reglas del juego fueron aceptablemente abiertas, sobre todo en el crucial desarrollo que fue la Convención constitucional. Pero en 2005, el rechazo en referéndum al Tratado Constitucional por dos Estados miembros, junto al no sometimiento a ratificación por otros siete, se impuso a la aceptación y voluntad de otros dieciocho Estados y de la mayoría de la población de la Unión. De similar gravedad es el cuestionamiento generado en 2008 por el resultado negativo del referéndum sobre el Tratado de Lisboa de un único Estado miem-

bro, junto a la reticencia de algún(os) otro(s), cuya población es un pequeño porcentaje de los quinientos millones de ciudadanos de la Unión Europea.

Los procesos de elaboración y ratificación del Tratado Constitucional y del rebajado Tratado de Lisboa han evidenciado la divergencia y conflictividad de identidades, intereses, concepciones y proyectos entre y dentro de los Estados miembros, así como la imposibilidad de aceptar un vínculo constitucional común, generador de un creciente «sentimiento nosotros» y de unidad de acción. La notable reforma institucional que trae Lisboa, el funcionamiento cotidiano de las renovadas instituciones de la Unión ¿será capaz de ir supliendo el déficit de «comunidad» entre los europeos y de generar unidad de acción?

La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático

Mathieu Petithomme
Doctorando en Ciencias Políticas
Instituto Universitario Europeo

Sumario: Introducción.—1. Replantear el dilema del déficit democrático.—2. La cualidad de la democracia comunitaria en cuestión: de los ordenamientos jurídicos a la práctica política.—2.1. Un sistema jurídicamente democrático: división de poderes y garantías constitucionales en la UE.—2.2. El desafío de la construcción de una democracia supranacional.—2.2.1. Líneas de fracturas y dinámicas gobierno-oposición.—2.2.2. Elecciones europeas y mandato popular.—3. Oposición política y democracia popular en la Unión.—3.1. Oposición y control político.—3.2. El aislamiento de las élites y la irrelevancia de las vías de contestación popular.—4. La despolitización de la política Europea.—4.1. La fábrica del consenso en los órganos intergubernamentales.—4.2. Una Constitución sin proceso de constitucionalización.—4.3. Las instituciones no-mayoritarias y el dilema del control democrático del proceso político.—Conclusión.

Resumen: Generalmente, los partidos políticos de gobierno tratan de resistir a la politización de los asuntos europeos, excluyéndolos de este modo de la competición política. En cuanto sistema político más allá de los Estados, la cuestión de la democratización de la *politeia* europea se ha planteado recientemente. Sin embargo, a través del lema del déficit democrático, se critica cada vez más el divorcio entre élites y ciudadanos. Este artículo defiende que la relativa exclusión del debate europeo de la línea de competición política tradicional, el eje ideológico izquierda-derecha, ha indirectamente fortalecido un clivaje en torno al eje sociológico «élites europeas-ciudadanos nacionales». El déficit de democracia de la Unión está directamente relacionado con las tendencias crecientes a la despolitización del proceso democrático, y con la construcción progresiva del pilar constitucional europeo sin un refuerzo paralelo del pilar popular. Se trata más de las modalidades con las cuales se ejerce y se controla el poder a nivel europeo que de la extensión de las libertades y de los derechos otorgados a los ciudadanos. No se cuestiona tanto la idea de una Europa unida en sí misma, cuanto la cualidad de la representación política a nivel europeo y la posibilidad de influir y de controlar las decisiones comunitarias. Buena parte del desafío está vinculado con la prevalencia de nuevos modos de gobernación, que tienden a excluir la competición partidista del proceso democrático en provecho de instituciones y mecanismos no-mayoritarios fuera de toda representación convencional y de cualquier responsabilidad electoral.

Palabras claves: Despolitización, déficit democrático, legitimidad, oposición y representación política, instituciones no-mayoritarias.

Abstract: *Political parties in government usually tend to resist to the politicization of European issues, through hollowing out the European dimension from political competition. As a supranational political system, the question of the democratization of the EU political process has only been considered recently. The debates around the notion of democratic deficit have tried to grasp the gradual divorce between elites and citizens. This article defends that the exclusion of European debates from the traditional left-right ideological dimension of political competition has indirectly reinforced the sociological cleavage between European elites and national citizens. The democratic deficit of the European Union is directly related with the tendencies to depoliticize the democratic process, and with the progressive construction of a European constitutional pillar without the parallel institutionalization of a popular pillar. The debate is more linked with the modalities of exercise and of control of political power at the European level, than with the extension of the rights and liberties of European citizens. Moreover, it is not the idea of a united Europe which is generally contested, but rather, the quality of political representation at the EU level and the possibilities to influence and control European policies. A great deal of the dilemma has to do with the prevalence of new modes of governance which tend to exclude political competition from the democratic process to the benefits of non-majoritarian institutions and mechanisms which remain apart from conventional representation and electoral responsibility.*

Keywords: *Depoliticization, democratic deficit, legitimacy, political opposition and representation, non-majoritarian institutions.*

Introducción

¿Cómo se puede entender el hecho de la formulación de crecientes críticas sobre las modalidades de la construcción europea cuando paradójicamente el soporte de la idea de una Europa unida permanece bastante consensual? ¿Cómo explicar que los ciudadanos valoren mucho la democracia, la consideran como el mejor sistema político existente, cuando al mismo tiempo son cada vez más escépticos ante el funcionamiento real de las instituciones democráticas comunitarias? El propósito principal de este artículo es formular una vía de reflexión divergente de las interpretaciones más habituales sobre la crisis del proceso de integración europea y el dilema del déficit democrático. A nuestro juicio, los referéndum de 2005, los rechazos irlandeses en 2001 y 2008, y lo que se ha ido interpretando como la consecuencia «parálisis» de la Unión no ilustran exclusivamente un euroescepticismo negativo, sino al contrario una voluntad de reapropiación, de po-

litización de las cuestiones europeas por parte de los ciudadanos, porque estos asuntos se han quedado generalmente al margen del debate público. Del mismo modo, el importante grado de consenso entre los partidos de gobierno ha dejado atrás, fuera de toda competición política, los debates potenciales entorno al *contenido* de las políticas de la Unión. En otros términos, el hecho que los ciudadanos europeos estén consensualmente a favor de la idea de integración europea no impide sin embargo que se empiece paralelamente a politizar el contenido de las políticas comunitarias, a cuestionar los procesos de toma de decisión o la dirección general del proyecto europeo. Nuestra tesis pone de relieve cómo los ciudadanos valoran los derechos constitucionales otorgados por el carácter democrático de la UE, pero cuestionan cada vez más la debilidad del pilar popular de las instituciones de la UE. El presente artículo emprende una reflexión teórica sobre la naturaleza del sistema político europeo, tratando en primer lugar de replantear el desafío del déficit democrático de la Unión Europea a la luz de la noción de despolitización. En una segunda parte, se debatirá sobre la representación política en el seno de la Unión, así como sobre la posibilidad de ejercer una oposición política a lo largo del tercer apartado. El artículo concluirá demostrando el papel de los mecanismos de negociación consensual, de las convenciones y de las instituciones no-mayoritarias en la creciente marginalización de la competición política de la toma de decisiones a nivel europeo. La argumentación de este modo construida nos permitirá en última instancia abrir nuevas pistas de reflexión sobre la crisis de legitimidad popular de las instituciones y del proyecto europeo.

1. Replantear el dilema del déficit democrático

Desde la existencia de los estudios europeos, se ha escrito mucho sobre el sistema institucional europeo, la génesis de su construcción y sus principales pautas de funcionamiento. Durante mucho tiempo, el carácter democrático de la Unión no se ha puesto en cuestión. Dos argumentos principales permitían sostener la escasez de investigaciones precisas sobre el tipo de democracia que en la práctica real caracterizaba a la UE. Por un lado, unos defendían que la integración europea era ante todo *un proceso*, y que como tal, no hacía falta cuestionar su carácter democrático, porque siempre progresa, democratizándose gradualmente hasta un tipo de democracia avanzada moderna.¹ Por otro

¹ Sobre este asunto, parece fundamental recordar la visión «elitista» de los padres fundadores de la UE, y antes de todo, la de Jean Monnet. Aunque no se puede negar sus visiones precursoras y su voluntad política, es también cierto que Monnet tenía una visión peculiar de la integración. La inclusión de los ciudadanos en el proyecto europeo conformaba un asunto

lado, muchos trabajos han puesto énfasis en el carácter original y sin precedentes del sistema europeo, subrayando sus rasgos supranacionales y post-modernos para defender la imposibilidad de su comparación con ningún sistema político existente.² La UE, en cuanto democracia *más allá* de los Estados, era considerada de manera peculiar, y por consiguiente, la cuestión de la democratización de sus instituciones ni siquiera se planteaba.

Sin embargo, numerosos factores justifican la necesidad de explorar de manera más precisa la naturaleza del sistema democrático europeo. En efecto, desde la caída del muro de Berlín en 1989 y el progreso de la «tercera ola de democratización», la democracia ha triunfado, y ahora más que nunca parece constituir el único sistema político deseable.³ Mientras en los años sesenta, el debate teórico se focalizaba en la *cantidad de democracias* en el mundo y la caracterización de los distintos tipos de regímenes autoritarios, ahora, el interés mayor lo encontramos en torno a la cuestión de la *cualidad de la democracia*. En otras palabras, se trata de diferenciar niveles de democratización, desde un nivel mínimo caracterizado por la obtención de derechos cívicos y de igualdad de oportunidades hasta una dimensión mayor de obtención de derechos sociales y de participación ciudadana en los asuntos públicos.⁴ El

secundario para él. Lo que importaba principalmente era crear mecanismos «funcionales» para permitir resolver problemas complejos a nivel supranacional. Con ese fin, se requería una vanguardia compuesta de élites europeas que decidirán actuar por el bien común a nivel europeo. De hecho, la idea de crear instituciones supranacionales independientes y fuera del control popular (tal como la Comisión Europea o el Banco Central Europeo) tiene raíces históricas en esa convicción de que tomar orientaciones de largo plazo a nivel europeo requiere nuevos mecanismos de regulación política que puedan quedar fuera de los ciclos electorales. Sobre este asunto, ver K. FEATHERSTONE, «Jean Monnet and the Democratic Deficit in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, no. 1, 1994, pp. 149-70.

² Edgar Grande y Jürgen Habermas pueden ser considerados como dos pensadores «post-soberanía» importantes. Según ellos, el sistema de la UE es *de facto* «cuasi-constitucional» en el sentido que (1) las instituciones europeas tienen un poder real de tomar directivas y regulaciones que se imponen a los Estados miembros; (2) los tratados europeos no son exógenos a las realidades constitucionales nacionales, sino al contrario, a través de los compromisos entre Estados miembros para llegar a su adopción, reflejan generalmente los diferentes rasgos de las Constituciones nacionales. Cf. J. HABERMAS, *Après l'état-nation: La Constellation Post-nationale*, Paris, Fayard, 2000; J. HABERMAS, «The European Nation State: On the Past and the Future of Sovereignty and Citizenship», *Public Culture*, vol. 10, no. 2, 1998, pp. 397-416; E. GRANDE, «Post-National Democracy in Europe», en M.T. GREVEN y L.W. PAULY (eds.), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman y Littlefield, 2000, pp. 115-38. Ver, también, U. BECK y E. GRANDE, *Pour un Empire Européen*, Paris, Flammarion, 2004.

³ S.H. HUNTINGTON, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Buenos Aires, Paidós, 1994. Sobre algunos análisis críticos del «triunfo de la democracia», véase, por ejemplo, M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 176-98.

⁴ R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago & London, Chicago University Press, 2006 [1963], pp. 5-33.

problema del «déficit democrático» parece tan difícil de solucionar debido a la existencia de un acuerdo sobre la naturaleza del problema a resolver, pero no hay acuerdos sobre cuáles serían los medios apropiados para hacer frente a este dilema.⁵ Teniendo en cuenta que no prevalece un acuerdo sobre la propia definición de la democracia a nivel europeo, el debate no se focaliza solamente sobre las reformas necesarias para fortalecer la democracia, sino que también está centrado en la cuestión del impacto efectivo de una determinada reforma sobre el carácter democrático de la Unión.

No obstante, como lo recuerda María Jesús Cava Mesa, hace ya más de un decenio que el constitucionalista francés Maurice Duverger denunciaba el impacto de la *metamorfosis inacabada*, de la pérdida de legitimidad del poder político en las sociedades europeas.⁶ Las propias instituciones europeas parecen cada vez más conscientes del desafío. Por ejemplo, tratando de responder a numerosas críticas, la Conferencia Intergubernamental de 1996 creó un «Grupo de Reflexión» con la ambición de buscar soluciones prácticas para reducir el abismo existente entre la Unión y los ciudadanos. Las propuestas de dicho grupo fueron muy modestas y con escaso enfoque institucional. Fueron también substancialmente renegociadas en las posteriores versiones del texto inicial, subrayando la falta de consenso entre los Estados miembros. Las propuestas se limitaban a subrayar la necesidad de promover una mayor «transparencia» de las decisiones comunitarias y de simplificar los procedimientos de toma de decisión.⁷ De este modo, los rechazos del proyecto de Tratado Constitucional Europeo por franceses, holandeses e irlandeses no deben solamente interpretarse como votos de sanción o votos de protesta contra el gobierno nacional, sino también cómo síntomas de una debilidad más amplia del pilar popular europeo. Se crítica sintientemente el divorcio entre élites europeas y ciudadanos así como el importante margen de autonomía de los gobiernos nacionales a la hora de actuar a nivel europeo. También, se ha criticado la deriva hacia la predominancia del intergubernamentalismo.⁸

Sobre este asunto, recientes estudios empíricos han demostrado como el nivel europeo conforma una estructura de oportunidad favorable para

⁵ Sobre el particular, *vid.* S. CABALLERO SANZ, «Algunos signos de déficit democrático en el Tratado Constitucional Europeo y en su Carta de Derechos Fundamentales», en AA.VV., *La Constitucionalización del proceso de integración europea*, Escuela Diplomática, Madrid, 2005, pp. 273-89.

⁶ MJ. CAVA MESA, «Presentación: ¿Éxito o fracaso de la UE? Commemoración del 50 aniversario de los Tratados de Roma», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 11.

⁷ «Reflection Group Report», en *Intergovernmental Conference 1996* (ed.), Secretariado General del Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 1996, pp. 11-86.

⁸ E. LINDE PANIAGUA, «¿Qué queda de la Constitución Europea?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 91.

que los gobiernos nacionales puedan *indirectamente* soportar la adopción de políticas que no podrían imponer *directamente* en el nivel nacional por razón de una potencial oposición política doméstica.⁹ Sin embargo, lejos de repensar las modalidades de participación y de representación política de la UE, la única respuesta dada por la Comisión Europea desde los «chocques» de mayo y de junio de 2005 ha sido tratar de renovar una vez más el antiguo lema de mayor transparencia, de cercanía al día a día de las preocupaciones cotidianas de los ciudadanos europeos. Como es bien sabido, la Comisión Europea aprobó en octubre de 2005 el denominado Plan «D», *Democracia, Diálogo, Debate*, un plan supuestamente orientado «hacia el acercamiento al ciudadano para tratar de vencer el europesimismo y tratar de ganar su colaboración».¹⁰ Por ejemplo, la Comisión proponía «profundizar un discurso que ponga de manifiesto las ventajas concretas que aporta la pertenencia a la UE». Por lo tanto, defendemos que el problema del déficit democrático no refleja solamente un problema de comunicación política ineficiente, sino sobre todo, pone de manifiesto las tendencias a la despolitización de los asuntos europeos en el nivel nacional y de la toma de decisión en el nivel europeo.

En el pasado, cuando se pidió a los ciudadanos dar su aprobación al proyecto europeo, siempre se dio un acuerdo tácito. En los casos en los cuales tales demandas no fueron satisfechas por parte de la élite política, tal como ocurrió en 1992 en Dinamarca y en Irlanda en 2001, la cuestión del referéndum fue de nuevo propuesta con el fin de que los ciudadanos aprobaran finalmente el proyecto en cuestión. Algunos autores han defendido que «desde el Acta Única y el Tratado de Maastricht, la UE ha emprendido un camino irreversible hacia la democratización de sus métodos de decisión».¹¹ Al contrario, en coherencia con estudios recientes, defenderemos que de una manera general, el acuerdo de los ciudadanos a favor del progreso de la integración no ha sido explícitamente solicitado.¹² La ampliación progre-

⁹ Véase T. RAUNIO, «Why European Integration Increases Autonomy within Political Parties», *Party Politics*, vol. 8, no. 4, 2002, pp. 405-22; T. POGUNTKE, N. AYLOTT, R. LADRECH y K.R. LUTHER, *The Europeanization of National Political Parties. Power and Organizational Adaptation*, London, Routledge, 2007; I. BRUNO, S. JACQUOT y MANDIN, «L'eupéanisation saisie par son instrumentation: benchmarking, gender mainstreaming et MOC... boîte à outils ou boîte de Pandore?», en B. PALIER, Y. SUREL et al., *L'Europe en action. L'eupéanisation dans une perspective comparée*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 217-43.

¹⁰ JJ. ÁLVAREZ RUBIO, «Los costes de la no Europa: realizaciones concretas y retos presentes del proyecto Europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 27.

¹¹ JA. NIETO SOLÍS, «Logros del proceso de integración europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, pp. 93-110.

¹² Para una crítica del estado contemporáneo de la Unión, Cf. C. TAIBO (2004), *No es lo que nos cuentan. Una crítica a la Unión Europea realmente existente*, Madrid, Ediciones B.

siva del procedimiento de codecisión ciertamente ha reforzado los poderes del Parlamento Europeo y su capacidad de presionar a la Comisión Europea, pero no ha resuelto de ningún modo el problema de la representación y de las escasas posibilidades de control político de las decisiones europeas. Siguiendo a Ramón Torrent, parece que la crisis de la UE «viene de bastante lejos», por lo menos de los años 80, porque «desde la perspectiva de los ciudadanos y de la opinión pública en su conjunto, tendía a consolidarse un foso también cada vez más amplio y profundo entre ellos y el proceso de integración. El *petit oui* francés en el referéndum del Tratado de Maastricht habría debido servir de señal de alerta mucho más aún que el «no» danés. Más allá de los resultados electorales bastaba un mínimo de perspicacia y sensibilidad para comprobar un malestar creciente».¹³

Así, durante varias décadas, las élites políticas europeas asumieron la existencia de un consentimiento popular.¹⁴ Teniendo en cuenta que no se contestaba realmente la oportunidad de la integración, esta última proseguía gradualmente su camino. Este fenómeno sociopolítico fue conceptualizado como un «consenso permisivo»: había *consenso* en el sentido en que de manera general las élites políticas europeas en el poder estaban de acuerdo en continuar la integración, y era *permisivo* en el sentido que altos niveles de confianza en el personal político permitían defender la legitimidad de sus decisiones.¹⁵ Sin embargo, desde la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, parece que el consenso permisivo ha ido deshaciéndose en varios países, mientras en otros la oportunidad de la integración europea permanece bastante consensual. En los nuevos estados miembros, las actitudes positivas se explican en gran medida por los beneficios concretos que la adhesión ha aportado. Carlos Flores Juberías ha enfatizado de un modo interesante como el 83% de quienes votaron «no» a la Constitución Europea en Francia «opinaban que la pertenencia a la Unión es una buena cosa», y el 66% de quienes votaron «no» incluso «lo hicieron pensando que el Tratado Constitucional es imprescindible para proseguir en la construcción europea».¹⁶ Del mismo

¹³ R. TORRENT, «¿Cómo se engendró en los años 1980 la crisis del proceso de integración europea que ha estallado en los años 2000?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 160.

¹⁴ Richard Katz ha demostrado que las élites europeas presentan generalmente actitudes específicas que se diferencian de las perspectivas de los ciudadanos. De este modo, si se asume incondicionalmente que un consentimiento popular existe, se arriesga crear un problema constante de representación y de legitimidad de las decisiones comunitarias. Cf. R.S. KATZ, «Models of Democracy: Elite Attitudes and the Democratic Deficit in the European Union», *European Union Politics*, vol. 2, no. 1, 2001, pp. 53-80.

¹⁵ P. MAIR, «Political Opposition and the European Union», *Government and Opposition*, vol. 42, no. 1, 2007, pp. 1-17.

¹⁶ C. FLORES JUBERÍAS, «Antieuropeísmo y euroescepticismo: el estado de la cuestión después de la ampliación hacia el Este», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º. 33/2005, p. 55.

modo, «los holandeses dejaron patente que aunque ellos tampoco tenían intención de reconsiderar su pertenencia a la Unión Europea (el 82% sigue considerándola positiva), era muy críticos con algunas de las instituciones europeas [...] y en todo caso desearían que la Constitución pusiera un mayor énfasis en los aspectos sociales».¹⁷ Al final, se puede decir que se criticaba más el rumbo actual del proceso de construcción europea que la Unión en sí. Tal como lo veremos en el apartado siguiente, a través de las críticas con respecto a la cualidad de la democracia comunitaria, no se cuestiona tanto los derechos otorgados y protegidos por la Unión ni tampoco la viabilidad de sus ordenamientos jurídicos, sino las modalidades con las cuales se ejerce y se controla el poder político.

2. La cualidad de la democracia comunitaria en cuestión: de los ordenamientos jurídicos a la práctica política

Uno de los principales problemas a los que se debe enfrentar la democracia a nivel europeo es, como hemos subrayado, la ausencia de «contramodelos» con los que se podría comparar. En efecto, la UE no es una *confederación de Estados* o un *régimen político internacional*. En tanto que confederación significaría que los Estados conservarían sus prerrogativas principales y serían libres de entrar o salir de la asociación, lo que no es el caso. Las cooperaciones entre Estados miembros y los poderes de regulación de la UE son del mismo modo demasiado importantes para permitir caracterizar la Unión como una institución internacional clásica. Tampoco la UE es una *federación* porque sus entidades constituyentes no desean formar parte de un «super-Estado». En cambio, la toma de decisiones en la UE combina dos niveles complementarios, dimensiones territoriales y sectoriales que reparten el poder entre las instituciones comunitarias, los Estados miembros y las entidades sub-nacionales. Como consecuencia, la UE es cada vez más caracterizada como un «sistema político de múltiples niveles».¹⁸

Hasta el momento, no existe otro tipo de democracia a nivel supranacional y por consiguiente estamos obligados a comparar la democracia europea con su referente más cercano, la democracia nacional. Sin embargo, tal como lo defiende Yves Mény, no es posible *objetivar* nuestras democracias nacionales ya que construir una democracia es por definición un «proceso en

¹⁷ C. FLORES JUBERÍAS, *ibid.*, p. 56.

¹⁸ M. JACHTENFUCHS, «Theoretical Perspectives on European Governance», *European Law Journal*, vol. 2, no. 1, 1995, pp. 115-33.

constante evolución».¹⁹ Las democracias se han construido gradualmente por adición de características. Una democracia no conforma un bloque institucional coherente impuesto en un momento dado, sino un conjunto de factores y prácticas diferentes añadidos con el paso del tiempo. De este modo, parece que el desafío principal de la construcción progresiva de mecanismos y procedimientos democráticos a nivel europeo está relacionado con la dificultad de establecer equilibrios entre la *independencia* de las instituciones europeas y su *responsabilidad política*.²⁰ Se trata también de un dilema central entre la exigencia de eficiencia de las políticas públicas y el requisito de participación ciudadana.²¹ Así, sea cual sea la norma utilizada para caracterizar el sistema democrático europeo, debemos recordar que varios siglos han sido necesarios para construir el tipo de democracia vigente a nivel nacional. A pesar de todas las posibles críticas, la construcción de una democracia a nivel europeo continúa siendo una trayectoria históricamente nueva y en persistente mutación.

2.1. *Un sistema jurídicamente democrático: división de poderes y garantías constitucionales en la UE*

Se podría perfectamente sostener que el sistema político europeo es democrático porque sus fundamentos constitucionales permiten un equilibrio de poderes y garantizan legitimidad. De hecho, es el argumento principal de los defensores de la teoría «liberal inter-gubernamental». En efecto, si uno se focaliza sobre el pilar jurídico, subrayando los derechos, deberes y las garantías otorgadas por el sistema institucional de la Unión, es difícil negar su carácter democrático.²² Los ejes ejecutivo, legislativo y judicial de la

¹⁹ Y. MÉNY, «De la Démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges», *Journal of Common Market Studies*, vol. 41, no. 1, 2002, p. 10.

²⁰ T. CHRISTIANSEN, «Legitimacy Dilemmas of Supranational Governance: the European Commission between Accountability and Independence», en A. WEALE y M. NEUTWICH (eds.), *Political Theory and the European Union: Legitimacy, Constitutional Choice and Citizenship*, London, Routledge, 1998, pp. 43-71.

²¹ R. DAHL, «A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation», *Political Science Quarterly*, vol. 109, no. 1, 1994, pp. 23-34.

²² Sobre este asunto, S. GUSTAWSON, «Defending the Democratic Deficit», en A. WEALE y M. NEUTWICH (eds.), *Political Theory and the EU: Legitimacy, Constitutional Choice and Citizenship*, London, Routledge, 1998, pp. 32-53. Sobre la teoría liberal intergubernamental, véase A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, Cornell University Press, 1998; A. MORAVCSIK, «In Defence of the “Democratic Deficit”: Reassessing Legitimacy in the EU», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, no. 4, 2002, pp. 603-24; A. MORAVCSIK y K. NICOLAIDIS, «Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence, Institutions», *Journal of Common Market Studies*, vol. 37, no. 1, 1999, pp. 598-425.

Unión permiten prevenir abusos de poderes por parte de las instituciones y dan, asimismo, la posibilidad al ciudadano europeo de vivir libremente, con derechos de expresión, participación y contestación.

Primero, el ejecutivo europeo es indirectamente representativo por medio de los ejecutivos nacionales. Paralelamente a los ejecutivos nacionales, la Comisión Europea juega un papel de iniciativa legislativa pero también de co-decisión con el Parlamento Europeo. Los ciudadanos pueden indirectamente influir en la determinación de sus miembros a través de la elección del color político de sus presidentes y de sus gobiernos nacionales. Son ellos quienes nominan a los comisarios europeos a quienes será adjudicado un puesto en la Comisión. La conjunción de los distintos comisarios nominados nacionalmente y el reclutamiento sobre concurso público de funcionarios europeos conforma el carácter especial del poder tecnocrático comunitario, compuesto por representantes de los veintisiete Estados miembros. Por su parte, a través de la elección de su presidente y del conocimiento del proyecto europeo que presenta su partido, el ciudadano puede anticipar la futura política europea que será puesta en práctica por su país. Según el color político del presidente elegido por sufragio universal, el ciudadano elige a este último para que ejerza una cierta política europea en el ámbito del Consejo de Ministros Europeos.

Segundo, a simple vista, el carácter democrático del eje legislativo parece aún más claro. Cuando la capacidad del ciudadano de influir sobre el pilar ejecutivo europeo es ante todo indirecta, el poder legislativo, mediado por el Parlamento Europeo, parece beneficiarse de una legitimidad popular mayor. En efecto, las elecciones europeas tienen lugar cada cinco años, permitiendo al ciudadano elegir directamente a sus representantes mediante sufragio universal. Como en cualquier elección, los candidatos deben presentar sus programas y el ciudadano puede elegir el partido que representará potencialmente sus aspiraciones en el seno del Parlamento Europeo. En teoría, a través del eje legislativo, no solamente la UE otorga derechos, sino que garantiza también oportunidades de participación.

Finalmente, el poder judicial representado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) funciona como un tipo de Tribunal Supremo en el sentido que sus decisiones se sitúan a un nivel superior con respecto a las de los tribunales nacionales en la jerarquía de las normas jurídicas.²³ Con el paso del tiempo, el TJCE ha formulado normas comunitarias originales. Con el principio de *subsidiariedad*, las normas judiciales europeas han ido imponiéndose a los Estados miembros, creando de hecho un nivel su-

²³ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of the European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

perior de protección para el ciudadano. Por ejemplo, después de todos los recursos judiciales ante sus Tribunales nacionales, en última instancia, el sistema europeo permite al ciudadano hacer valer un recurso ante el TJCE. Si un individuo considera que sus derechos fundamentales son puestos en peligro por la legislación de su Estado nacional, puede echar mano del TJCE para defender sus intereses. Además, la jurisprudencia del TJCE ha creado el principio del *efecto directo* que implica la transposición obligatoria del derecho comunitario en el nivel nacional.²⁴ Así, sin darnos cuenta, buena parte de nuestras legislaciones nacionales son, de hecho, directamente derivadas del derecho comunitario, que debe automáticamente ser transferido en nuestros órdenes jurídicos nacionales.²⁵ Indirectamente, el predominio del eje ejecutivo en la promoción de la integración tiene como consecuencia que los Parlamentos nacionales no puedan controlar las decisiones de carácter legislativo tomadas por el Consejo de Ministros y el Consejo Europeo.²⁶ De hecho, algunos caracterizan la Unión como un orden político «neo-constitucional».²⁷ En consecuencia y a la luz de estos elementos, se puede defender el carácter democrático del sistema institucional europeo y las garantías elaboradas para la defensa de los intereses del ciudadano. No obstante, varios elementos contribuyen a limitar la validez de la argumentación elaborada previamente, demostrando los nuevos desafíos que debe enfrentar el sistema europeo de representación política.

²⁴ A.M. BURLEY y W. MATTLI, «Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organization*, vol. 47, no. 1, 1993, pp. 41-76.

²⁵ Para los trabajos clásicos de la teoría de la integración europea a través del derecho, véase: C. JOERGES, «Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration», *European Law Journal*, vol. 2, no. 2, 1996, pp. 105-35; J. WEILER, «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, 1991, pp. 2405-83; D. WINCOTT, «Political Theory, Law and the European Union», en J. SHAW y G. MORE (eds.), *New Legal Dynamics of the European Union*, Oxford, Clarendon, 1995, pp. 293-311.

²⁶ Por ejemplo, Nicolas Sauger y Emiliano Grossman han demostrado cómo el Parlamento francés no tiene muchos poderes ni tampoco goza de numerosos mecanismos institucionales que le permiten controlar los asuntos comunitarios y las decisiones tomadas por el ejecutivo en el ámbito europeo. Cf. E. GROSSMAN y N. SAUGER, «Political Institutions under Stress? Assessing the Impact of European Integration on French Political Institutions», *Journal of European Public Policy*, vol. 14, no. 7, 2007, pp. 1117-134.

²⁷ J.H. WEILER, «European neo-Constitutionalism: In search of Foundations for the European Constitutional Order», *Political Studies*, vol. 44, no. 1, 1996, pp. 517-33.

2.2. El desafío de la construcción de una democracia supranacional

2.2.1. LÍNEAS DE FRACTURA Y DINÁMICAS GOBIERNO-OPOSICIÓN

En primer lugar, se puede demostrar que más allá de la legitimidad teórica del poder ejecutivo europeo, en la práctica real, el ciudadano tiene poca posibilidad de influencia. De hecho, los presidentes de gobiernos nacionales son elegidos en función de sus posicionamientos políticos con respecto a situaciones y cuestiones nacionales pero no directamente en función de su política europea potencial. Asimismo, Hooghe y Marks han demostrado que lo que distingue a los partidos políticos nacionales con respecto a la integración europea no es tanto el hecho de pertenecer a la izquierda o a la derecha, sino, el hecho de ubicarse en el *centro* del eje político (partidos de gobiernos) o a la periferia (partidos menores o de chantaje).²⁸ Según esta teoría, sería en primer lugar el grado de polarización de un partido político definido lo que podría explicar su posicionamiento con respecto a la integración europea, siendo los partidos de gobierno generalmente favorables a la UE, mientras que los partidos menores son más escépticos.²⁹ Teniendo en cuenta que la política europea siempre ha estado dominada por los partidos de gobierno (centro-izquierda y centro-derecha) y que como consecuencia, los representantes de los partidos de *chantaje* no están generalmente presentes en la sede del ejecutivo europeo, el tradicional eje izquierda-derecha pierde parte de su valor en la conceptualización del sostenimiento a la integración europea en provecho del eje centro-extremo. De este modo, un argumento perfectamente razonable sería subrayar que los miembros de la Comisión Europea, estando sistemáticamente nominados por los partidos de gobierno, representan la visión general de la élite política europea, caracterizada por un consenso *quasi* incondicional en favor de perseguir la integración. Dicho de otro modo, que el ciudadano vote al centro-izquierda o al centro-derecha en sus elecciones generales nacionales no generará por lo tanto un cambio sustancial de política en el nivel europeo. Potencialmente, cambiarán los temas politizados y las prioridades de la agenda política (por ejemplo, sobre la inmigración, la unión económica o la consecución de una defensa europea, de políticas sociales al nivel supranacional...), pero no cambiará sin

²⁸ L. HOOGHE, G. MARKS y C.J. WILSON, «Does left/right structure party positions on European integration?», en G. MARKS y MR. STEENBERGEN (ed.), *European Integration and Political Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 235-60.

²⁹ Del mismo modo, ha sido demostrado que generalmente, los simpatizantes de partidos de izquierda son más favorables a la integración europea que los apoyantes de los partidos de derecha. Cf. C. BELOT y B. CAUTRÈS, «L'Europe, Invisible mais Omniprésente», en B. CAUTRÈS y N. MAYER (ed.), *Le Nouveau Désordre Electoral. Les Leçons de 21 avril 2002*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 131.

embargo la visión general de la élite según la cual la UE es democrática, por lo tanto, no necesita reformar su funcionamiento institucional.

Peter Mair ha añadido una dimensión suplementaria a la comprensión de la dinámica gobierno-oposición en los sistemas de partidos europeos. En efecto, en un famoso artículo, ha defendido que nos enfrentamos a una evolución importante de los partidos políticos. Inicialmente, podían ser conceptualizados como «partidos de masas» en los cuales la importancia del partido derivaba del número de sus militantes y de la «masa crítica» formada por el apoyo popular que podía movilizar. Se ha considerado que las cúpulas burocráticas de los partidos se han desvinculado progresivamente de sus militantes y de sus electores, transformándoles en «*catch-all party*». Estos últimos se caracterizan por una voluntad de aproximar su discurso político al centro con el fin de atraer al elector medio. Lo importante no sería tanto las fuerzas «organizacionales» del partido sino su estrategia mediática. Según Mair, hoy en día asistiríamos a una tercera transformación con la aparición del «partido cartel» que caracterizaría la tendencia de los partidos de gobierno a utilizar las oportunidades y recursos institucionales del Estado para reforzar sus dominios políticos en detrimento de los partidos secundarios que se quedarían fuera del cartel.³⁰ Así, a nivel europeo, el relativo consenso entre las élites genera una cierta despolitización de la política europea. De hecho, las élites políticas pueden gobernar sin mandato o control popular de sus decisiones, lo que constituye una diferencia fundamental con la práctica política tradicional a nivel de los estados. A nivel nacional, cuando la actuación de un gobierno dado es contestada por los ciudadanos, estos últimos pueden ejercer presiones, y en última instancia, sancionarle en las elecciones siguientes. A nivel europeo, tal posibilidad aún está por construirse.

2.2.2. ELECCIONES EUROPEAS Y MANDATO POPULAR

En segundo lugar, con respecto al eje legislativo, semejantes problemas de legitimidad parecen existir. Se puede insistir sobre las tendencias al consenso entre los partidos de gobierno a nivel ejecutivo europeo en el sentido de que en muchos casos, se trata de defender el *interés nacional* antes del *interés partidario*.³¹ A nivel del Consejo de Ministros, cada país trata de

³⁰ R.S. KATZ y P. MAIR, «Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party», *Party Politics*, vol. 1, no. 1, 1995, pp. 5-28; M. BLYTH y R.S. KATZ, «From Catch-all Politics to Cartelization: the Political Economy of the Cartel Party», *West European Politics*, vol. 28, no. 1, 2005, pp. 33-60.

³¹ V.A. SCHMIDT, «The European Union: Democratic Legitimacy in a Regional State?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 42, no. 5, 2004, pp. 983-97.

defender sus intereses nacionales a través de su gobierno, trata del mismo modo de obtener una mayor representación o una repartición satisfactoria del pagamiento del presupuesto comunitario.³² Luego la línea de fractura principal no es por lo tanto una línea ideológica sino nacional, porque la naturaleza comunitaria de la Unión origina una competición entre los Estados miembros para la obtención de un mayor poder de influencia sobre el proyecto europeo. El voto por mayoría simple o por mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, añadido con la falta de transparencia y la prevalencia de compromisos informales en las deliberaciones de esta institución, influye negativamente sobre el control potencial ejercido por los Parlamentos Nacionales.³³ Teniendo en cuenta que la institución paradigmática de cualquier sistema representativo es el Parlamento, ha progresado la convicción de que «el desafío principal de la Unión es la actual imposibilidad de crear una verdadera base parlamentaria para la democracia a nivel europeo».³⁴ De hecho, tanto los Parlamentos nacionales como las federaciones de partidos a nivel europeo no gozan de un poder real de control y de influencia sobre las decisiones en el Consejo de Ministros.

Es verdad que los parlamentarios europeos son elegidos por sufragio universal, pero es también verdad que las elecciones europeas son consideradas como «elecciones de segundo orden», en el sentido que se caracterizan por una escasa participación política y que sus resultados están generalmente determinados por las situaciones políticas nacionales del momento.³⁵ Tal como han sugerido Van der Eijk y Franklin, parece que «el déficit democrático al que se enfrentan los miembros del Parlamento Europeo es la consecuencia del hecho que las elecciones europeas se juegan principalmente sobre asuntos políticos nacionales y no sobre asuntos verdadera-

³² J. THOMASSEN y H. SCHMITT, «Introduction: Political Representation and Legitimacy in the European Union», en H. SCHMITT y J. THOMASSEN (eds.), *Political Representation and Legitimacy in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 4.

³³ S. WILLIAMS, «Sovereignty and Accountability in the European Community», in R.O. KEOHANE y S.H. HOFFMAN (eds.), *The New European Community: Decision Making and Institutional Change*, Boulder, Colorado, Westview, 1991.

³⁴ S.S. ANDERSEN y K.A. ELIASSEN, «Introduction: Dilemmas, Contradictions and the Future of European Democracy», en S.S. ANDERSEN y K.A. ELIASSEN (eds.) *The European Union: How Democratic is It?*, London, Sage, 1996, p. 3.

³⁵ Sobre este modelo conceptualizado en los años 80 por Reif and Schmitt, Cf. K. REIF y H. SCHMITT, «Nine second order national elections: a conceptual framework for the analysis of European election results», *European Journal of Political Research*, vol. 8, no. 1, 1980, pp. 3-44; M. FRANKLIN, M. MARSH y L. MACLAREN, «Uncorking the bottle: popular opposition to European unification in the wake of Maastricht», *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, no. 4, 1994, pp. 124-56; N. SAUGER, «Voter “oui” en France le 29 mai 2005», en J. MARCET (ed.), *La Constitution Européenne à Référendum. Espagne et France 2005*, Barcelona, Institut de Ciències Politiques I Socials, 2006, pp. 49-71.

mente europeos. Es verdad que el Parlamento Europeo no tiene tantos poderes como los parlamentos nacionales; pero lo que ante todo le falta no es el poder sino un mandato para usar este poder de un modo definido». ³⁶ Así podemos sintetizar que las elecciones europeas no mediatizan una competición política entre *partidos europeos* de izquierda, centro y derecha que luchan entre sí por la obtención de los puestos al Parlamento Europeo. Al contrario, son *partidos nacionales* que compiten, y por consiguiente, existe una tendencia importante a substituir las cuestiones europeas que requieren mucha pedagogía y explicación, por los debates nacionales, mucho más comprensibles por los electores. El principal interés estratégico para los partidos políticos es excluir los asuntos europeos de la competición política. Se puede defender también que la Unión no tiene un único sistema electoral para su Parlamento sino que el Parlamento Europeo es elegido en base a veintisiete diferentes leyes electorales nacionales. ³⁷

El sistema europeo otorga derechos y garantías a los ciudadanos y también les da oportunidades de participación. Sin embargo, *tener* un derecho de participación en un sistema político dado no implica necesariamente *desear* utilizarlo. Tampoco, elegir no participar significa que no se valore el hecho de gozar de la libertad de expresión y de participación. Como analizaremos en la parte siguiente, los ejes legislativo y ejecutivo de la Unión ciertamente son democráticos desde el punto de vista jurídico, pero si la cualidad de la democracia comunitaria queda regularmente puesta en cuestión, se debe principalmente a la debilidad de su pilar popular. Así, consideraremos seguidamente la noción de oposición política en la Unión, los logros y los límites de su puesta en práctica, así como sus implicaciones para la cualidad de la democracia a nivel europeo.

3. Oposición política y democracia popular en la Unión

El segundo elemento mayor que uno debe conceptualizar si se trata de reflexionar sobre la naturaleza del sistema democrático europeo es sin duda la noción de oposición política, su naturaleza y sus características principales en la UE. En efecto, la capacidad de ejercer libremente una oposición política, de contestar las decisiones políticas tomadas por los representantes del poder y de formular propuestas alternativas, constituye el eje fundamental de cualquier sistema político democrático. A nivel nacional, la oposición política puede expresarse tanto en el nivel parlamentario como en el

³⁶ CV. EIJK y M. FRANKLIN, *Choosing Europe? The European Electorate and National Politics in the face of the Union*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1996, p. 7.

³⁷ SS. ANDERSEN y KA. ELIASSEN, *op. cit.*, 1996, p. 6.

nivel popular. En el nivel parlamentario, los diputados de la oposición representan indirectamente la franja minoritaria del pueblo, y asimismo tratan de defender los intereses de la minoría con el fin de establecer un equilibrio de poderes y de impedir una dictadura de la mayoría. Del mismo modo, el principal partido de la oposición trata de promover la publicidad de un programa original de políticas públicas potenciales, para intentar convencer a los ciudadanos antes del reto que suponen las próximas elecciones generales. En el nivel popular, en el caso de que los ciudadanos quieran oponerse directamente a un proyecto específico o consideren que la oposición parlamentaria no es suficientemente fuerte como para influir sobre las decisiones públicas, pueden recurrir a la movilización social, más frecuentemente expresada a través de manifestaciones públicas, para ejercer una presión suplementaria en el transcurso de las políticas elegidas.

Contrariamente, a lo largo de las interpretaciones que han sido elaboradas sobre el reciente crecimiento de la oposición de los ciudadanos a la UE, todavía no se sabe muy bien lo que involucra. Queda por definir, si se trata de una oposición a *las políticas* de la Unión, y en este caso, a qué políticas específicamente, o si, de otro modo, se trata de una oposición al *sistema político* europeo en sí. En cuanto el primer caso significaría que la probabilidad de que los ciudadanos se opongan a la Unión dependería de las decisiones tomadas a nivel europeo, la segunda opción al contrario, reflejaría la hipótesis de un escepticismo general sobre la necesidad de trasladar el poder político del estado nacional hasta el nivel supranacional.³⁸ Del mismo modo, Aleks Szczerbiak y Paul Taggart han demostrado las imprecisiones conceptuales entorno a la noción de «euroescepticismo».³⁹ A la luz de las confusiones existentes en torno a la noción de oposición política en el sistema europeo, la siguiente argumentación tratará de reflexionar sobre los distintos tipos de oposiciones posibles, para llegar a una conceptualización más precisa de la naturaleza y de los desafíos principales de la democracia europea.

³⁸ P. MAIR, *op. cit.*, 2007, p. 3.

³⁹ Aunque el autor ha limitado su análisis a los partidos políticos y no considera por ejemplo las críticas populares y las movilizaciones sociales sobre asuntos europeos, define por lo menos cuatro tipos de euroescepticismo partidario: partidos cuyas ideologías y fines principales son sus oposiciones a la Unión, partidos de protesta con posiciones euroescépticas, partidos de gobiernos con críticas a la Unión y facciones euroescépticas dentro de un partido dado. Cf. P. TAGGART, «A Touchstone of Dissent: Euro-scepticism in Contemporary Western European Party Systems», *European Journal of Political Research*, vol. 33, no. 2, 1998, pp. 363-88; A. SZCERBIAK y P. TAGGART, «Theorising Party-Based Euro-scepticism: Problems of Definition, Measurement and Causality», *Sussex European Institute Working Paper*, no. 69/2003, p. 6.

3.1. *Oposición y control político*

En primer lugar, debemos recordar cómo en un clásico artículo Otto Kirchheimer ha definido tres tipos de oposición política posible en los años 1950. Según él, la «oposición clásica» se caracteriza por el hecho que el grupo que se queda fuera del poder se opone y ofrece alternativas a las políticas elegidas por el gobierno, pero al mismo tiempo, reconoce el derecho del gobierno vigente a gobernar. Un segundo tipo de oposición se caracterizaría por una «oposición de principio» en el sentido que el grupo minoritario no solamente se opone a las políticas elegidas, sino también al sistema de gobierno en general. Además de oponerse al gobierno, se critica igualmente su legitimidad. Finalmente, el tercer caso se refiere a la posibilidad de «eliminación» de la oposición en el sentido en el que el grupo minoritario ha sido «cooptado» por las élites en el poder, o que no hay suficiente diferenciación entre el gobierno y la oposición y que el poder es consecuentemente ejercido por cartel.⁴⁰ Completando la teoría de Kirchheimer con la de Robert Dahl, se podría decir que la oposición clásica se dirige generalmente contra *las políticas* de un gobierno dado, la oposición de principio se dirige al *sistema institucional*, y la eliminación de la oposición ocurre cuando la oposición se dirige directamente contra el *personal de gobierno*.⁴¹ Así, distinguiré lo que se podría conceptualizar como una *oposición funcional* a las políticas, una *oposición sistémica* a las instituciones, y una *oposición personalizada* a los gobernantes. Entonces, cuando se plantea el desafío de la oposición a nivel europeo, ¿de qué tipo de oposición se trata?

En el seno de las instituciones europeas, a pesar de todos los defectos anteriormente enfatizados, no se puede negar que los parlamentarios europeos representan indirectamente a los ciudadanos. El Parlamento Europeo ejerce un cierto contrapoder a las actuaciones de la Comisión y del Consejo Europeo en cuanto ejerce una oposición funcional a las políticas propuestas por estas instituciones. Además, más allá de la pertenencia nacional, en el Parlamento Europeo se han creado progresivamente federaciones en torno al cruce izquierda-derecha, permitiendo a la minoría parlamentaria contestar la posición de la mayoría. Sin embargo, desde el punto de vista del ciudadano, esta oposición es ante todo indirecta. A nivel nacional, el ciudadano elige sus futuros parlamentarios a la luz de su juicio sobre sus actuaciones o las del gobierno durante su mandato. En cambio, a nivel europeo, tal posibi-

⁴⁰ O. KIRCHHEIMER, «The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes», *Social Research*, vol. 24, no. 1, 1957, pp. 13-29.

⁴¹ R.A. DAHL, «Reflections on Opposition in Western Democracies», *Government and Opposition*, vol. 1, no. 1, 1965, pp. 7-24; R.A. DAHL (ed.), *Political Oppositions in Western Democracies*, New Haven, CT, Yale University Press, 1966.

lidad es casi imposible porque la inexistencia de un espacio público europeo no permite al ciudadano juzgar constantemente las actuaciones y decisiones de los representantes de los poderes ejecutivos y legislativos europeos. En otras palabras, aunque el ciudadano puede votar en las elecciones europeas, no puede hacerlo con respeto a las políticas decididas a nivel europeo. Asimismo, su voto permite ciertamente *elegir* a los parlamentarios europeos, pero de ningún modo le puede permitir *controlar sus decisiones*, y aún menos, las del ejecutivo europeo.⁴² Este punto es fundamental para entender de que se trata cuando se habla de «déficit democrático». La razón principal de este desafío se puede entender mejor si uno conceptualiza el sistema democrático europeo a la luz de la teoría de Dahl. Según el autor, la democracia se caracteriza por la capacidad de participar, de ser representado y de controlar el poder.

Básicamente, aunque con límites y dificultades, los ciudadanos europeos pueden *participar* en el sistema y son de hecho representados por los parlamentarios los cuales son elegidos por sufragio universal. Sin embargo, hasta el día de hoy, no existen posibilidades de *controlar*, a lo largo de sus mandatos respectivos, los poderes ejecutivos y legislativos europeos. No solamente los ciudadanos no pueden oponerse a la Unión, sino que les falta además una arena pública europea para hacerlo. Tampoco los ciudadanos pueden organizar movilizaciones sociales a nivel europeo. Hasta hoy, se han registrado solamente algunos casos de manifestaciones transnacionales tales como las protestas de los agricultores ante la sede de la Comisión Europea, o el movimiento popular en contra de la directiva Bolkestein. Los referéndums a favor de la ratificación popular de un Tratado Europeo, en virtud de la estructura de oportunidad creada por la democracia directa y de la importancia del asunto considerado, son unos de los pocos «momentos» que acogen la politización de los asuntos europeos a nivel nacional. Esta debilidad de las posibilidades ciudadanas de control político en el sistema europeo tiene una consecuencia mayor. En efecto, si no se puede organizar una *oposición en la UE* frecuentemente entorno al contenido de las políticas europeas, la probabilidad de que los ciudadanos organicen una *oposición a la UE* tiende a aumentar.⁴³ Tal como he sugerido antes, la imposibilidad de ejercer una *oposición funcional* a las políticas europeas refuerza la probabilidad de ejercer una *oposición sistémica*, de oponerse al sistema europeo en sí.

La progresión de las críticas de los ciudadanos con respecto a las instituciones europeas sería entonces el resultado de la expansión continua del pi-

⁴² P. MAIR, *op. cit.*, 2007, pp. 1-17.

⁴³ P. MAIR, «Political Parties and Party Systems», en P. GRAZIANO y M. VINK (eds), *Europeanization: New Research Agendas*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006.

lar constitucional en detrimento del pilar popular europeo. Los ciudadanos tienen la impresión que sus votos no juegan ningún papel, no son decisivos para influir la dirección del proyecto europeo, y que los actores políticos europeos no implementan las decisiones que prometieron cuando estaban en la oposición. Así, no se cuestiona tanto la democracia en sí, largamente reconocida como deseable, sino la cualidad de la representación política y la posibilidad de ejercer una oposición en el seno de la UE.⁴⁴ Consecuentemente, el desafío mayor del sistema político europeo está ciertamente constituido por el hecho de que la construcción de un pilar popular europeo ha sido gradualmente despreciado mientras, al mismo tiempo, el pilar constitucional ha sido fortalecido con la adopción de nuevos tratados y la delegación de nuevas competencias a nivel europeo, contribuyendo de hecho al progresivo aislamiento de las élites europeas de las presiones y de los controles potenciales de los ciudadanos.

3.2. *El aislamiento de las élites y la irrelevancia de las vías de contestación popular*

Una pista de reflexión suplementaria en la explicación de la crisis de legitimidad de la UE se refiere a la irrelevancia relativa de las vías de contestación existentes en el sistema europeo. En efecto, ha sido demostrado que cuando se trata de «europeización» (*europeanization*), se habla de hecho de un conflicto en torno a una dimensión con dos puntos opuestos: por un lado, se trata de conflictos sobre el *grado de institucionalización* del sistema europeo, y por el otro lado, implica también conflictos sobre el *grado de penetración* de las normas y directivas europeas en el nivel nacional.⁴⁵ Dicho de otro modo, la contestación al proyecto europeo puede involucrar tanto una oposición a la creación y a la consolidación de instituciones en el nivel supranacional como una oposición a la armonización y a las presiones de las instituciones comunitarias sobre las decisiones públicas locales y nacionales. Teóricamente, teniendo en cuenta que la iniciativa de institucionalizar y de favorecer el progreso de la integración es ante todo una competencia reservada de los gobiernos e instituciones nacionales, se puede esperar que el

⁴⁴ Y. MÉNY, *op. cit.*, 2001, pp. 1-13.

⁴⁵ Sobre la noción de europeización, ver los trabajos clásicos: K. FEATHERSTONE y CM. RADAELLI (eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford, Oxford University Press, 2003; MG. COWLES, J. CAPORASO y T. RISSE (eds.), *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*, Ithaca, Cornell University Press, 2001; KH. GOETZ y S. HIX (eds.), *Europeanised Politics? European Integration and National Political Systems*, London, Cass, 2001.

conflicto sobre este aspecto emerge a través de la vía nacional. Al contrario, considerando que la iniciativa en materia de políticas públicas europeas es una competencia repartida entre la Comisión y el Parlamento Europeo, lógicamente, la contestación de estas últimas estará entonces vinculada con la vía supranacional.⁴⁶

No obstante, en la práctica, la contestación en el seno de la UE parece organizarse de una manera distinta.⁴⁷ En efecto, la oposición en contra de la institucionalización del sistema europeo tiende a expresarse en el momento de las consultas electorales comunitarias. Por lo general, aparte de los temas exclusivamente nacionales, los debates en torno a las elecciones europeas y a los referéndums para la ratificación de los tratados europeos, subrayan los conflictos entre los partidos de gobierno y los demás sobre el grado de delegación de poderes deseado a nivel comunitario. Pero, este tipo de debates sobre el grado de institucionalización de la UE son ampliamente irrelevantes en estas consultas debido a que el poder de elección queda en las manos de los gobiernos nacionales y no en las del Parlamento Europeo. En contraste, cuando la armonización de las políticas públicas a nivel europeo presiona las prerrogativas tradicionales de un grupo específico, este hecho es reprochado al gobierno nacional. Por ejemplo, este último puede convertirse en la cabeza de turco de las decisiones del Banco Central Europeo (BCE), aunque en realidad, el gobierno nacional no es directamente responsable de las decisiones sobre este eje funcional de la europeización. Legítimas o no, las decisiones del BCE o las directivas elaboradas por la Comisión son independientes de las responsabilidades de los gobiernos. En consecuencia, tanto sobre el *grado de institucionalización* de la UE como sobre el *grado de penetración* de las normas comunitarias a nivel nacional, las influencias potenciales de los ciudadanos quedan a un nivel bastante irrelevante en el funcionamiento real y la trayectoria futura del sistema europeo.⁴⁸

Este fenómeno se puede explicar en parte por las propias decisiones de los actores políticos, y por la relativa despolitización de la cuestión europea a nivel nacional.⁴⁹ Parece claro que, en todos los casos, el sistema europeo queda íntimamente vinculado con las estrategias de los partidos políticos que contiendan en las elecciones. De un modo general, los partidos

⁴⁶ J. THOMASSEN y H. SCHMITT (eds.), *op. cit.*, 1999, pp. 258-60.

⁴⁷ P. MAIR, «The Limited Impact of Europe on National Party Systems», *West European Politics*, vol. 23, no. 4, 2000, pp. 27-51.

⁴⁸ P. MAIR, «Popular Democracy and the European Union Polity», *European Governance Papers* (EUROGOV), no. C-05-03, <http://www.connex.network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-05-03.pdf>, 2005.

⁴⁹ CV. EIJK y M. FRANKLIN, «Potential for Contestation on European Matters at National Elections in Europe», en G. MARKS y MR. STEENBERGEN (eds.), *European Integration and Political Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 115-38.

políticos y sus líderes eligen deliberadamente despoliticizar la cuestión europea, en el sentido que el debate político se organiza sobre todo en torno a cuestiones nacionales. Básicamente, los partidos políticos prefieren hablar del grado deseable de institucionalización de la UE durante las elecciones europeas, aunque como hemos visto, es ampliamente irrelevante, y en cambio, eligen no movilizar la cuestión europea en el momento de las elecciones nacionales, en las cuales se juega de modo efectivo la posición nacional respecto al porvenir de la integración. Con estas estrategias políticas y la deliberada relegación de los asuntos europeos del debate público, las élites políticas limitan el control que los ciudadanos podrían ejercer sobre sus acciones. De hecho, las preferencias de los ciudadanos no implican ninguna obligación o mandato a los actores políticos, los cuales pueden seguir tomando posiciones de manera bastante libre.

Además, cabe recordar que el término de «déficit democrático» ha sido principalmente utilizado para describir el aislamiento gradual de las élites europeas y de las instituciones comunitarias del control de los ciudadanos. Sin embargo, se debe subrayar que si existe un «déficit democrático», éste también está constituido por la elección deliberada de las élites políticas nacionales de marginar los debates potenciales sobre los asuntos europeos a nivel nacional. Aunque las competencias, el papel y la influencia de la UE sobre nuestros sistemas políticos parece cada vez mayor, la elección de los partidos políticos de despoliticizar la cuestión europea a nivel nacional intensifica la diferenciación creciente entre la *adopción de las decisiones comunitarias* (armonización de las políticas o institucionalización de la UE) y la *legitimación de estas políticas por los ciudadanos*. Pues como lo ha subrayado Norbert Elias, se refuerza un «efecto retardo» entre el progreso cada vez mayor de la integración supranacional por un lado, y las percepciones, los procesos de identificación afectivos de los ciudadanos que quedan a nivel nacional.⁵⁰ Así, existe una fundamental *diferencia temporal* entre la legitimación de las decisiones adoptadas en el nivel nacional y en el nivel supranacional. En el nivel nacional, las iniciativas legislativas de un gobierno y la adopción parlamentaria de estas propuestas por el partido mayoritario o la coalición en el poder, se fundan generalmente en el programa electoral votado por la mayoría de los ciudadanos. Aunque estos últimos no pueden controlar directamente *a posteriori* la política propuesta, es cierto que su voto ha contribuido *a priori* a elegir el sentido de las políticas futuras entre varios programas alternativos. Es decir, no solamente los ciudadanos pueden elegir *a priori* la tendencia de las políticas futuras, sino que pueden juzgar *a posteriori* la actuación de un gobierno dado. No obstante, aunque en

⁵⁰ N. ELIAS, *La Société des Individus*, Paris, Calmann-Lévy, 1987.

el nivel nacional el ciudadano tiene dos votos para influir a la mayoría ejecutiva y legislativa, en el nivel supranacional, su influencia electoral queda de hecho reducida al eje legislativo. También, teniendo en cuenta que la definición de la mayoría legislativa en el Parlamento Europeo depende de un voto proporcional en función de las ponderaciones y de los sistemas electorales nacionales, un país puede perfectamente votar mayoritariamente a favor del centro-izquierda aunque la mayoría en el Parlamento estuviera constituida por el centro-derecha.

Tal como ha sido sugerido por Fritz Scharpf, no solamente se trata de «déficit democrático *de la UE*», sino también del «déficit democrático *en Europa*».⁵¹ La transferencia progresiva de poderes y competencias desde el nivel nacional al nivel europeo sin una real consulta a los ciudadanos limita indirectamente la cualidad de la democracia a nivel nacional porque un creciente número de políticas públicas quedan fuera del control de los ciudadanos. Como lo recuerda Carlos Taibo, «la construcción de lo que hoy es la Unión Europea ha tenido hasta el momento un cariz fundamentalmente económico, de tal manera que a la dimensión política democrática le ha correspondido en cambio un relieve secundario».⁵² En otros términos, no se puede conceptualizar la democracia europea con respecto al apoyo previo de sus decisiones por parte de los ciudadanos (*input democracy*), sino con la legitimación *a posteriori* de las decisiones comunitarias (*output democracy*). Esta noción de «legitimidad funcional» de las políticas de la UE pone el énfasis sobre la legitimidad indirecta la cual se puede derivar potencialmente de la capacidad de resolver problemas a nivel europeo.⁵³ El mismo tipo de diferenciación ha sido elaborado por Altvater con el fin de caracterizar las orientaciones bastante consensuales de la élite política europea con respecto al progreso del mercado único. Según él, el acuerdo general a favor del mercado único y de la desregulación de la economía ha tenido como consecuencia hacer predominar la eficiencia económica sobre la responsabilidad política. La legitimidad de la construcción del mercado único no dependería tanto de un acuerdo popular previo, sino de los beneficios obtenidos por los ciudadanos *a posteriori*.⁵⁴

⁵¹ FW. SCHARPF, «Economic Integration, Democracy and Welfare State», *Journal of European Public Policy*, vol. 4, no. 1, 1997, pp. 18-36.

⁵² C. TAIBO, «Una reconsideración crítica de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 131.

⁵³ W. WESSELS, «The Modern West European State and the European Union: Democratic Erosion or a New Kind of Polity», in SS. ANDERSEN y KA. ELIASSEN (eds.), *The European Union: How Democratic is It ?*, London, Sage, 1996, p. 59.

⁵⁴ E. ALTWATER, «The Relation of Material and Formal Democracy», en I. SHAPIRO y C. HACKER-CORDON (eds.), *Democracy's Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 41-62.

Sin embargo, esta visión resta problemática en el sentido de la puesta en cuestión de los fundamentos populares tradicionales de la democracia. La participación política directa en el sistema europeo se limita al eje legislativo en elecciones europeas que debaten generalmente sobre asuntos nacionales. Aunque el ciudadano participara, podría existir una incompatibilidad entre el voto nacional y la composición real del Parlamento, resultando de la suma de los votos. La representación política existe, pero ante todo sobre una base indirecta, cuando lo que falta primordialmente a los actores políticos europeos es un mandato para actuar en un sentido determinado. Sin verdadero mandato, sus autonomías en la toma de decisiones son aún mayores. El tercer eje popular de una democracia, la noción de control político de las decisiones por los ciudadanos es en consecuencia cuasi-inexistente en el ámbito europeo. La última sección demostrará que la participación, la representación y el control potencial ejercido por los ciudadanos se ven aún más limitados a través de las tendencias a la despolitización de los procesos de toma de decisiones.

4. La despolitización de la política europea

Finalmente, reflexionar sobre la cualidad de la democracia europea y el dilema del déficit democrático requiere poner el acento sobre las tendencias a la despolitización de la política europea, que podría ser ilustrada por tres elementos: las presiones consensuales y la amplia autonomía de los gobiernos nacionales en las negociaciones intergubernamentales, el uso de manera cada vez más sistemática de convenciones nominadas sin consulta popular, y finalmente, el papel creciente de las «instituciones no-mayoritarias» y de los procesos de coordinación sin la paralela institucionalización de instrumentos de control del proceso político.

4.1. *La fábrica del consenso en los órganos intergubernamentales*

En primer lugar, contrariamente a los sistemas políticos nacionales, el funcionamiento de una Unión compuesta por veintisiete Estados miembros debe necesariamente promover pautas de cooperación y mecanismos de decisiones que permitan a la vez eficacia y equidad. Se trata de tomar decisiones comunes sin alterar los intereses particulares de los Estados miembros. De hecho, por su naturaleza misma, la Unión se organiza de manera muy distinta a un Estado federal clásico en el cual el gobierno mayoritario tiene pleno espacio político para su actuación, aunque la cámara que representa los Estados federados puede ejercer un cierto contrapoder. Al

contrario, en la UE, tanto en los órganos intergubernamentales como en el Consejo de Ministros, en el Consejo Europeo, o en el seno mismo de la Comisión, no se puede imponer un proyecto específico sólo porque un partido dado haya obtenido la mayoría de los votos. La multiplicidad de los actores políticos nacionales involucrados ejerce fuertes presiones hacia la definición de acuerdos y de compromisos. La naturaleza en sí de la UE refuerza la búsqueda de convergencia política a nivel europeo, lo que influye indirectamente sobre una cierta despoliticización de la política europea. En la práctica, un proyecto dado no será elegido por el simple hecho de que una mayoría en el poder promueva una política de izquierda o de derecha, sino que su elección dependerá del grado de conveniencia de todas las partes implicadas. En otras palabras, la UE ejerce presiones hacia la búsqueda de decisiones consensuales. El hecho que las decisiones tengan la tendencia de ser elegidas de una manera consensual no significa por lo tanto que no son democráticas, sino que se aproximan al tipo de sistema consensual descrito por Ljiphart, y que se alejan de un sistema mayoritario.⁵⁵ Así, a nivel supranacional, la armonización y la convergencia progresiva de las políticas desemboca indirectamente sobre un movimiento centrípeta de aproximación de los actores políticos al centro. Desde el punto de vista del ciudadano medio, aún más que a nivel nacional, puede parecer que la política europea se ejerza por cartel y que no refleja aspiraciones contradictorias, sino más bien el consenso definido entre las élites políticas. Por lo tanto, la línea de fractura principal se traslada del *eje ideológico* izquierda-derecha al *eje sociológico* élite europea-ciudadano nacional.

4.2. Una Constitución sin proceso de constitucionalización

Una segunda ilustración del proceso de despoliticización de la política europea podría ser demostrada por el uso creciente del modelo de la *convención* como instrumento privilegiado de toma de decisión. Este nuevo instrumento consiste en encargar a un colectivo de personas, designadas por los Estados miembros, por las instituciones comunitarias y por otros operadores de primer plano, la redacción de un proyecto el cual se someterá posteriormente a una correspondiente conferencia intergubernamental. Este proceso fue utilizado por primera vez en 2000 con el objetivo de elaborar una Carta de los Derechos Fundamentales, aunque la Conferencia Intergubernamental posterior no incluyó dicho texto en el Tratado de Niza. Des-

⁵⁵ A. LJIPHART, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in 22 Countries*, New Haven, Yale University Press, 1990.

pués de dicho proceso contraproducente, el Consejo Europeo de Laeken celebrado el 14 y 15 de diciembre de 2001 impulsó una nueva exigencia de reformar las instituciones europeas para afrontar la ampliación proyectada para 2004. Para cumplir el mandato de Laeken, se utilizó de nuevo el modelo de la convención, esta vez dirigida por Valéry Giscard d'Estaing. Sin embargo, la llamada *Convención sobre el futuro de Europa* nunca se acercó al modelo de una asamblea constituyente, por lo que merecen ser subrayados cinco puntos principales.⁵⁶

Primero, los miembros de la Convención, lejos de ser *elegidos* democráticamente fueron *nominados* según las tratativas y las negociaciones entre los líderes políticos europeos. De este modo, carecían completamente de representación política y de legitimidad popular. Segundo, en la práctica constitucionalista tradicional, un texto adoptado por una asamblea constituyente ha de ser aprobado o rechazado por los ciudadanos como tal, puesto que expresa el compromiso preferido por los representantes del pueblo al margen de las prerrogativas que les han sido otorgadas. Al contrario, como ha sido sugerido por Enrique Linde Paniagua, «justamente porque la Convención no era una asamblea constituyente, la Conferencia Intergubernamental, único titular de la potestad para reformar o instituir tratados, recibió el texto elaborado por la Convención como una propuesta en la que introdujo las modificaciones que consideró convenientes, algunas significativas».⁵⁷ Tercero, siguiendo las numerosas críticas en torno a la *Constitución de la UE*, se puede subrayar que la actuación de la Convención no apreció el eco de la elección popular y del control político en el ámbito de la UE.⁵⁸ En otras palabras, mediante el proceso, se trataba ciertamente de fortalecer los *derechos* de los ciudadanos europeos, tantos fundamentales como económicos, pero en ningún momento se planteó la necesidad de aumentar el *poder* de los ciudadanos a través de mejores mecanismos de representación y de control político. Sin embargo, Joseph Weiler señaló de una manera llamativa que aquello que los ciudadanos europeos precisaban era más poder, y no más derechos.⁵⁹ Cuarto, lejos de elaborar una Constitución, la Convención dio a luz una mera reforma de tratados europeos anteriormente aprobados. Este asunto podría ser demostrado por la ausencia de creación de una perso-

⁵⁶ Ver, por ejemplo, A. CALONGE VELÁZQUEZ, «Preparación y elaboración de la Constitución para Europa: La Convención sobre el futuro de Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 8, 2005, pp. 53-70; J. BORELL, C. CARNERO y D. LÓPEZ GARRIDO, *Construyendo la Constitución Europea. Crónica política de la Convención*, Madrid, 2005.

⁵⁷ E. LINDE PANIAGUA «¿Que queda de la Constitución Europea?», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 37/2007, p. 81.

⁵⁸ C. TAIBO, *op. cit.*, 2007, p. 138.

⁵⁹ J. WEILER, citado en A. CANTARO, *Europa sovrana*, Dedalo, Bari, 2003, p. 122.

nalidad jurídica única ya que el Tratado con el que se quería establecer una Constitución para Europa se quedaba a medio camino, dejando coexistir las tres personas jurídicas de la CE, la CEEA y la UE. Tampoco se transfería la soberanía de los pueblos de Europa al pueblo europeo ya que este último no existía por el momento. Finalmente, desde el punto de vista jurídico, no se ha producido un *proceso de constitucionalización*, entendido como «el acto de un pueblo que constituye un gobierno» mediante los parámetros tradicionales de las constituciones liberales, es decir, la soberanía popular, la proclamación de derechos fundamentales y la elaboración de mecanismos de división de poderes.⁶⁰ Paralelamente, desde un punto de vista político, se puede decir que la voluntad de proponer una Constitución sin proceso de constitucionalización constituye un ejemplo suplementario de la tendencia a la despolitización del proceso político europeo, entendido como la tendencia a la toma de decisiones que no han sido el resultado de una competición política entre distintas alternativas ideológicas.

4.3. *Las instituciones no-mayoritarias y el dilema del control democrático del proceso político*

En tercer lugar, la traslación de ciertos poderes tradicionalmente considerados como prerrogativas estatales a nivel europeo limita de hecho el margen de actuación de los gobiernos y de los instrumentos a su disposición. El ejemplo clásico de esta tendencia es ilustrado por la creación del BCE. El banco dirige la política monetaria de la Unión, el valor del Euro, promueve el Pacto de Convergencia que limita hasta un cierto nivel el déficit público de los Estados miembros, y puede pedir a la Comisión imponer sanciones sobre los Estados recalcitrantes. En consecuencia, el curso de la política monetaria europea no depende tanto de las decisiones partidarias sometidas al control de los ciudadanos. La política monetaria está *de facto* despolitizada en el sentido que es ejercida por una institución compuesta de miembros nominados y no elegidos, y que por consiguiente, el ciudadano no puede influir de ningún modo sobre las decisiones tomadas. El caso del BCE permite reflexionar sobre el fenómeno más amplio del desarrollo de las «instituciones no-mayoritarias».⁶¹

⁶⁰ Ver A. CALONGE VELÁZQUEZ (dir.), *La Constitucionalización de Europa*, Comares, Granada, 2006.

⁶¹ Este concepto ha sido teorizado por Majone, que defiende que «las instituciones no-mayoritarias» pueden ser democráticas cuando la preocupación prioritaria es establecer mecanismos de «regulación» para fortalecer la convergencia y armonización entre instituciones políticas diversas tal como los Estados miembros de la UE. El autor subraya que en el caso de

Del mismo modo, Josu de Miguel Bárcena ha cuestionado recientemente la supuesta neutralidad de los nuevos instrumentos de coordinación intergubernamentales introducidos por el Método Abierto de Coordinación (MAC). En efecto, este autor ha subrayado el progreso de un nuevo modelo de gobernanza, un tipo de «experimentalismo democrático» que tiende a reducir el espacio del control político: «frente a la tendencia clásica de fortalecer las instancias supranacionales articuladas mediante pautas de constitucionalismo que iban más allá del estatal, el MAC propone un proceso político en ausencia total de control democrático y jurídico de sus acciones y decisiones».⁶² Así, criticando el MAC, Josu de Miguel Bárcena defiende que es «en el contexto de la rendición de cuentas democráticas que despliega con mayor fuerza su capacidad para desvirtuar los atributos del gobierno constitucional clásico. Todo ello porque la absorción material de competencias gubernamentales de carácter económico por parte de la Unión no se ve compensada con una democratización del ejercicio de esas competencias en el ámbito supranacional».⁶³ Consecuentemente, estos elementos llevan a algunos autores a hablar de la institucionalización de una «irresponsabilidad política organizada».⁶⁴

A través de la introducción de estos nuevos mecanismos de decisión y el papel de las instituciones no-mayoritarias, comprendemos las implicaciones prácticas de nuestra paradoja inicial, en el sentido que la independencia respecto a los ciclos electorales de las instituciones consideradas puede fortalecer la eficiencia y la visión a largo plazo de las decisiones tomadas, pero reduce necesariamente las capacidades de elección, de participación y de control de los ciudadanos. Indirectamente, el sistema europeo favorece el progreso de un nuevo modelo post-democrático basado en el funcionalismo y la eficiencia en detrimento del tradicional mandato popular. Nuestras democracias nacionales se fundan históricamente sobre tres principios de legitimidad: el gobierno *del* pueblo, por medio de la participación política y de la representación ciudadana, el gobierno *por el* pueblo a través de

la Unión, con sus respectivos Estados miembros y sus distintas tradiciones institucionales, las «instituciones no-mayoritarias» pueden contribuir a la formación de políticas públicas más eficientes y temporalmente consistentes. Cf. G. MAJONE, «Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions», *Robert Schuman Centre Working Paper*, 96/57, Florence, European University Institute, 1996; G. MAJONE, «The Politics of Regulation and European Regulatory Institutions», en J. HAYWARD y A. MENON (ed.), *Governing Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 56-71.

⁶² J. DE MIGUEL BÁRCENA, «La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, p. 23.

⁶³ J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Ibid.*, p. 34.

⁶⁴ T. DARNSTÄDT, *La trampa del consenso*, Madrid, Trotta, 2005.

políticas públicas para el bien común, y el gobierno *con el* pueblo, gracias a mecanismos de consulta y de negociación.⁶⁵ De hecho, en el sistema comunitario, existen solamente mecanismos para permitir el gobierno *por y con* el pueblo, pero de ningún modo se trata de instituir el gobierno *del* pueblo. Como ya hemos subrayado, las propuestas de reformas democráticas de la Unión se focalizan en el mejoramiento de la toma de decisiones *por* el pueblo a través de la transparencia y la comunicación. Se trata también de fortalecer el gobierno *con* el pueblo gracias a la inclusión de los grupos de interés y de la sociedad civil en el proceso de redacción de propuestas legislativas iniciado por la Comisión Europea.⁶⁶ Sin embargo, no existe un consenso y una verdadera voluntad política de promover el gobierno *del* pueblo a nivel europeo, por ejemplo, gracias a un verdadero sistema de partidos europeo o la institución de elecciones parlamentarias con candidatos y campañas electorales verdaderamente pan-europeas. En efecto, tales posibilidades limitarían necesariamente la autonomía y el débil mandato popular de las élites políticas nacionales.

El escenario de despolitización creciente de la política comunitaria a través del papel desempeñado por las instituciones no-mayoritarias queda bien reflejado en las palabras de Steven P. Mc Giffen: «Las decisiones son adoptadas por instituciones remotas —el Banco Central Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia— que no han sido objeto de elección y que, con la excepción parcial de la Comisión, no deben responder ante nadie que haya sido elegido. Esto significa que las urnas no aportan ningún camino para enfrentar ningún cambio fundamental en la dirección de la política. El Consejo de Ministros, que al menos representa a gobiernos electos, se reúne a puerta cerrada y tiene, cada vez en más instancias, el poder de imponer políticas a pueblos cuyos parlamentos no han gozado de la oportunidad de aprobarlas o desaprobarlas. El Parlamento de la Unión Europea es una institución tan lejana que la mayoría de los ciudadanos de la UE se inclinan por no votar en las elecciones convocadas para configurarlo. [...] Y, sin embargo, el incremento de sus capacidades no ha tenido ningún efecto en materia de democratización de la Unión, siempre que se ha verificado, no a expensas de las autoridades no electas, sino en virtud de una reducción de las capacidades de los Estados miembros y de sus parlamentos».⁶⁷

⁶⁵ VA. SCHMIDT, «Democracy in Europe: The Impact of European Integration», *Perspectives on Politics*, vol. 3, no. 4, 2005, p. 768.

⁶⁶ VA. SCHMIDT, «The European Union: Democratic Legitimacy in a Regional State?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 42, no. 4, 2004, pp. 975-98.

⁶⁷ SP. MC GIFFEN, *The European Union. A Critical Guide*, Pluto, Londres, 2001, pp. 138-39.

El papel de los expertos en asuntos comunitarios involucrados en numerosas comisiones pone de manifiesto también esta tendencia a la infravaloración del control popular en los nuevos modos de gobernanza. En efecto, en el seno de la Comisión se tiende a despolitizar las decisiones en el sentido en que actores externos y especialistas son gradualmente incluidos en el proceso de redacción de propuestas legislativas.⁶⁸ La complejidad del derecho y de las normas comunitarias tiene como consecuencia principal fortalecer el carácter técnico de las decisiones, requiriendo de hecho la presencia de expertos en la materia discutida. El argumento subyacente es que el papel de los *expertos* y de la tecnocracia en la toma de decisiones sería superior al desempeño de los *políticos*.⁶⁹ Esta tendencia ha sido bien caracterizada por Carlos Taibo que defiende «el éxito de la propia Unión a la hora de convencernos de que sus problemas, de existir, tienen una dimensión meramente técnica o burocrática, de tal suerte que, no ya los ciudadanos, sino siquiera los políticos estarían llamados a terciar en su solución». ⁷⁰ Se defiende que los políticos, por definición, toman decisiones a corto plazo como consecuencia de las presiones electorales cuando los expertos, en cambio, pueden actuar a largo plazo. Según esta línea de argumentación, transferir parte del poder político a expertos comunitarios no sería menos democrático, sino que contrariamente, favorecería la coherencia temporal de las políticas públicas y prevendría la segmentación y la suma de medidas potencialmente contradictorias.

Ciertamente, esta tendencia puede reforzar la eficacia de las medidas elegidas, pero crea nuevos desafíos en términos de responsabilidad y de control político. Lo importante no es saber si la involucración gradual de expertos en la redacción de propuestas legislativas mejora o empeora la calidad de las decisiones tomadas. Al contrario, el punto central sería subrayar que deseable o no, esta tendencia disminuye de hecho la responsabilidad de los actores políticos y las posibilidades de control ciudadano. Si la gobernanza a nivel europeo acostumbra a los ciudadanos a ser gobernados por instituciones que no sean mayoritarias, ni convencionalmente representativas y electoralmente responsables, indirectamente, se cuestionará de modo progresivo la centralidad del proceso político en sí. Si decisiones importantes son tomadas por instituciones electoralmente irresponsables, de hecho,

⁶⁸ Sobre este asunto, consultar por ejemplo C. JOERGES y E. VOS (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Hart, 1999; N. JÜRGEN, «Justifying Comitology: the Promise of Deliberation», en K. NEUNREITHER y A. WIENER (eds.), *European Integration after Amsterdam*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁶⁹ Por algunas críticas a esta posición, véase F. VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000; J.L. CEBRIÁN, *El fundamentalismo democrático*, Madrid, Taurus, 2004.

⁷⁰ C. TAIBO, *op. cit.*, 2007, p. 131.

se cuestionará la relevancia, la centralidad y el papel de estas instituciones que siguen dependiendo del proceso electoral, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, devaluando indirectamente las funciones tradicionales de la política.

Conclusión

Este artículo ha tratado de reflexionar sobre la calidad de la democracia europea, subrayando la naturaleza de la representación política a nivel europeo, los límites de los procedimientos de oposición política y la tendencia a buscar el consenso y de esta manera despolitizar la acción política. Hemos visto que desde los primeros momentos de la integración europea, el proyecto continental ha estado íntimamente vinculado con los objetivos de sus élites y sus capacidades de llegar a acuerdos intergubernamentales que pudieran permitir ir más adelante. La Unión ha sido construida sobre todo para resolver problemas complejos y diseñar políticas de largo plazo. De este modo, se han creado instituciones independientes de los ciclos electorales, tales como las instituciones no-mayoritarias, mientras los procesos de representación indirecta o la falta de verdaderos mandatos populares han permitido a las élites involucradas en la integración permanecer bastante libres en sus actuaciones. Así, ¿cómo se puede entender nuestra paradoja inicial entre ciudadanos que valoran mucho la democracia en sí, pero que critican cada vez más su funcionamiento real a nivel nacional, y aún más a nivel europeo? Primero, nuestras reflexiones han subrayado la debilidad de los mecanismos de inclusión de los ciudadanos en el proyecto europeo, empezando por el criterio democrático más fundamental, es decir, la capacidad de elegir a sus representantes a través de elecciones regulares y de apreciar la calidad de sus políticas durante y después de su período de gobierno. En el nivel europeo, el voto directo de los ciudadanos queda limitado al eje legislativo. La inexistencia de un verdadero espacio público europeo limita las posibilidades de los ciudadanos de poder acceder a informaciones sobre las políticas de la Unión. Mientras en el nivel nacional, la influencia del ciudadano puede influir sobre el equilibrio de poder entre gobierno y oposición, parece que tal posibilidad le es limitada en el nivel europeo. Segundo, mientras en el nivel nacional, los partidos políticos juegan un papel crucial de mediador entre el pueblo y el gobierno, mediante la politización de los asuntos públicos, cuando se trata de asuntos europeos, los partidos tienen la tendencia a despolitizar el reto de la integración. La cadena de transmisión entre las decisiones tomadas en el nivel europeo y las consecuencias crecientes en el nivel nacional queda perturbada por la falta de voluntad política de las élites nacionales de introducir los temas comu-

nitarios en el seno de la competición política. No hay que olvidar que no existe hasta ahora un verdadero sistema de partidos europeos, ni tampoco un presidente de la Unión elegido. Los actores y los partidos políticos nacionales quedan como los actores principales de la integración, sea en el Consejo de Ministros, en el Consejo o en el Parlamento Europeo. Por consiguiente, parece que el déficit democrático a nivel europeo es ante todo una consecuencia del *déficit de democratización* de los asuntos europeos a nivel nacional, entendido como la falta de un debate sobre la integración europea, aunque nuestros gobernantes estén involucrados en el proceso de manera creciente. Al fin y al cabo, parece que no se cuestiona tanto el carácter democrático de la Unión ni tampoco los derechos que otorga, sino la debilidad de su pilar popular y la falta de poder de los ciudadanos en el ejercicio de sus deberes de control del proceso político. Hasta ahora, parecía estratégicamente conveniente para los partidos de gobierno que la democracia a nivel europeo se redujera a una democracia mínima *à la Schumpeter*, a pesar de que progresa gradualmente la extensión de las competencias políticas de la Unión. Algunos autores han defendido que si los ciudadanos presentan críticas crecientes a la Unión es consecuencia de su oposición a las transferencias de poderes, ya que empiezan a ser conscientes de las implicaciones del proceso. Sin embargo, ¿por qué no plantear el problema con un enfoque opuesto? En efecto las élites políticas han resistido generalmente a la politización de los asuntos europeos, y han asumido la existencia de un consentimiento popular. Sin embargo, mayoritariamente convencidos del carácter deseable de la idea de una Europa unida, en términos democráticos, los ciudadanos piden crecientemente que la Unión sea *más* que una *democracia mínima* en la cual buena parte del proceso político se queda fuera de la representación convencional y de la responsabilidad electoral. Esto, lejos de ser preocupante, demuestra que establecer la democracia a nivel europeo *con* el pueblo, a través de la consulta, y *por* el pueblo mediante la eficiencia de las políticas públicas, no debería implicar el hecho de perder de vista el objetivo principal de cualquier democracia avanzada, es decir, la institucionalización de mecanismos de competición y de control político que permiten favorecer la democracia *del* pueblo a través de su participación efectiva en el proceso democrático.

Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del tratado de Lisboa

Mariola Urrea Corres*

Doctora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, U. de La Rioja

Sumario: I. De dónde venimos... —II. Disciplinando a los que quieren avanzar más en el proceso de integración: la cooperación reforzada como mecanismo de integración diferenciada autorizado en la Unión Europea. 1. La regulación jurídica en el Tratado de Ámsterdam y en el Tratado de Niza: una regulación sucesivamente mejorada pero difícilmente operativa. 2. Las novedades que aporta el Tratado de Lisboa rescatando las mejoras del Tratado constitucional: hacia un fortalecimiento de la operatividad práctica de la cooperación reforzada. 2.1. Los puntos débiles de la regulación de Lisboa: la falta de sistemática de la regulación. 2.2. Los puntos fuertes de la regulación de Lisboa: reforzando la integración sin renunciar a la efectividad en algunas políticas de la Unión. 2.3. La auténtica novedad del Tratado de Lisboa: una apuesta por las cooperaciones reforzadas predeterminadas.— III. Disciplinando a los que no quieren avanzar más en el proceso de integración: el derecho de retirada como mecanismo de (des)integración diferenciada autorizado en la Unión Europea. 1. De los Tratados constitutivos a la actualidad: las manifestaciones de Europa a la carta como quiebra del proceso de integración. 2. A partir del Tratado de Lisboa: el derecho de retirada como garante del proceso de integración.— IV. ... A dónde vamos.

Resumen: El debate sobre las dificultades que se aprecian en el método de integración unitario de la Unión Europea como método válido para afrontar el presente y el futuro de la Unión no es nuevo. De hecho, en la década de los setenta se alzaron ya las primeras voces a favor de la necesidad de introducir criterios de diferenciación en el proceso de integración con el fin de hacerlo compatible con la voluntad y/o con la capacidad de los Estados miembros de la Unión. Con este propósito, el Tratado de Ámsterdam articuló jurídicamente la cláusula de cooperación reforzada como método de integración diferenciada a disposición de aquellos Estados que quisieran avanzar más en el proceso de integración. Una regulación sucesivamente modificada por el Tratado de Niza y el de Lisboa pero sin virtualidad práctica hasta la fecha. Por su parte, el Tratado de Lisboa ha previsto el derecho de retirada como la fórmula jurídica que permite a los Estados que no deseen continuar con el proceso de integración desligarse del mismo preservando, en todo caso, el nivel de integración alcanzado. Ambos instrumentos de in-

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación (SECJ2006-15523/JUR).

tegración y de (des)integración diferenciada, junto con el proceso de reforma y entrada en vigor de los Tratados, podrían contribuir al mejor funcionamiento de una Unión Europea configurada a partir de importantes dosis de diversidad jurídica y política.

Palabras clave: método de integración, Europa a la carta, cooperación reforzada, derecho de retirada, cooperaciones reforzadas predeterminadas, cooperaciones estructuradas.

***Abstract:** The debate on the difficulties that come out from the method of the European Union integration to face the present and future of the union is not new. In fact, in the seventies the first voices were heard in favour of the need to introduce differentiation criteria in the integration process in order to make it compatible with the Member States will and/or capacity. To this end, the Amsterdam Treaty legally articulated the strengthened co-operation clause as a method of differentiated integration at the disposal of those States wanting to go further in the integration process. It was a regulation that was later modified by the Nice Treaty and then the Lisbon one, but that has had no practical application so far. The Lisbon Treaty, on the other hand, has foreseen the withdrawal right as the legal formula allowing those states not wishing to continue with the integration process to withdraw while preserving the integration level achieved. Both differentiated integration and (dis) integration tools, together with the reform process and the Treaties coming into effect, could contribute to the better working of a European Union shaped by important doses of legal and political diversity.*

***Keywords:** integration method, Europe à la carte, strengthened co-operation, withdrawal right, predetermined strengthened co-operations, structured co-operations.*

I. De dónde venimos...

El debate sobre las dificultades que se aprecian en el método de integración unitario de la Unión Europea como método válido para afrontar el presente y el futuro de la Unión no es nuevo. De hecho, en la década de los setenta se alzaron ya las primeras voces a favor de la necesidad de introducir criterios de diferenciación (temporales, materiales, espaciales, etc.) en el proceso de integración con el fin de hacerlo compatible con la voluntad y/o con la capacidad de los Estados miembros de la Unión¹. Desde entonces

¹ Así lo expresó Leo Tindemans en el Informe que elaboró en 1975 para el Consejo Europeo cuando afirmó que «era imposible presentar hoy día un programa de acción creíble, si se consider[aba] como absolutamente necesario que en todos los casos [fuera]n franqueadas todas las etapas por todos los Estados al mismo tiempo. La diversidad objetiva de las situaciones económicas y financieras e[ra] tal que, si esta exigencia [fuera] planteada, el progreso sería imposible y Europa seguiría demorándose». La versión en castellano puede consultarse en *Revista de Instituciones Europeas*, 2/1976, pp. 585-619, en pp. 598-599.

ces hasta la actualidad, la flexibilidad ha encontrado expresión en numerosos ámbitos dentro y fuera de los Tratados comunitarios constituyendo una realidad indiscutible en el proceso de integración². En un contexto como el descrito, tiene sentido plantear la conveniencia de disciplinar los instrumentos a disposición de los Estados que quieran avanzar más (II) y también aquellos otros instrumentos pensados para los que quieren avanzar menos en el proceso de integración (III). Así, por lo que se refiere al primero de estos instrumentos, la cooperación reforzada fue regulada inicialmente por el Tratado de Ámsterdam y modificada por el Tratado de Niza sin que haya sido utilizada hasta la fecha por los Estados miembros de la Unión (II.1). El Tratado de Lisboa también ha realizado pequeños cambios en el régimen jurídico vigente rescatados de forma casi íntegra de la regulación establecida en el fallido Tratado Constitucional (II.2). Corresponde, por tanto, señalar los puntos débiles de la nueva regulación (II.2.1), sin obviar los puntos fuertes que se desprenden de la misma (II.2.2), para finalizar poniendo la atención en la auténtica novedad configurada a partir de fórmulas de cooperaciones reforzadas predeterminadas por el propio Tratado (II.2.3).

Si la cooperación reforzada es un instrumento de integración diferencia muy consolidado desde un punto de vista técnico-jurídico, no ha ocurrido lo mismo con aquellos instrumentos pensados para quienes no quieren avanzar más en el proceso de integración (III). Por ello, tiene sentido articular mecanismos que permitan disciplinar jurídicamente las tendencias menos favorables a la integración de tal forma que fenómenos como los de la Europa a la carta puedan resultar cada vez menos recurrentes (III.1) y, en su lugar, se ofrezca una fórmula como el derecho de retirada admitida expresamente por el Tratado de Lisboa con el propósito de preservar en todo caso el nivel actual de integración sin por ello vincular al que no desee incrementarlo, pero sin reconocerle un poder para evitar el avance de aquéllos que sí lo desean (III.2).

El trabajo concluye con una reflexión final en el que se consideran los instrumentos jurídicos de integración y (des)integración diferenciada como potenciales soluciones para encauzar algunos de los retos que el proceso de integración europeo debe afrontar en el futuro próximo (IV).

² Tras la experiencia que supuso el Acuerdo de Schengen como manifestación de flexibilidad al margen de los Tratados, recientemente un grupo de siete Estados, entre ellos España, han firmado el Tratado de Prüm con el propósito de incrementar la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Una primera reflexión sobre lo que parece una falsa cooperación reforzada puede encontrarse en el trabajo de J. ZILLER, «El Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 21-30. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/02JacquesZILLER.pdf>

II. Disciplinando a los que quieren avanzar más en el proceso de integración: la cooperación reforzada como mecanismo de integración diferenciada autorizado en la Unión Europea

1. *La regulación jurídica en el Tratado de Ámsterdam y en el Tratado de Niza: una regulación sucesivamente mejorada aunque difícilmente operativa*

La conveniencia de modificar el sistema de la cooperación reforzada establecido originariamente en el Tratado de Ámsterdam surgió pareja a la entrada en vigor del citado Tratado³. Pronto se alzaron las voces entre la doctrina —también se pronunció en este sentido la propia Comisión⁴— alegando la necesidad de reformar algunos aspectos de su reglamentación jurídica con el fin de poder hacer este mecanismo potencialmente efectivo.

Con las modificaciones que el Tratado de Niza introdujo en el régimen jurídico general u horizontal de este mecanismo de integración diferenciada⁵ se corrigió alguna de las deficiencias que, con insistencia casi uná-

³ Para un estudio detallado de la cláusula de cooperación reforzada nos permitimos remitir al lector a nuestro estudio monográfico *La cooperación reforzada en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

⁴ La Comisión Europea tanto en su contribución inicial a la preparación de la Conferencia Intergubernamental de 19.11.1999, como en su dictamen de 26.1.2000 planteó la necesidad de modificar el régimen jurídico de la cooperación reforzada ya que «la ampliación podría aumentar la necesidad de recurrir a las formas de cooperación reforzada y conviene evitar que los Estados que deseen cooperar entre sí de manera más estrecha se sitúen al exterior del marco institucional previsto por los Tratados»; COM(2000)34. Las propuestas de modificación se centraron en tres aspectos: la Comisión propuso la eliminación del derecho de veto existente en el procedimiento de autorización de la cooperación reforzada; propuso situar el umbral mínimo para poder solicitar una cooperación reforzada en un tercio de los Estados miembros que compongan la Unión y estimó oportuno ampliar el ámbito de aplicación de la cooperación reforzada a la Política Exterior y de Seguridad Común.

⁵ A este respecto, véase los trabajos de H. BRIBOSIA, «Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2001, pp. 111-171; F. FINES, «La réforme des coopérations renforcées», *Revue des Affaires Européennes*, n.º 4, 2000, pp. 359-373; A. MANGAS MARTÍN, «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», en C.J. MOREIRO GONZÁLEZ (coord.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002, pp. 67-82; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: una modificación necesaria», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 218, 2003, pp. 95-109; X. PONS RAFOLS, «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, pp. 149-196; S. RODRIGUES, «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, enero de 2001, pp. 11-16; P. VAN NUFFEL, «Le Traité de Nice: Un commentaire», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2001, pp. 329-387.

nime, habían sido puestas de manifiesto por la doctrina⁶ y que, siquiera someramente, conviene recordar.

Así, por lo que se refiere a los *aspectos sustantivos* del régimen jurídico de la cooperación reforzada, el Tratado de Niza procedió a modificar sensiblemente la reglamentación general u horizontal. En este sentido, el Tratado de Niza ya no exige la participación de, al menos, la mitad de Estados para la constitución de una cooperación reforzada, sino la participación de un mínimo de «ocho Estados miembros»; ya no exige el respeto a los principios contenidos en los Tratados sino el «respeto a los Tratados». Además, el propio Tratado redujo con buen criterio el (ab)uso que el Tratado de Ámsterdam hacía de determinadas expresiones que resultaron, a juicio de la doctrina, poco claros⁷. Así, si bien originariamente se exigía que la cooperación reforzada no «afectara» a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados miembros que no participan en ella, ni afectara al acervo comunitario, el Tratado de Niza se limitó a establecer la obligación de que la cooperación reforzada «respete» las competencias, derechos y obligaciones (elimina el término intereses) de los Estados miembros que no participan en ella, y respete también el acervo comunitario.

Junto a las matizaciones expuestas, el Tratado de Niza completó la regulación prevista en Ámsterdam de tal manera que la cooperación reforzada, además de impulsar los objetivos de la Unión y proteger y servir sus intereses, «reforzará el proceso de integración»; previó expresamente el respeto al principio de atribución expresa de competencias, añadió que la cooperación reforzada «no se refiera a los ámbitos que sean competencia exclusiva de la Unión»; e incluyó, junto a la exigencia de respeto al acervo comunitario, la obligación de que la cooperación reforzada no afecte negativamente ni al mercado interior⁸, ni a la cohesión económica y social. Finalmente, el Tratado de Niza eliminó algunas de las condiciones que originariamente fueron previstas en el ámbito de la reglamentación especial del TCE, es el supuesto

⁶ Véase, sin ánimo de exhaustividad, A. MANGAS MARTÍN, «La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam», *Comunidad Europea Aranzadi*, n.º 10, octubre de 1998, pp. 27-38; F. MARIÑO MENÉNDEZ, «Integración flexible en la Unión Europea: el marco del Tratado de Ámsterdam», en F. MARIÑO MENÉNDEZ (coord.): *Acción exterior de la Unión Europea y de la Comunidad Internacional*, Ed. BOE - Universidad Carlos III, Madrid, 1998, pp. 63-84; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3/1998, pp. 205-232.

⁷ F. TUYTSCHAEVER, *Differentiation in European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, en p. 54.

⁸ Durante los trabajos de la Conferencia Intergubernamental de 2000, varias delegaciones nacionales manifestaron sus dudas acerca de la necesidad real de precisar que la cooperación reforzada no afectara negativamente al mercado interior (CONFER 4803/00 de 17 de noviembre de 2000).

de la condición que exigía que la cooperación reforzada «no afectara a las políticas, acciones o programas comunitarios» y aquella otra que exigía que la cooperación reforzada no se refiriera a «la ciudadanía de la Unión».

Junto a las modificaciones señaladas, el Tratado de Niza también realizó una importante labor de sistematización y unificación del régimen jurídico de la cooperación reforzada incluyendo, en el título VII del TUE destinado a las cooperaciones reforzadas, el conjunto de principios generales por los que éstas se regirán. De tal forma que, junto a la disposición que regula las condiciones generales (art. 43 del TUE), se previó aquella otra que define a la cooperación reforzada como un último recurso (art. 43.A del TUE); la que regula la participación de los Estados miembros (art. 43.B del TUE); la que establece las cuestiones institucionales (art. 44 del TUE); la financiación (art. 44.A del TUE); o una interesante novedad del Tratado de Niza como es la cláusula que regula la coherencia de las políticas de la Unión y de la Comunidad con aquéllas emprendidas por una cooperación reforzada (art. 45 del TUE).

Sin embargo, siendo importantes estas reformas, es precisamente en el ámbito de la *reglamentación procedimental*, es decir, en el ámbito de los procedimientos de autorización o puesta en marcha de cooperaciones reforzadas (art. 11 TCE y art. 40 A del TUE), así como en los procedimientos de adhesión de nuevos Estados a cooperaciones reforzadas ya iniciadas (art. 11.A TCE y art. 40 del TUE) donde el Tratado de Niza realizó algunas de sus más significativas modificaciones. Así, en primer lugar, respecto de los procedimientos ya existentes para la autorización de cooperaciones reforzadas en el ámbito del TCE y de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, la modificación más relevante consistió en eliminar del procedimiento de autorización el derecho de veto que reconocía el Tratado de Ámsterdam a todos los Estados al requerir —en el supuesto de que un Estado alegara motivos importante y explícitos de política nacional— que la autorización fuera emitida por unanimidad de los miembros del Consejo reunido en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno (art. 11.2 TCE) o bien por unanimidad del Consejo Europeo (art. 40.2 párrafo 2.º TUE).

A pesar de la importancia de las modificaciones apuntadas⁹, una de las novedades más subrayadas por la doctrina fue la previsión por el Tratado de

⁹ Aunque de menor entidad que la modificación anteriormente comentada, también se abordaron dos reformas en los procedimientos de autorización de cooperaciones reforzadas del primer y tercer pilar. Así, respecto de la primera, el Tratado de Niza obliga al Parlamento Europeo a emitir un dictamen conforme para la autorización de una cooperación reforzada en el TCE siempre que tal cooperación reforzada se refiera a un ámbito en el que las decisiones se adopten conforme al procedimiento de codecisión. Por lo que se refiere a la segunda, el Tratado de Niza otorga el poder de iniciativa a la Comisión al obligar a los Estados interesados en proponer una cooperación reforzada a dirigir su solicitud a la Comisión. Ésta, al igual que en el ámbito del TCE, podrá remitirla, si así lo estima oportuno, al Consejo.

Niza de la posibilidad de autorizar cooperaciones reforzadas en el ámbito de la PESC. A estos efectos, el régimen jurídico establecido incluyó junto a los objetivos que deben impulsar su utilización (art. 27 A del TUE) y los procedimientos de puesta en marcha (art. 27 C del TUE) y el de incorporación de nuevos Estados (art. 27 E del TUE), los ámbitos dentro de la PESC excluidos a la cooperación reforzada (art. 27 B del TUE), así como las funciones que podrá desempeñar el Secretario General del Consejo en tanto que Alto Representante de la PESC (art. 27 D del TUE)¹⁰.

A la vista de las reformas efectuadas por el Tratado de Niza, es oportuno concluir que la regulación actualmente vigente en relación con la cooperación reforzada incorpora importantes mejoras en relación con la reglamentación originariamente establecida por el Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, esas *luces* no despejan algunas de las *sombras* que todavía pueden apuntarse en la regulación de este mecanismo y que podrían haber sido abordadas por la reforma proyectada en el Tratado Constitucional¹¹ y, más recientemente, en el Tratado de Lisboa¹².

Así, al margen de algunas cuestiones que podrían mejorar la redacción de los preceptos que establecen la reglamentación general u horizontal de la cooperación reforzada, como es el caso de todos los preceptos que limitan el uso de este mecanismo a determinados ámbitos relacionados con el mercado común, uno de los aspectos más criticados de la regulación del Tratado de Niza es el hecho de haber mantenido —a pesar de la posición en contra del Parlamento Europeo¹³— una pluralidad de procedimientos de autorización de cooperaciones reforzadas en función de los diferentes ámbitos materiales en los que el citado mecanismo puede ser autorizado¹⁴. Además de esta pluralidad, el Tratado de

¹⁰ Con mayor detalle en M. URREA CORRES, *op. cit.* (*La cooperación reforzada en...*), pp. 299-319.

¹¹ Para un análisis detallado de las novedades que supuso el Tratado Constitucional para esta regulación jurídica nos remitimos a nuestro trabajo «La cooperación reforzada en el proyecto de Constitución Europea», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, núms. 12/13, 2004, pp. 27-49.

¹² Un profundo análisis del Tratado de Lisboa puede encontrarse en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.

¹³ En este sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 25.10.2000 *sobre la cooperación reforzada* (2000/2162(INI)), se mostró partidario de que «el procedimiento para activar la cooperación reforzada [fuera] el mismo en todos los pilares, tomando como base el previsto para el primer pilar» (punto 13).

¹⁴ La pluralidad de procedimientos es una de las modificaciones que fue abordada por el Tratado Constitucional y, posteriormente, rescatada por el Tratado de Lisboa. De esta manera, si entra en vigor la última reforma de los Tratados existirá un único procedimiento de autorización de cooperaciones reforzadas para todos los ámbitos en los que se proyecte una coo-

Niza mantiene una insostenible diversidad de regulación cuya expresión más evidente se concentra en el derecho de veto que cada Estado mantiene en el procedimiento de autorización y de incorporación de nuevos Estados de las cooperaciones reforzadas PESC. También, en este mismo pilar de la Unión, el Tratado de Niza limitó excesivamente el ámbito material de aplicación de este mecanismo al impedir su constitución en ámbitos como el militar y el de la defensa.

Sin embargo, al margen de los comentarios que —como hemos tratado de poner de manifiesto— pueda sugerirnos la calidad técnica del régimen jurídico de la cooperación reforzada revisado por el Tratado de Niza, la realidad es tozuda en cuanto a resultados efectivos y permite concluir que ningún grupo de Estados ha iniciado la puesta en marcha de un mecanismo de cooperación reforzada. No es fácil penetrar en las causas que motivan esa falta de iniciativa de los Estados miembros en relación con la falta de utilización de este mecanismo de integración diferenciada. Bajo la reglamentación del Tratado de Ámsterdam quizás podría ser razonable responsabilizar a las dificultades en la consecución de las mayorías requeridas para su autorización. Sin embargo, con las modificaciones aportadas a este respecto por el Tratado de Niza no parece que sea ésta la razón más plausible. Sea como fuere, la realidad es que el esfuerzo de disciplinar jurídicamente un mecanismo de integración diferenciada que potencie la integración ha resultado baldío en cuanto a resultados tangibles.

2. *Las novedades que aporta el Tratado de Lisboa rescatando las mejoras del Tratado Constitucional: hacia un fortalecimiento de la operatividad práctica de la cooperación reforzada*

Como ya ha quedado precisado, la regulación que sobre las cooperaciones reforzadas previó el Tratado de Niza admitía cierta mejora técnica que fue abordada, aunque no estuviera originariamente en el mandato, por la Convención Europea¹⁵, se aceptó sin mayores cambios por la Conferencia Intergubernamental de 2004 y, finalmente, fue aprobada en el Tratado Constitucional¹⁶.

peración reforzada (artículo 329.1 TFUE), salvo para el ámbito de la PESC en cuyo caso se ha previsto un procedimiento de autorización específico (artículo 329.2 TFUE). Lo mismo ocurre en relación con el procedimiento de adhesión a una cooperación reforzada ya autorizada (artículos 331.1 y 331.2 TFUE).

¹⁵ El 14 de mayo de 2003 el *Praesidim* presentó un documento dedicado íntegramente a la cooperación reforzada con la finalidad de «simplificar la redacción de las actuales disposiciones sobre cooperaciones reforzadas y su estructura» (CONV 723/03, de 14 de mayo).

¹⁶ *DOCE C* 310, de 16 de diciembre de 2004.

De hecho, aunque no es el momento de detenernos a examinar las novedades en el régimen jurídico de la cooperación reforzada aportadas por el citado Tratado, sí cabe apuntar que la regulación de la cooperación reforzada que ahora se incorpora al Tratado de Lisboa¹⁷ supone, en realidad, un rescate integral de la regulación que propuso el Tratado Constitucional¹⁸. De hecho, salvo la novedosa aportación del Tratado de Lisboa en cuanto al número de Estados miembros necesarios para autorizar una cooperación reforzada¹⁹, lo referido a la reglamentación general de la cooperación reforzada²⁰ y las reformas que afectan a la reglamentación especial o procedimental de las mismas²¹ se mantiene en los mismos términos que en el Tratado Constitucional. También el Tratado de Lisboa rescata en el artículo 333 del TFUE la previsión de la pasa-

¹⁷ Una primera reflexión sobre las modificaciones que ha supuesto el Tratado de Lisboa en el régimen jurídico de la cooperación reforzada ha sido abordado unos días después de aprobado el Tratado de Lisboa por X. PONS RAFOLS, «Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 627-660, en pp. 640-660, y M. URREA CORRES, «La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 687-703.

¹⁸ Para un análisis comparativo de ambas regulaciones jurídicas nos permitimos recomendar la lectura de la versión consolidada del Tratado de Lisboa realizada por José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y Mariola URREA CORRES para el *Real Instituto Elcano* posteriormente editada por Marcial Pons, Madrid, 2008. La utilización de distintas grafías para señalar qué parte del TUE y del TFUE procede del Tratado Constitucional y qué parte es novedad del Tratado de Lisboa facilita la labor de comparación.

¹⁹ La regulación vigente exige en el artículo 43.1.g) del TUE un mínimo de, al menos, ocho Estados miembros. El Tratado Constitucional fijó el umbral mínimo en al menos, un tercio de los Estados miembros (artículo I-44.2). Finalmente, la regulación del Tratado de Lisboa fija el número de Estados necesarios para constituir una cooperación reforzada en, al menos, nueve Estados (artículo 20.2 TFUE).

²⁰ Véase en este sentido la similitud de los preceptos del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa que regulan la *finalidad* de las cooperaciones reforzadas (artículo I-44.1 párrafo 2.º y artículo 20.1 párrafo 2.º TUE); el *marco institucional* a utilizar (artículo I-44.1 y artículo 20.1 TUE); la cooperación reforzada como *último recurso* (artículo I-44.2 y artículo 20.2 TUE); el *derecho de voto* de los Estados participantes y la *vinculatoriedad de las decisiones* adoptadas (artículo I-44.3 y 4 y artículo 20.3 y 4 TUE); los *límites materiales de aplicación* (artículo III-416 y artículo 326 del TFUE); las *relaciones entre los Estados* participantes en una cooperación reforzada y los que no lo son (artículo III-417 y artículo 327 del TFUE); la *apertura de la cooperación reforzada* frente a todo Estado que quiera incorporarse a la misma (artículo III-418 y artículo 328 del TFUE); el *sistema de financiación* de las cooperaciones reforzadas (artículo III-421 y artículo 332 del TFUE); así como el respeto a la *cláusula de coherencia* (artículo III-423 y artículo 335 del TFUE)

²¹ Véase la redacción de los artículos III-419 del Tratado Constitucional y artículo 329 del TFUE en lo que respecta al *procedimiento de autorización* de una cooperación reforzada y artículos III-420 del Tratado Constitucional y artículo 331 del TFUE en lo que respecta al *procedimiento de incorporación* de un Estado miembro a un proyecto de cooperación reforzada.

rela prevista en el artículo III-328 del Tratado Constitucional con el fin de permitir al Consejo la modificación del sistema de votación (de unanimidad a mayoría cualificada) o el procedimiento legislativo a utilizar (de procedimiento legislativo especial a procedimiento legislativo ordinario) en el ámbito de una cooperación reforzada.

2.1. LOS PUNTOS DÉBILES DE LA REGULACIÓN DE LISBOA: LA FALTA DE SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN

Uno de los elementos más deficientes de la regulación jurídica del mecanismo de la cooperación reforzada aprobada en el Tratado Constitucional y prevista por el Tratado de Lisboa en el TUE (artículo 20) y en el TFUE (artículos 326 a 334) es, a nuestro juicio, una deficiente sistemática de muy difícil justificación. La desafortunada reorganización podría encontrar explicación en la pretensión de transformar una reglamentación general (artículo 43 a 45 del TUE) y una reglamentación procedimental de la cooperación reforzada pensada por el Tratado de Niza para una Unión Europea estructurada en pilares (artículos 11 a 11.A del TCE, artículos 40, 40.A y 40.B del TUE y, finalmente, artículos 27.A a 27.D del TUE), en una reglamentación de un Tratado como es el de Lisboa donde la estructura en pilares de la Unión Europea ha pretendido, con mayor o menor fortuna, desaparecer²².

Por ello, como venimos afirmando²³, quizás hubiera resultado técnicamente más acertado dejar para el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea únicamente aquellas disposiciones de contenido puramente procedimental, a saber, el procedimiento de autorización de cooperaciones reforzadas y el procedimiento de incorporación de nuevos Estados miembros a cooperaciones ya autorizadas (actuales artículos 329 y 330 TFUE); así como la conformación de las mayorías a utilizar en el marco de una cooperación reforzada (párrafos 2.º y 3.º del actual artículo 330 TFUE. El párrafo 1.º es una reiteración del artículo 20.3 del TUE) y el mecanismo de pasarela establecido en el actual artículo 333 TFUE. De hecho, las disposiciones contempladas en los artículos 326, 327 y 328 del TFUE son, a nuestro juicio, disposiciones que definen rasgos de la naturaleza jurídica del mecanismo de integración diferencia y, en

²² Para algunos autores la desaparición de la estructura en pilares de la Unión no resulta tan evidente, véase L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 393-403.

²³ Véase M. URREA CORRES, *loc. cit.* («La cooperación reforzada en el...»), p. 33. En este mismo sentido se ha expresado PONS RAFOLS para quien la nueva sistemática del Tratado de Lisboa «no deja de ser una estructura que tienen un punto de ficción», en *loc. cit.* («Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas...»), en p. 641.

consecuencia, forman parte de las condiciones generales que inspira la reglamentación general de las cooperaciones reforzadas. Por ello, nos parece más adecuado, desde un punto de vista de técnica jurídica, su inclusión en el artículo 20 del TUE en los términos así previstos por la regulación actualmente vigente adoptada por el Tratado de Niza (artículos 43, 44 y 45 del TUE).

2.2. LOS PUNTOS FUERTES DE LA REGULACIÓN DE LISBOA: REFORZANDO LA INTEGRACIÓN SIN RENUNCIAR A LA EFECTIVIDAD EN ALGUNAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN

a) El refuerzo de los mecanismos de salvaguardia de la integración: una visión positiva de la cooperación reforzada

La adopción de cualquier mecanismo o técnica de flexibilidad en los Tratados constitutivos conlleva, necesariamente, un evidente riesgo para la unidad y la propia evolución del proceso de integración europea. El riesgo aumenta considerablemente si la reflexión se plantea respecto de la inclusión de un mecanismo de *integración diferenciada* como la cláusula de cooperación reforzada de aplicación generalizada a casi todos los ámbitos de los Tratados²⁴. Así, aunque es obvio que el recurso a la cooperación reforzada provocará un régimen jurídico diferenciado entre aquellos Estados miembros que sean parte de la misma y aquellos que hayan decidido permanecer al margen, esta *diferenciación* en modo alguno provocará un desmantelamiento de la Unión y mucho menos conducirá a la misma a un conglomerado de Estados unidos entre sí por una multitud de relaciones intergubernamentales. De que esto sea así se encargó en su momento el propio Tratado de Ámsterdam, el de Niza y también, como tendremos oportunidad de señalar, la regulación que ha previsto el Tratado de Lisboa al introducir suficientes cláusulas de salvaguardia en la reglamentación de la cooperación reforzada en favor de la irreversibilidad del proceso de construcción europea.

A estos efectos, el nuevo artículo 20 del TUE afirma, que es *finalidad* de la cooperación reforzada el *refuerzo del proceso de integración*. Es más, el Tratado de Lisboa, a diferencia del Tratado de Niza, considera de forma expresa que impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración constituyen no una condición más a cumplir por aquellos Estados que deseen iniciar un proyecto de cooperación reforzada, sino, como ya hemos apuntado, la *finalidad* misma de la cooperación reforzada.

²⁴ Sobre el ámbito material de la cooperación reforzada véase, con detalle, M. URREA CORRES, *op. cit.* («La cooperación reforzada en...»), en pp. 210-230 (primer pilar), en pp. 264-266 (tercer pilar) y en pp. 308-310 (segundo pilar).

En segundo lugar, cualquier proyecto de cooperación reforzada exige para su aprobación contar con *un número determinado de Estados* que el Tratado de Ámsterdam fijó en «al menos, una mayoría de Estados miembros» (artículo 43.1.d) TUE), el de Niza determinó en, al menos, ocho Estados (artículo 43.1.g) TUE) y el Tratado de Lisboa concreta, finalmente, en «al menos, nueve Estados» (artículo 20.2 TUE). Sobre este aspecto conviene precisar que esta masa crítica de Estados exigida por la legislación en relación con la autorización de cooperaciones reforzadas no es sino una condición meramente cuantitativa²⁵. Además, el artículo 328 del TFUE advierte que las cooperaciones reforzadas estarán, en cualquier momento, abiertas a la participación de todos los Estados, incluso la Comisión y los Estados miembros están llamados a procurar fomentar la participación del mayor número posible de Estados.

En tercer lugar, el mecanismo de la cooperación reforzada se utilizará como *último recurso* para ejercitar competencias no exclusivas de la Unión cuando se «haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto» (artículo 20.2 TUE). En suma, la cláusula de cooperación reforzada se articula, a estos efectos, como una especie de subsidiariedad diferenciada²⁶ encargada de autorizar el ejercicio de una competencia compartida a un grupo de Estados miembros inferior al número de Estados miembros de la Unión Europea siempre que la Unión se revele incapaz de ejercerla de forma unitaria.

En cuarto lugar, la cooperación reforzada debe respetar el *marco institucional único de la Unión* no admitiéndose, en consecuencia, la creación de órganos o instituciones propias y diferentes de las de la Unión. El Tratado de Lisboa sí acepta, al igual que en la regulación anterior, que el Consejo de Ministros module su composición, así como el modo en que quedará constituida la unanimidad o la mayoría cualificada en función de si tal institución actúa en el marco de la Unión o en el de un proyecto de cooperación reforzada (art. 20.3 del TUE).

²⁵ Apréciase la diferencia entre este rasgo que define la constitución de las cooperaciones reforzadas y las condiciones que debe cumplir el Estado miembro interesado en formar parte de la cooperación estructurada prevista en el nuevo artículo 46 del TUE. Véase *infra* apartado II.2.2.b)

²⁶ Si el principio de subsidiariedad determina como competente a la Comunidad Europea para ejercitar una competencia de carácter compartido siempre que la actuación de ésta sea más eficaz, sea necesaria por resultar insuficiente la de los Estados y la medida tenga alcance supranacional, la cooperación reforzada permite que sea un grupo de Estados quienes ejerciten con mayor intensidad que el resto una competencia atribuida a la Comunidad con el carácter de no exclusiva, siempre que la cooperación reforzada sirva como refuerzo al proceso de integración (criterio de supranacionalidad), impulse objetivos de la Unión y sirva y proteja sus intereses (criterio de eficacia) y siempre que resulta insuficiente el procedimiento ordinario (criterio de necesidad). Un mayor desarrollo de esta idea se encuentra en nuestro trabajo *op. cit.* («La cooperación reforzada en...»), pp. 171-203.

En quinto lugar, las cooperaciones reforzadas deben respetar los *Tra-tados y el Derecho de la Unión*. Para mayor protección, el Tratado trata de preservar del ámbito material de aplicación de la cooperación reforzada un aspecto sensible de la integración al indicar —en términos similares a los establecidos en su momento por el Tratado de Niza— que las cooperaciones reforzadas «no perjudicarán al mercado interior, ni a la cohesión económica, social y territorial. No constituirán un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre Estados miembros, ni provocarán distorsiones de competencia entre ellos» (artículo 326, párrafo segundo del TFUE).

En sexto lugar, con el propósito de articular algún tipo de control en virtud del cual se garantice cierta coherencia entre los proyectos de cooperación reforzada que fueran surgiendo y las políticas de la Unión, la nueva regulación mantiene en su artículo 334 del TFUE lo que hemos venido en llamar *cláusula de coherencia* — prevista también en el Tratado de Niza— en virtud de la cual el Consejo y la Comisión velarán por la coherencia de las acciones emprendidas en el marco de una cooperación reforzada, así como por la coherencia de dichas acciones con las políticas de la Unión y cooperarán a tal efecto.

Finalmente, en séptimo lugar, conviene mencionar siquiera brevemente el *sistema de financiación* de la cooperación reforzada (artículo 332 del TFUE) que en nada difiere del que determinó el Tratado de Niza. En consecuencia, salvo los gastos administrativos que son asumidos por el presupuesto comunitario, son los presupuestos de los Estados participantes en una cooperación reforzada los que sufragan los gastos que las mismas generen. Al igual que el Tratado de Niza, la regulación del Tratado de Lisboa también admite la comunitarización del sistema de financiación de las cooperaciones reforzadas habilitando para ello al Consejo para que, si así lo considera oportuno, adopte una decisión al respecto por unanimidad y previa consulta al Parlamento.

b) La cooperación estructurada: una fórmula específica de cooperación reforzada

La previsión de una cláusula de cooperación reforzada para el ámbito de la PESC fue una de las novedades que introdujo el Tratado de Niza respecto a la reglamentación del Tratado de Ámsterdam a costa de limitar su ámbito material de aplicación hasta el punto de excluir, entre otros, los aspectos militares y de la defensa²⁷. Sin embargo, el Tratado Constitucional

²⁷ Durante los trabajos de la Conferencia Intergubernamental de 2000 se presentaron propuestas en las que no se excluía la defensa del ámbito material de aplicación de las cooperaciones reforzadas PESC. Así, véase, entre otros, CONFER 4803/00, Bruselas 17 de noviembre de 2000, p. 8; CONFER 4798/00, Bruselas, 9 de noviembre de 2000, p. 7.

introdujo una fórmula de integración diferenciada específica o predeterminada para cubrir la vacante que dejó la regulación jurídica de la cooperación reforzada para la PESC y, por qué no decirlo, para garantizar la efectividad práctica de determinadas políticas en las que la Unión Europea no puede quedar atrapada por las dificultades que provoca avanzar al ritmo que imponen los veintisiete Estados que conforman la Unión. Por ello, el Tratado Constitucional previó que «los Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito entre sí compromisos más vinculantes al respecto con miras a realizar las misiones más exigentes, establecerán una cooperación estructurada en el marco de la Unión»²⁸. A diferencia de las cooperaciones reforzadas ordinarias (abiertas a la participación de todos los Estados miembros), la cooperación estructurada requiere a los Estados miembros interesados que posean criterios más elevados de capacidades militares y deseo de acometer compromisos más vinculantes en este ámbito militar²⁹. La participación de tales Estados en el citado mecanismo de cooperación estructurada implica la pertenencia de los mismos a la Agencia Europea de Defensa³⁰.

El mecanismo predeterminado de la cooperación estructurada ha sido rescatado por el Tratado de Lisboa en los artículos 42 y 46 del TUE y en el Protocolo anejo sobre la materia. Esta cooperación estructurada no queda cerrada o limitada exclusivamente a los Estados que la constituyan originariamente, sino que permitirá la incorporación de aquellos otros Estados miembros de la Unión siempre, claro está, que los Estados solicitantes comuniquen su voluntad al Consejo (no al Consejo Europeo como se indicaba en el Tratado Constitucional) y al Alto Representante. Será el Consejo, compuesto únicamente por los Estados miembros participantes en la cooperación estructurada, el encargado de autorizar la decisión por mayoría cualificada una vez comprobado que el Estado miembro de que se trate cumple los criterios y asume los compromisos establecidos en los

²⁸ Un primer análisis de este mecanismo de flexibilidad fue abordado por L.N. GONZÁLEZ ALONSO, «Unidos en la diversidad: hacia una configuración flexible de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 7, 2005, 37 pp., en pp. 24-34.

²⁹ Las diferencias entre el mecanismo general de integración diferenciada y este mecanismo particular de cooperación estructurada quedan evidenciadas al contemplarse una regulación jurídica específica y excluirse expresamente la aplicación del régimen jurídico de la cooperación reforzada (artículo 42.6 *in fine* del TUE, artículo I-41.6 *in fine* del Tratado Constitucional).

³⁰ La llamada en el Tratado Constitucional como «Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento» fue creada mediante Acción común 2004/551/PESC del Consejo de 12 de julio de 2004 (DO L 245, de 17.07. 2004, pp. 17-28). En la actualidad todos los Estados miembros de la Unión, salvo Dinamarca, son Estados miembros participantes de la misma. Véase <http://www.eda.europa.eu/>

artículos 1 y 2 del *Protocolo sobre la cooperación estructurada permanente*.

La regulación jurídica propia de la cooperación estructurada aporta dos elementos novedosos en relación con el régimen jurídico de la cooperación reforzada sobre los que merece la pena dejar constancia expresa ya que ponen de manifiesto una concepción variable de la propia composición de la cooperación estructurada. Nos referimos, de una parte, a la posibilidad de que un Estado miembro de la cooperación estructurada deje de pertenecer a la misma por dejar de cumplir con los criterios o los compromisos requeridos (artículo 46.4 TUE, *criterio objetivo*) y, de otra parte, nos referimos también a la posibilidad de que un Estado decida abandonar la cooperación estructurada por propia voluntad (artículo 46.5 TUE, *criterio volitivo*). En el primer caso, será el Consejo el encargado de adoptar una decisión por mayoría cualificada por la que se *suspenda*³¹ la participación del Estado. En el segundo caso, el Estado debe notificar su decisión al Consejo que se encargará de *tomar nota de la finalización*³² de la participación del Estado en la cooperación estructurada. Sólo resta por añadir, a este respecto, si tras la utilización de dos verbos distintos como la suspensión o la finalización de la relación del Estado con la cooperación estructurada se puede inferir un componente temporal en relación con la no participación del Estado con consecuencias jurídicas dignas de ser puestas de manifiesto. De hecho, de la redacción del Tratado pudiera parecer que la suspensión de la participación por incumplimiento de los criterios objetivos del Estado resulta una suspensión temporal que podría dejar de serlo tras una nueva constatación por parte del Consejo del cumplimiento de los criterios. Sin embargo, la finalización de la participación del Estado por propia voluntad admite una interpretación definitiva lo que razonablemente implicaría, en caso de que el Estado deseara volver a incorporarse a la cooperación estructurada, la necesidad de someterse nuevamente al procedimiento de autorización.

2.3. LA AUTÉNTICA NOVEDAD DEL TRATADO DE LISBOA: UNA APUESTA POR LAS COOPERACIONES REFORZADAS PREDETERMINADAS

Desde su regulación en el Tratado de Ámsterdam hasta la actualidad, los Estados no han recurrido al único mecanismo de integración diferenciada articulado en el ámbito de los Tratados. Sin embargo, las dificultades que genera la reforma del marco jurídico de la Unión, unido a las difi-

³¹ El énfasis es nuestro.

³² El énfasis es nuestro.

cultades que entraña en sí el propio funcionamiento de la Unión Europea a veintisiete Estados miembros hace inevitable el recurso a un mecanismo de integración diferencia máxima cuando el Tratado de Lisboa ha tratado de acabar de perfilar su regulación jurídica.

Sin detenernos ahora en un análisis detallado de la regulación jurídica que ofrece el Tratado de Lisboa, sí que nos gustaría constatar la novedosa previsión en los artículos 82, 83, 86 y 87 del TFUE de unos mecanismos que denominaremos cooperaciones reforzadas *predeterminadas legalmente*. Se trata de cooperaciones reforzadas cuya efectividad puede resultar más intensa que el mecanismo general por las siguientes dos razones que apuntamos. En primer lugar, por tratarse de cooperaciones reforzadas cuyo ámbito material de aplicación está ya predefinido en los Tratados tanto para el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (artículos 82, 83 y 86), como para la cooperación policial (artículo 87). En segundo lugar, y a mi juicio más relevante, porque su puesta en marcha no requiere el siempre complejo e impreciso trámite de la constatación de recurrir a este mecanismo de cooperación reforzada como «último recurso»³³ (artículo 20.2 del TUE), sino que se trata de cooperaciones reforzadas de autorización automática una vez quede constatada la falta de unanimidad para adoptar la medida, la existencia de un grupo de al menos nueve Estados miembros interesados en la misma, el intento fallido por parte del Consejo Europeo para lograr un consenso y la comunicación por parte de los Estados interesados en adoptar la medida por cooperación reforzada al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión.

III. Disciplinando a los que no quieren avanzar más en el proceso de integración: el derecho de retirada como mecanismo de (des)integración diferenciada autorizado en la Unión Europea

1. De los Tratados constitutivos a la actualidad: las manifestaciones de Europa a la carta como quiebra del proceso de integración

Desde que surgieron en las Comunidades Europeas las reflexiones sobre la necesidad de flexibilizar el proceso de integración unitario, no faltaron voces que pretendieron articular tal flexibilidad recurriendo a la

³³ Según establece el artículo 20.2 del nuevo TUE «La decisión de autorizar una cooperación reforzada será adoptada por el Consejo como último recurso, cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros».

fórmula de la «Europa a la carta»³⁴. Aunque tal conceptualización es atribuible inicialmente a DAHRENDORF³⁵, fue un discurso de John MAJOR pronunciado el 7 de septiembre de 1994 en la Universidad de Leiden el que configuró la Europa a la carta en los términos que hoy la entendemos como mecanismo que garantiza a cada Estado miembro la posibilidad de elegir en qué políticas quiere voluntariamente participar y en cuales no («pick and choice»)³⁶.

Por ser la Europa «a la carta» el modelo de flexibilidad más diametralmente opuesto al proceso de integración europea³⁷, su utilización en el ámbito de la Unión Europea despierta un rechazo mayoritario entre los Estados miembros³⁸ y las instituciones comunitarias³⁹. Sin embargo, algunas circunstancias de bloqueo vividas en la Unión Europea han hecho necesario el recurso a fórmulas de flexibilidad cuya naturaleza jurídica resulta estar muy próximas a los caracteres de una Europa «a la carta»⁴⁰. Nos referimos, por ejemplo, al Protocolo-

³⁴ La obra en castellano que con mayor rigor y detalle ha analizado las distintas teorías de la integración aplicables a la Unión Europea corresponde a N. MARISCAL BERÁSTEGUI, *Teorías políticas de la Integración Europea*, Tecnos, Madrid, 2003.

³⁵ R. DAHRENDORF, *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture, Florencia, European University Institute, 26.11.1976.

³⁶ El discurso puede consultarse en *Agencia Europa*, núm. 3372, de 10 de septiembre de 1994.

³⁷ En este mismo sentido, K. NOMDEN, «A Key Element in Future European Integration»?., en M. DEN BOER, A. GUGGENBUHL, S. VANHOONACKER (eds.), *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1998, pp. 31-44, en p. 36.

³⁸ A modo de ejemplo, baste señalar que la delegación alemana e italiana en el documento conjunto que presentaron a la CIG'2000 manifestaron expresamente su rechazo «al concepto de "Europa a la carta"», CONFER 4783/00, de 4 de octubre de 2000, p. 3.

³⁹ Véase, por ejemplo, Resolución del PE de 28.09.1994 sobre *la Europa a varias velocidades* (DO C 305 de 31.10.1994, pp. 52-53); Resolución del PE de 17.05.1995 sobre *el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996: Realización y desarrollo de la Unión* (DO C 151 de 19.06.1995, pp. 56-67, especialmente, p. 62). En este mismo sentido, véase el Dictamen de la Comisión Europea a la CIG'96 de 28 de febrero de 1996 *Reforzar la Unión Política y preparar la ampliación*, OPOCE, Luxemburgo, 1996, p. 22.

⁴⁰ Las situaciones de crisis a las que hacemos referencia son básicamente de dos tipos. En primer lugar, nos referimos a las situaciones provocadas por aquellos Estados en los que han existido problemas durante el proceso de ratificación de alguna de las reformas de los Tratados (Tratado de la Unión Europea, Tratado de Niza, Tratado Constitucional y Tratado de Lisboa). En segundo lugar, nos referimos a las exigencias impuestas por algunos Estados durante el proceso de negociación de reformas de los Tratados para condicionar su apoyo a las mismas (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Dinamarca y Suecia en relación con su posición en la UEM. También es un buen ejemplo la posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca respecto a la comunitarización parcial del tercer pilar en el Tratado de Ámsterdam. Más recientemente se puede traer a colación la re-negociación abierta por Reino Unido y Polonia respecto a su posición ante la Carta de Derechos Fundamentales).

Social⁴¹, así como a cualquiera de las cláusulas de *opting out* autorizadas por el TUE en favor del Reino Unido y Dinamarca respecto de su no participación en la UEM. También son expresión de este fenómeno las cláusulas de *opting out* del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en virtud de las cuales se regula la situación jurídica de los citados Estados respecto de aquellas materias objeto de comunitarización parcial por parte del Tratado de Ámsterdam y que forman parte del actual artículo IV del TCE, así como respecto de aquellas otras materias del acervo Schengen incorporadas mediante un Protocolo a la Unión Europea⁴².

El Tratado de Lisboa tampoco ha sido ajeno al fenómeno de algunos Estados consistente en condicionar la aprobación final del texto a la negociación de algunas cláusulas de *opting out* en su favor. Nos referimos, fundamentalmente, al Reino Unido y a Polonia en relación con la no aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. Una exclusión jurídica documentada en el correspondiente Protocolo⁴³. Considerando todos estos aspectos señalados, no podemos descartar una solución inspirada en este modelo para buscar una solución jurídica que permita superar el resultado que arrojó el referéndum celebrado en Irlanda el 12 de junio de 2008⁴⁴ y que, hasta la fecha, hace imposible la prestación del consentimiento de todos los Estados miembros, así como la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁴⁵.

⁴¹ Con el Tratado de Amsterdam se unificó la regulación jurídica en materia social al desaparecer la excepción en favor del Reino Unido.

⁴² M. URREA CORRES, *op. cit.* («La cooperación reforzada en la...»), pp. 284-289.

⁴³ Sobre estas cuestiones véase, como primera aproximación al tema, los trabajos de A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance general por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 119-149; A. PASTOR PALOMAR, «La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008 pp. 159-178.

⁴⁴ El 12 de junio de 2008 se celebró en Irlanda el referéndum relativo a la participación de Irlanda en el Tratado de Lisboa. Con una participación del 51'26%, el 53'75% emitió un voto negativo frente al 46'25% que votaron afirmativamente. Un primer análisis de los resultados de este referéndum se puede encontrar en el Eurobarómetro del mes de julio de 2008, núm. 245. El informe completo bajo el título «Post referéndum survey in Ireland» se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_245_full_en.pdf.

⁴⁵ El Consejo Europeo se reunió los días 19 y 20 de junio de 2008 y acordó, en relación con la situación de Irlanda tomar nota del resultado del referéndum celebrado en Irlanda sobre el Tratado de Lisboa y «ha hecho un balance de la situación a partir de una primera evaluación ofrecida por el Primer Ministro Brian Cowen». El Consejo Europeo ha tomado nota de que los parlamentos de diecinueve Estados miembros han ratificado el Tratado y de que el proceso de ratificación continúa en otros países». Las conclusiones se encuentran disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/101352.pdf.

De todo lo dicho, quizás la conclusión a la que podemos llegar no es otra que la necesidad de disciplinar jurídicamente los instrumentos al alcance de aquellos Estados miembros de la Unión que más dificultades plantean ante cualquier avance en el proceso de integración mediante un derecho de retirada de la Unión. Se pretende con ello reducir su capacidad para condicionar un mayor desarrollo de la integración a cambio del reconocimiento de cláusulas de *opting out*, sin negarles en todo caso una vía jurídica a utilizar cuando no estén dispuestos a aceptar un grado de integración mayor.

2. *A partir del Tratado de Lisboa: el derecho de retirada como garante del proceso de integración*

Desde los orígenes de las Comunidades Europeas uno de los temas objeto de atención por parte de la doctrina ha sido la calificación de la naturaleza jurídica del proceso de integración europea como un proceso aparentemente irreversible además de irrenunciable para los Estados miembros participantes en el mismo. De hecho, ha sido el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que ha reconocido la limitación definitiva de los derechos soberanos contra la que no puede prevalecer un acto unilateral posterior incompatible con la noción de Comunidad⁴⁶.

También la redacción de los propios Tratados constitutivos favorecía una interpretación en los términos apuntados por la jurisprudencia del Alto Tribunal al no haber previsto procedimiento jurídico alguno que articulara la retirada de los Estados. En este sentido, bastaba con acudir a la regulación establecida al efecto en el artículo 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para confirmar que la participación de Estados en los Tratados constitutivos excluía la opción de la retirada en la medida en que el Tratado en cuestión ni contenía disposiciones sobre su terminación, ni tampoco previó la denuncia o el retiro del mismo. Tampoco se podía derivar una conclusión distinta de la intención de las partes, ni inferirse de la naturaleza del Tratado de la Comunidad Europea cuya vigencia —a excepción del Tratado de la CECA— se planteó como ilimitada.

Al margen de la argumentación jurídica expuesta, es obvio que, en último extremo, la no previsión de un procedimiento de retirada en los Tratados constitutivos no sería, en ningún caso, argumento suficiente para impedir a un Estado soberano el ejercicio del poder de decisión sobre su continuidad en la Unión Europea. Así lo ha constatado la mayor parte de la doctrina que se ha inclinado por admitir, en todo caso, un derecho implícito de los Estados a retirarse de la

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, as. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

Unión⁴⁷. Desde un punto de vista jurídico resulta en todo caso indiscutible que hasta el Tratado de Lisboa (que recupera la regulación establecida en el Tratado Constitucional) ninguna reforma de los Tratados contempló expresamente un procedimiento que permitiera a los Estados de la Unión retirarse voluntariamente⁴⁸.

El procedimiento de retirada de la Unión que el Tratado de Lisboa incorpora al artículo 50 del nuevo TUE sólo se puede iniciar a instancia del Estado interesado mediante notificación al Consejo Europeo. Parece que el Tratado Constitucional primero y ahora el Tratado de Lisboa han querido configurar este mecanismo como un auténtico «derecho unilateral» de todos Estados miembros de la Unión⁴⁹. Esta afirmación se puede deducir, a nuestro juicio, de los siguientes tres ejes en torno a los que se vertebra la regulación del procedimiento.

En primer lugar, el Estado interesado en retirarse de la Unión no *solicita* al Consejo Europeo su voluntad de retirarse, sino que se limita a *notificar* al Consejo Europeo su intención de dejar de pertenecer a la Unión Europea como Estado miembro. Decisión que no tiene más servidumbre que las que le imponga al citado Estado sus propias normas constitucionales. De la redacción del citado precepto se deduce, por tanto, que las instituciones comunitarias no pueden impedir la retirada de un Estado ya que, en realidad, su intervención en el procedimiento no tiene como pretensión autorizar al Estado su retirada de la Unión, sino más bien conducir de conformidad con un determinado procedimiento la voluntad de retirada expresada por un Estado.

En segundo lugar, el ejercicio por parte de los Estados miembros de la Unión del derecho de retirada voluntario no está sometido a ningún tipo de condición. Bastará, por tanto, la *voluntad* de un Estado miembro notificada a las instituciones comunitarias competentes para que la retirada pueda materializarse jurídicamente.

⁴⁷ Partiendo, por tanto, de los condicionantes legales pero aceptando el límite político descrito, resulta oportuno señalar que, hasta la fecha, la historia del proceso de integración europea no ha ofrecido ningún ejemplo de Estado miembro que haya expresado su deseo de dejar de pertenecer a la Unión. Los Tratados constitutivos sí dejaron de aplicarse, no obstante, en un territorio concreto (Groenlandia) de un Estado miembro de la Unión (Dinamarca) mediante acuerdo documentado en el correspondiente Tratado que estableció *a futuro* las relaciones jurídicas entre las Comunidades Europeas y Groenlandia. Véase Tratado de 13 de marzo de 1984 (DOCE L 29, de 1 de febrero de 1985).

⁴⁸ Sobre el derecho de retirada véase, entre otros, nuestro trabajo «La retirada de Estados de la Unión en la Constitución Europea», en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, pp. 289-304.

⁴⁹ P. VAN NUFFEL, «Appartenance á l'Union», en G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruselas, 2007, pp. 247-285, en pp. 280-284, en p. 281.

En tercer lugar, la entrada en vigor del derecho de retirada tampoco ha quedado condicionada al cumplimiento de requisito alguno. Por ello, aunque es cierto que desde el momento en que un Estado presente la notificación de retirada al Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con el Estado un acuerdo que determinará la forma de la retirada del Estado miembro y el marco de sus relaciones futuras con la Unión, no es menos cierto que la retirada surtirá efectos a partir de la fecha en la que entre en vigor el citado acuerdo o, en su defecto, a los dos años de la notificación efectuada por el Estado al Consejo Europeo, «salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo» (artículo 50.3). Nada se indica en el nuevo precepto respecto a las consecuencias que pudieran derivarse de una potencial dificultad para adoptar el acuerdo de retirada entre la Unión y el Estado. De hecho, una hipótesis como la planteada parece encubrir no una retirada de la Unión, sino más bien una auténtica ruptura entre el Estado y la Unión Europea⁵⁰.

La configuración jurídica que el Tratado de Lisboa ha realizado sobre el derecho de retirada podría suponer una doble garantía a favor del proceso de integración. Así, en primer lugar, es ya una garantía para todos los Estados miembros que ven reconocido un derecho a no quedar implicados por un grado de integración no deseado. En segundo lugar, también podría ser una garantía para preservar cierta uniformidad en el nivel de integración al reconocer el derecho a dejar de seguir adquiriendo compromisos con la Unión *a futuro* mantenimiento, mediante un acuerdo internacional, el nivel de relaciones jurídicas ya comprometidas. A todo lo indicado cabe plantear una advertencia no menor. La regulación del derecho de retirada de la Unión pierde parte de su efectividad como mecanismo de (des)integración diferenciada si no se ve compensado por una reforma del sistema de revisión de los Tratados encaminada a sustituir el requisito de la unanimidad por un sistema articulado en torno a mayorías⁵¹. Sólo de esta manera el derecho de retirada deja de ser una nueva expresión de poder para vetar en manos de los Estados menos integracionistas y se convierte en un derecho de los citados Estados para no quedar vinculados en un grado de integración no deseado que pretende compensar la pérdida del poder de impedir la adopción de una nueva reforma⁵².

⁵⁰ *Ibidem*, p. 283.

⁵¹ Las propuestas de reforma del sistema de revisión de los Tratados comunitarios ha sido analizado en nuestros trabajos «El dilema de la Convención: la búsqueda de una solución alternativa al modelo clásico de reforma de los Tratados», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 265-280 y, más recientemente, «Los procedimientos de reforma de los Tratados comunitarios y la entrada en vigor del Tratado constitucional», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, 2007, 43 pp.

⁵² A nuestro juicio garantizar la efectividad del derecho de retirada, las cooperaciones reforzadas y el sistema de reforma de los Tratados es una condición imprescindible en la búsqueda de so-

IV. ... A dónde vamos

La evolución del proceso de construcción europeo desde sus orígenes hasta la actualidad tanto en lo que respecta al número de Estados que la componen (con una heterogeneidad evidente incluso en lo que respecta a la propia conceptualización de la Unión Europea), como al grado de integración realmente logrado por la Unión (con una cesión de poderes de los Estados especialmente intensa) permite apuntar que el funcionamiento de la Unión Europea de conformidad con un método de integración unitario como el seguido hasta la fecha quizás no es viable. De hecho, son básicamente dos los interrogantes a los que conviene buscar una solución: ¿cómo avanzar en el proceso de integración sin que la voluntad de la mayoría de Estados quede atrapada por la voluntad de una minoría? y ¿cómo garantizar a una minoría de Estados el poder para no asumir nuevos compromisos en materia de integración, sin que ello implique reconocerles el poder para frenar el proceso de integración para una mayoría que así lo desea?

Partiendo de un marco legal como el que se impone tras la aprobación del Tratado de Lisboa es posible concluir que el precio del peaje que la Unión Europea parece tener que pagar por seguir resultando operativa se llama *integración diferenciada* y tiene dos unidades de cuenta: la cooperación reforzada, pensando en aquellos Estados que quieran utilizar la diferenciación para seguir avanzando sin vincular a los que no quieren hacerlo; y el derecho de retirada, para los Estados que no quieran profundizar en la integración pero no pretenden comprometer el derecho de integración de los demás Estados.

Se trata, en suma, de dos instrumentos que, combinados con el procedimiento de reforma y entrada en vigor de los Tratados, podrían contribuir al mejor funcionamiento de una Unión Europea configurada en la actualidad con importantes dosis de diversidad jurídica y política. Ambos instrumentos de diferenciación son el resultado de un esfuerzo de disciplinar las tendencias más integradoras (cooperaciones reforzadas) y las potencialmente menos integradoras (derecho de retirada) para preservar, en todo caso, un núcleo de integración compuesto por el acervo comunitario actual. Sólo la puesta en marcha de cooperaciones reforzadas o la materialización de la retirada de un Estado en la Unión podrá permitirnos evaluar los efectos de uno y otro mecanismo de integración y (des)integración diferenciada. En todo caso, disciplinar jurídicamente ambos instrumentos en favor de la integración es, posiblemente, la única estrategia que puede adoptar la Unión en lo que a método de integración se refiere y, a la postre, sobre la que se le podrá pedir responsabilidades. El resto está en manos de la voluntad soberana de los Estados.

luciones jurídicas que garanticen el buen funcionamiento del proceso de integración en la Unión Europea. Así lo hemos expuesto con más detalle en M. URREA CORRES, *loc. cit.* («La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: ...»), en p. 702.

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

María Isabel Rofes i Pujol*
Letrado del Tribunal de Justicia

Alcance del principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras – Prohibición de despido de la trabajadora embarazada – Aplicación cuando los óvulos han sido fecundados *in vitro* y antes de ser transferidos al útero. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2008 (Gran Sala), Mayr, asunto C-506/06¹

Esta sentencia tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria). Este órgano jurisdiccional pedía al Tribunal de Justicia la interpretación del artículo 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE.² La petición se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Mayr y su antiguo empleador, Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, que tenía por objeto el despido de la trabajadora.

En lo que a la normativa comunitaria se refiere, según el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE,³ el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. El apartado 3 dispone que la Directiva 76/207 no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en

* Las opiniones expresadas por la autora son personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

¹ Sentencia disponible en la página del Tribunal de Justicia: <http://www.curia.europa.eu>. Se publicará posteriormente en la Recopilación.

² Directiva del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

³ Directiva del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Con arreglo al artículo 5, apartado 1, la aplicación del principio de igualdad de trato a las condiciones de trabajo y de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.⁴

La Directiva 92/85 tiene como finalidad la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta protección no debe, sin embargo, desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo ni atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Establece la prohibición de despido a lo largo de todo el período a fin de evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado tenga consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora. Su artículo 2, apartado a), define a la trabajadora embarazada como cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales.

El artículo 10 de la Directiva 92/85 obliga a los Estados miembros, con el fin de garantizar a las trabajadoras el ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud, a tomar las medidas necesarias para prohibir su despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. En caso de despido de una trabajadora en ese período, el empresario debe dar motivos justificados por escrito. Los Estados miembros deben igualmente adoptar las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras de las consecuencias de un despido ilegal. Las trabajadoras perjudicadas por el incumplimiento de estas obligaciones deben poder hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional o mediante el recurso a otras instancias competentes.

En lo que a la legislación nacional se refiere, la normativa austriaca de protección de la maternidad establece que las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, salvo si el empresario no hubiese sido informado del embarazo o del parto. El despido resulta también ilegal cuando el empresario es infor-

⁴ La Directiva 76/207, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15), ha sido derogada por el artículo 34, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23). Ninguna de estas dos directivas, sin embargo, resultaba aplicable, *ratione temporis*, a los hechos del litigio principal.

mado del embarazo o del parto en el plazo de cinco días laborables desde el anuncio del despido o de su notificación en caso de despido por escrito.

En virtud de la normativa austriaca sobre reproducción asistida, los preembriones viables, que son los óvulos fecundados y las células desarrolladas a partir de ellos, pueden conservarse durante un período de hasta diez años. Sólo puede realizarse una reproducción asistida con el consentimiento de los integrantes de la pareja. La mujer puede revocar su consentimiento mientras no haya tenido lugar la implantación.

La Sra. Mayr trabajaba como camarera para su empleador desde el 3 de enero de 2005. Como parte de una tentativa de fecundación *in vitro* y después de un tratamiento hormonal de aproximadamente un mes y medio de duración, se le practicó una punción folicular el 8 de marzo de 2005. La Sra. Mayr estuvo de baja entre el 8 y el 13 de marzo de 2005 por prescripción de su médico de cabecera.

El 10 de marzo de 2005, el empleador comunicó por teléfono a la Sra. Mayr que quedaba despedida con efectos a 26 de marzo de 2005. Mediante escrito del mismo día, la Sra. Mayr informó a su empleador de que, en el marco de un tratamiento de fecundación artificial, la transferencia a su útero de los óvulos fecundados estaba programada para el 13 de marzo de 2005.

Según el auto del juez nacional, cuando se comunicó el despido a la Sra. Mayr, es decir, el 10 de marzo de 2005, los óvulos que se habían extraído ya habían sido fecundados por los espermatozoides de su pareja y, por tanto, ya existían, en esa fecha, óvulos fecundados *in vitro*. El 13 de marzo de 2003, es decir, tres días después de que le fuera comunicado el despido, se le transfirieron al útero dos óvulos fecundados.

La Sra. Mayr reclamó al empleador el pago de su salario y de la parte proporcional de su retribución anual, alegando que el despido anunciado el 10 de marzo de 2005 era jurídicamente nulo, debido a que, desde el 8 de marzo de 2005, fecha en la que se efectuó la fecundación *in vitro* de sus óvulos, estaba amparada por la protección contra el despido prevista en la legislación nacional. El empleador rechazó esta reclamación por considerar que, en el momento de la notificación del despido, aún no había embarazo.

El Landesgericht Salzburg, que conoció del asunto en primera instancia, estimó la demanda de la Sra. Mayr, aduciendo que, según la jurisprudencia del Oberster Gerichtshof, la protección contra el despido comienza con la fecundación del óvulo. A juicio del Landesgericht Salzburg, según esta jurisprudencia, dicha fecundación se considera el punto de partida del embarazo. Por consiguiente, decidió que lo mismo debe aplicarse en el caso de una fecundación *in vitro*, y que, si la transferencia del óvulo fecundado fracasa, la protección frente al despido desaparece.

Sin embargo, el Oberlandesgericht Linz, tribunal de apelación en materia laboral y social, anuló la sentencia de primera instancia y desestimó la

demanda por considerar que, independientemente de la cuestión de determinar a partir de qué momento del embarazo se producen realmente cambios hormonales, la gestación no puede considerarse fuera del cuerpo de la mujer. Por consiguiente, en el caso de una fecundación *in vitro*, el embarazo sólo comienza con la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer, y únicamente a partir de entonces es operativa la protección de la mujer embarazada contra la resolución del contrato de trabajo.

La sentencia recaída en apelación fue recurrida en casación ante el Oberster Gerichtshof. Según la jurisprudencia de éste, la protección de la trabajadora sólo es aplicable si, en el momento del despido, ha comenzado realmente un embarazo. La finalidad de la protección de la maternidad, que no admite excepciones, consiste en preservar la salud de la madre y del hijo en interés de éstos y, en los casos de protección contra el despido y la resolución de la relación laboral, en garantizar la subsistencia económica de la madre. La necesidad de protección durante el período en que se modifica el estado de la mujer existe con independencia de que se haya producido o no la implantación del óvulo fecundado en la mucosa uterina (lo que se denomina también «anidación») y el hecho de que sea fácil o no acreditar el estado de gravidez carece de relevancia a este respecto. La anidación del óvulo fecundado en la mucosa del útero es únicamente una etapa del embarazo que comienza con la concepción, según la opinión científica predominante, y no puede elegirse arbitrariamente como momento de inicio del embarazo a efectos de la protección contra el despido.

No obstante, esta jurisprudencia del Oberster Gerichtshof relativa a la legislación nacional se había basado exclusivamente en casos de concepción *in utero*, es decir, de manera natural y el caso de la Sra. Mayr era el primero en el que había de dilucidar cuál es el momento a partir del cual una mujer embarazada puede acogerse a la protección contra el despido, en el caso de una fecundación *in vitro*. Por esta razón, y estimando que el litigio suscitaba una cuestión de interpretación del derecho comunitario, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la siguiente cuestión:

¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización *in vitro* es una «trabajadora embarazada» a efectos del artículo 2, letra a), primera mitad de frase, de la Directiva [92/85] si en el momento en que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que ya existían embriones *in vitro*, pero aún no habían sido transferidos a su cuerpo?

El Tribunal de Justicia reformuló la pregunta entendiendo que el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si la Directiva 92/85 y, en

particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en su artículo 10 deben interpretarse en el sentido de que se aplican a una trabajadora que se somete a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de sus óvulos con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia señaló que la fecundación *in vitro* designa la fecundación de un óvulo fuera del cuerpo de la mujer, operación que comprende diversas etapas, tales como, en particular, la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer, con objeto de producir la maduración de varios óvulos al mismo tiempo, la punción folicular, la extracción de óvulos, la fecundación de un óvulo con espermatozoides previamente tratados, la transferencia del óvulo fecundado o de los óvulos fecundados al útero, entre el tercer y el quinto día siguientes a la extracción de los óvulos, salvo en caso de que los óvulos fecundados se congelen para conservarlos, y la anidación.

Señaló, a continuación, que la Directiva 92/85 tiene como objetivo promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En este ámbito, el Tribunal de Justicia ha declarado que el objetivo perseguido por las reglas del derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el ámbito de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz.⁵

El Tribunal de Justicia recordó que, incluso antes de entrar en vigor la Directiva 92/85, había declarado que, en virtud del principio de no discriminación y, en especial, de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. Según el Tribunal de Justicia, un despido durante esos períodos sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.⁶

Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que

⁵ Sentencias de 8 de septiembre de 2005, McKenna, C-191/03, Rec. p. I 7631, apartado 42, y de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06, Rec. p. I-8511, apartado 28.

⁶ Sentencias de 8 de noviembre de 1990, Handels og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88, Rec. p. I-3979, apartado 13; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartados 24 y 25; McKenna, antes citada, apartado 47, y Paquay, antes citada, apartado 29.

hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.⁷

El Tribunal de Justicia señaló, además, que, durante dicho período, el artículo 10 de la Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.⁸

Había que determinar, por tanto, a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 92/85 y, más concretamente, por su artículo 10, si la protección contra el despido establecida en esta disposición alcanza a una trabajadora en las circunstancias en las que se encontró la Sra. Mayr.

El Tribunal de Justicia constató que, del tenor literal del artículo 10 de la Directiva 92/85, así como del objetivo principal de esta Directiva, que consiste en promover la mejora de la salud de la trabajadora encinta, que haya dado a luz o en período de lactancia, se desprende que, para acogerse a la protección contra el despido que establece esta disposición, el embarazo debe haber comenzado.

El Gobierno austriaco había señalado en sus observaciones que el tratamiento de las fecundaciones artificiales y de los preembriones viables es una materia de alcance social muy sensible en numerosos Estados miembros, caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores de éstos. El Tribunal de Justicia consideró, a este respecto, que, en el ejercicio de su competencia en un procedimiento prejudicial, no le correspondía abordar cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debía limitarse a realizar una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/85, habida cuenta de la letra, el sistema y los objetivos de ésta.

El Tribunal de Justicia recordó que la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de la Directiva 92/85 tiene por objeto evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada. En estas circunstancias, la fecha que debe tenerse en cuenta

⁷ Sentencias de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 21; Brown, antes citada, apartado 18; de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark, C-109/00, Rec. p. I-6993, apartado 26; McKenna, antes citada, apartado 48, y Paquay, antes citada, apartado 30.

⁸ Sentencias, antes citadas, Webb, apartado 22; Brown, apartado 18; Tele Danmark, apartado 27, y Paquay, apartado 31.

para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo.

No obstante, aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación *in vitro*, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia afirmó que no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero.

En efecto, tal como se había puesto de relieve a lo largo del procedimiento, antes de ser transferidos al útero de la mujer, en determinados Estados miembros dichos óvulos pueden guardarse durante un plazo más o menos largo y, en el caso de la normativa austriaca la posibilidad de conservar los óvulos fecundados se extiende hasta un período máximo de diez años. Por consiguiente, la aplicación de la protección contra el despido establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 a una trabajadora antes de la transferencia de los óvulos fecundados podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución.

Por esta razón, el Tribunal de Justicia interpretó que la Directiva 92/85 no resultaba aplicable a una situación como la de la Sra. Mayr.

El Tribunal de Justicia puede, sin embargo, según su propia jurisprudencia, tomar en consideración normas de derecho comunitario a las que el órgano jurisdiccional remitente no haya hecho referencia en el enunciado de su cuestión.⁹

Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, los Gobiernos helénico e italiano, así como la Comisión, habían sugerido que, si no pudiese derivarse de la Directiva 92/85 una protección frente al despido de una trabajadora en una situación como la de la Sra. Mayr, dicha trabajadora podría eventualmente acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo conferida por la Directiva 76/207.

Al no precisar el auto de remisión las razones por las que el empleador había despedido a la Sra. Mayr, el Tribunal de Justicia indicó que correspondía al órgano jurisdiccional nacional que le había interrogado determinar las circunstancias pertinentes del caso y que, en la medida en que el

⁹ Sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP, C-241/89, Rec. p. I-4695, apartado 8, y de 26 de abril de 2007, Alevizos, C-392/05, Rec. p. I-3505, apartado 64.

despido de la Sra. Mayr se había producido mientras se encontraba de baja médica para someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro*, comprobar si el despido se había basado esencialmente en ese hecho.

En el supuesto de que ésta hubiera sido la causa del despido, quedaba por determinar si tal causa se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o si, por el contrario, afecta exclusivamente a uno de ellos.

El Tribunal de Justicia ya ha señalado que, puesto que tanto los trabajadores como las trabajadoras están expuestos a la enfermedad, si una trabajadora es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre, no existe discriminación directa basada en el sexo.¹⁰

El Tribunal de Justicia afirmó, a continuación, que, si bien es cierto que los trabajadores de ambos sexos pueden verse temporalmente impedidos para efectuar su trabajo debido a tratamientos médicos a los que han de someterse, no es menos cierto que intervenciones tales como una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, sólo afectan directamente a las mujeres. De ello se sigue que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación *in vitro* constituye una discriminación directa basada en el sexo.

En tales circunstancias, admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora sería por lo demás contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en la medida en que el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación *in vitro* y, en particular, en las intervenciones específicas que dicho tratamiento implica.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia respondió en dos tiempos.¹¹ En primer lugar, indicó al órgano jurisdiccional nacional que la Directiva 92/58 y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

Y afirmó, a continuación, que los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora que

¹⁰ Véase la sentencia Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, antes citada, apartado 17.

¹¹ El Abogado general, en las conclusiones que presentó en este asunto, el 1 de abril de 2008, ya proponía al Tribunal de Justicia que diera esta misma respuesta.

se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

Comentario

En este asunto, el Oberster Gerichtshof de Austria había planteado al Tribunal de Justicia una pregunta que, en buena lógica, no podía recibir más que una respuesta negativa. En efecto, la Directiva 92/85, adoptada dentro del marco general diseñado por la Directiva 89/391,¹² no tiene como finalidad asegurar a hombres y mujeres el acceso y el ejercicio de un empleo en condiciones de igualdad, sino promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora encinta o que acaba de ser madre. Teniendo, pues, en cuenta el tenor de su artículo 10 y la finalidad de sus disposiciones, difícilmente podía el Tribunal de Justicia interpretar que la Directiva 92/85 se aplica a una trabajadora que no está embarazada.

Es cierto que el Tribunal de Justicia no es ajeno a interpretar de manera amplia el derecho comunitario, hallándose en juego los derechos laborales de trabajadoras encintas en situaciones que pueden calificarse como límite. No hay más que ver la sentencia Webb,¹³ en la que se trataba del despido de una trabajadora, contratada por duración indefinida con el fin de sustituir al principio, tras un período de prácticas, a otra trabajadora de la empresa durante su permiso de maternidad, y que quedó ella misma encinta al poco de empezar, de tal manera que no iba a poder realizar la sustitución. En esa ocasión, la empresa alegaba, para su despido, la previsible incapacidad de la trabajadora para cumplir la tarea básica para la que había sido contratada y que, de haber contratado a un hombre con la misma finalidad que le hubiera comunicado que estaría ausente durante un período comparable a la duración del permiso de maternidad, habría sido despedido.¹⁴ O la senten-

¹² Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1).

¹³ Antes citada.

¹⁴ La cuestión la planteó la House of Lords británica. Los recursos que la Sra. Webb interpuso ante el Employment Appeal Tribunal y ante la Court of Appeal no prosperaron, al entender dichos órganos jurisdiccionales que el empleador había aportado la prueba de que las necesidades razonables de su empresa exigían que la persona seleccionada para sustituir a la trabajadora durante su permiso de maternidad estuviera disponible.

cia Tele Danmark,¹⁵ en la que se trataba de una trabajadora contratada por seis meses, sin informar al empleador de que se hallaba encinta, de los que los dos primeros se iban a dedicar a formación y cuyo parto estaba previsto para el quinto mes.¹⁶ En ambas sentencias, el Tribunal de Justicia interpretó que, tanto si se trata de un contrato indefinido como si es de duración determinada, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo.

Sin embargo, ni por su tenor ni por el objetivo que persiguen podían las disposiciones de la Directiva 92/85 interpretarse en el sentido de que cubrían el supuesto de una trabajadora que preveía estar próximamente embarazada. Y, en su sentencia, el Tribunal de Justicia habría podido limitarse a dar una respuesta negativa a la pregunta que se le había formulado.

No fue, sin embargo, así gracias a que los gobiernos helénico e italiano, además de la Comisión, habían indicado en sus observaciones que una trabajadora en la situación de la Sra. Mayr podría acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo reconocida por la Directiva 76/207.¹⁷

De esta manera, el Tribunal de Justicia pudo basarse en su jurisprudencia bien conocida, según la cual el despido de una trabajadora por razón de un embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo. A partir de aquí, equiparando las ausencias del trabajo debidas a las intervenciones específicas que implica la fecundación in vitro, a saber, la punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos inmediatamente después de su fecundación, a las ausencias durante el embarazo debidas a una enfermedad causada por el embarazo,¹⁸

¹⁵ Antes citada.

¹⁶ En esta ocasión, si bien en apelación el Vestre Landsret había dado la razón a la trabajadora por haber probado que el despido se hallaba relacionado con el embarazo, la empresa recurrió en casación y fue el Højesteret de Dinamarca el que planteó la cuestión prejudicial.

¹⁷ Cabe preguntarse si, en el caso de que nadie se lo hubiera sugerido, el Tribunal de Justicia habría examinado esa posibilidad «de oficio» ya que, en general, es reacio a responder a cuestiones prejudiciales sobre la base de una normativa que no ha sido objeto de discusión entre quienes han presentado observaciones en el marco del procedimiento.

¹⁸ En la sentencia Brown, antes citada, el Tribunal de Justicia hizo extensiva a las ausencias del puesto de trabajo por enfermedad durante el período del embarazo, la protección contra el despido que hasta ese momento había reconocido a las mujeres durante el permiso de maternidad y el período que sigue inmediatamente al parto. Sin embargo, para gozar de dicha protección, la enfermedad debe haber sido ocasionada por el mismo embarazo. Este pronunciamiento constituyó un giro jurisprudencia en relación con la interpretación que llevó a cabo el Tribunal de Justicia en la sentencia de 29 de mayo de 1997, Larsson, C-400/95, Rec.

pudo el Tribunal de Justicia indicar al juez nacional que si el despido de la Sra. Mayr se había basado fundamentalmente en el hecho someterse a dicho tratamiento, constituiría una discriminación directa basada en el sexo.¹⁹

El derecho comunitario y la libre circulación de personas entre las distintas entidades federadas de un mismo Estado miembro (regiones) —Seguro de asistencia instituido por una de las entidades federadas— Exclusión de los residentes en la parte del territorio nacional en la que no tenga competencia dicha entidad. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon y Gouvernement flamand, asunto C-212/06²⁰

Esta sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour d'arbitrage, que ha pasado a ser posteriormente la Cour constitutionnelle (Bélgica). Este órgano jurisdiccional pedía la interpretación de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE y del Reglamento n.º 1408/71,²¹ modificado por el Reglamento n.º 307/1999,²² en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71».

La petición se presentó en el marco de un litigio entre varias entidades federadas del Reino de Bélgica. El litigio enfrentaba al Gobierno de la Comunidad Francesa y al Gobierno valón, por una parte, con el Gobierno flamenco, por otra parte, en relación con las condiciones de afiliación al régimen de seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca en favor

p. I-2757, dictada un año antes, en la que éste había afirmado que el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva no se opone a que se tengan en cuenta, para el cálculo del período que justifica el despido de una trabajadora con arreglo al derecho nacional, las ausencias de ésta que tengan lugar entre el comienzo del embarazo y el comienzo del permiso por maternidad.

¹⁹ Cabe preguntarse si, en el futuro, un despido que por ahora constituye claramente una discriminación directa por razón de sexo no corre el riesgo de devenir una discriminación indirecta por razón de sexo. Véase la noticia, publicada en el diario «El País» los días 26 de marzo y 2 de abril de 2008: «Un transexual logra quedarse embarazado en EE.UU.», en la que se indica que Thomas Beatie, un transexual varón de Oregón, está embarazado de cinco meses y el próximo verano dará a luz a una niña.

²⁰ Sentencia disponible en la página del Tribunal de Justicia, <http://www.curia.europa.eu>. Se publicará posteriormente en la Recopilación.

²¹ Reglamento (CEE) del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (*DO* 1997, L 28, p. 1).

²² Reglamento (CE) del Consejo, de 8 de febrero de 1999 (*DO* L 38, p. 1).

de las personas cuya autonomía se encuentra reducida a causa de una incapacidad grave y prolongada.

En lo que a la normativa comunitaria se refiere, el Reglamento n.º 1408/71 se aplica a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes. Su ámbito de aplicación material comprende las prestaciones de enfermedad y de maternidad y los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos. Quedan fuera las prestaciones especiales de carácter no contributivo, mencionadas en la sección III del Anexo II, cuya aplicación se limita a una parte del territorio de un Estado miembro.

En virtud del artículo 3 del Reglamento n.º 1408/71, las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales se apliquen sus disposiciones, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste.

El artículo 13 de dicho Reglamento determina la legislación aplicable a los trabajadores migrantes en materia de seguridad social. De acuerdo con esta norma, las personas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación sólo están sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Según dispone el apartado 2, letras a) y b), la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro.

En Bélgica, la Comunidad Flamenca instauró, en 1999, un régimen de seguro de asistencia con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas cuya autonomía se encontrase reducida debido a una incapacidad grave y prolongada. El régimen confiere el derecho, siempre que concurren determinados requisitos y hasta el límite de un importe máximo, a la cobertura por parte de un organismo de seguro de determinados gastos ocasionados por un estado de dependencia que obedezca a motivos de salud, como los gastos correspondientes a prestaciones de ayuda a domicilio, o a la compra de equipos y productos que el asegurado necesite. La normativa nacional sufrió varias modificaciones, en particular para responder a las objeciones formuladas por la Comisión de las Comunidades Europeas, que dieron lugar en 2002 a la incoación de un procedimiento por infracción. La Comisión cuestionaba fundamentalmente la compatibilidad con el Reglamento n.º 1408/71 del requisito de residencia en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, al que se

hallaban supeditados la afiliación al referido régimen y el pago de las prestaciones.

El criterio de la residencia se modificó con efecto 1 de octubre de 2001 incluyendo en el ámbito de aplicación personal del régimen a quienes trabajasen en el territorio de las regiones mencionadas y residiesen en un Estado miembro que no fuese el Reino de Bélgica. A la vez, excluyó de dicho ámbito de aplicación a quienes residiesen en esas regiones, pero estuviesen sujetos al régimen de seguridad social de otro Estado miembro. A raíz de estas modificaciones, el 4 de abril de 2006 la Comisión decidió archivar el procedimiento por infracción.

A partir de ese momento, son varias las categorías de personas sujetas a la afiliación, obligatoria o facultativa, al régimen de seguro de asistencia. Los residentes en la Región de lengua neerlandesa deben estar afiliados a un organismo de seguro de asistencia, mientras que los residentes en la Región bilingüe de Bruselas-Capital pueden afiliarse voluntariamente. De estas personas, aquéllas a las que por derecho propio resulte aplicable el régimen de seguridad social de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo, con arreglo a las normas de asignación del Reglamento n.º 1408/71, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma.

Los no residentes en Bélgica a quienes por derecho propio y a efectos de su empleo en la Región de lengua neerlandesa resulta aplicable el régimen de seguridad social vigente en Bélgica, con arreglo a las normas de asignación del Reglamento n.º 1408/71, deben afiliarse a un organismo de seguro de asistencia. Los no residentes en Bélgica a quienes por derecho propio y a efectos de su empleo en la Región bilingüe de Bruselas-Capital resulta aplicable el régimen de seguridad social vigente en Bélgica, con arreglo a las normas de asignación del Reglamento n.º 1408/71, pueden afiliarse voluntariamente.

A fin de tener derecho a la cobertura del coste de las prestaciones de asistencia y servicios no médicos por el organismo de seguro de asistencia, los usuarios deben residir legalmente en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte del Espacio Económico Europeo en el momento del reembolso de las prestaciones y haber residido de forma ininterrumpida en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital o haber estado afiliado ininterrumpidamente a la seguridad social en los Estados miembros de la Unión Europea o en los Estados parte del Espacio Económico Europeo durante, como mínimo, cinco años con anterioridad a la solicitud de reembolso.

El Gouvernement de la Communauté française y el Gouvernement wallon interpusieron hasta tres recursos de anulación contra la normativa citada. Los dos primeros fueron desestimados por la Cour d'arbitrage, que

aclaró que el régimen de seguro de asistencia pertenecía al ámbito de la «ayuda a las personas», materia comprendida dentro de las competencias de las entidades federadas con arreglo al artículo 128, apartado 1, de la Constitución belga y, por lo tanto, no invadía las competencias exclusivas del Estado federal en materia de seguridad social.

En el tercero, los Gobiernos demandantes invocaron, en particular, una infracción del Reglamento n.º 1408/71 y de diversas disposiciones del Tratado CE, alegando que la exclusión del citado régimen de aquellas personas que, aunque trabajen en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, residan dentro del territorio nacional, pero fuera del territorio de esas dos regiones, es una medida restrictiva que constituye un obstáculo a la libre circulación de personas.

Ante esta alegación, la Cour d'arbitrage decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones con carácter prejudicial.

Mediante la primera, dicho órgano jurisdiccional preguntaba si las prestaciones pagadas en virtud de un régimen como el del seguro de asistencia de la Comunidad Flamenca están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 1408/71.

El Tribunal de Justicia recordó, a este respecto, que, según jurisprudencia reiterada, la distinción entre las prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1408/71 y las prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada de prestación de seguridad social por una legislación nacional.²³

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado, en repetidas ocasiones, que una prestación podrá ser considerada prestación de seguridad social en la medida en que, en primer lugar, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y, en segundo lugar, en la medida en que se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71.²⁴

En este caso concreto, estaba claro que un régimen como el del seguro de asistencia controvertido responde a estos requisitos.

²³ Sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. p. 973, apartado 11; de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C-111/91, Rec. p. I-817, apartado 28, y de 18 de enero de 2007, Celozzi, C-332/05, Rec. p. I-563, apartado 16.

²⁴ Sentencias antes citadas Hoeckx, apartados 12 a 14; Comisión/Luxemburgo, apartado 29, y Celozzi, apartado 17.

Por una parte, ese régimen da derecho, de forma objetiva y basándose en una situación legalmente definida, a la cobertura por un organismo de seguro de asistencia de los gastos soportados por prestaciones de ayuda y servicios no médicos por cualquier persona cuya autonomía se encuentre reducida a causa de una incapacidad prolongada y grave.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que las prestaciones destinadas a mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes tienen por objeto esencialmente completar las prestaciones del seguro de enfermedad y, en consecuencia, deben considerarse «prestaciones de enfermedad» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 1408/71.²⁵

Además, el seguro de asistencia no puede excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1408/71 al amparo del artículo 4, apartado 2 *ter*; de éste, que recoge determinados tipos de prestaciones de carácter no contributivo en la medida en que se rijan por disposiciones nacionales aplicables exclusivamente a una parte del territorio de un Estado miembro. En efecto, contrariamente a las exigencias que impone la excepción prevista en dicho artículo 4, apartado 2 *ter*, el régimen de seguro de asistencia en cuestión tiene carácter contributivo, puesto que se financia, al menos parcialmente, mediante cotizaciones pagadas por los asegurados, y no se menciona en el anexo II, sección III, del Reglamento n.º 1408/71.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia respondió a la primera cuestión que las prestaciones pagadas en virtud de un régimen como el del seguro de asistencia de la Comunidad Flamenca están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 1408/71.

Mediante las cuestiones segunda y tercera, que el Tribunal de Justicia examinó conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE o el Reglamento n.º 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que limita la afiliación a un régimen como el del seguro de asistencia en cuestión y el beneficio de las prestaciones previstas en él a los residentes en el territorio en el que tiene competencia dicha entidad y a quienes ejercen en él una actividad profesional y residen en otro Estado miembro, de forma que quedan excluidos de ese régimen quienes igualmente ocupan un puesto de trabajo en el territorio de la citada entidad, pero residen en el territorio de otra entidad federada del mismo Estado.

²⁵ Sentencias de 5 de marzo de 1998, Molenaar, C-160/96, Rec. p. I-843, apartados 22 a 24; de 8 de marzo de 2001, Jauch, C-215/99, Rec. p. I-1901, apartado 28, y de 21 de febrero de 2006, Hosse, C-286/03, Rec. p. I-1771, apartado 38.

El Gobierno flamenco pedía que se declararan inadmisibles estas dos cuestiones por no ser útiles ni necesarias para la resolución del litigio principal.²⁶

Conforme a una reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente a estos últimos, que conocen del litigio y han de 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 su sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean. Por consiguiente, cuando las cuestiones se refieran a la interpretación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.²⁷

De ello se desprende que la presunción de pertinencia de que disfrutaban las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales sólo puede destruirse en casos excepcionales, cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.²⁸

El Tribunal de Justicia apreció, sin embargo, que no era éste el caso en el procedimiento principal. Señaló, a este respecto, que de la resolución de remisión se desprendería claramente que la respuesta a las cuestiones segunda y tercera planteadas por la Cour d'arbitrage le resultaría útil para determinar si el requisito de residencia, al que se supedita la posibilidad de acogerse al régimen del seguro de asistencia, infringe, como sostenían los Gobiernos

²⁶ El Gobierno Flamenco señalaba que, en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, los Gobiernos demandantes se oponían al establecimiento del referido régimen de seguro de asistencia negando la competencia de la Comunidad Flamenca en la materia, mientras que la interpretación del derecho comunitario que propugnaban en el marco de las cuestiones segunda y tercera llevaba al resultado contrario, a saber, la extensión de las prestaciones del seguro de asistencia controvertido a las personas domiciliadas en la Región de lengua francesa. Añadía que la propia Cour d'Arbitrage ya había dado respuesta a estas cuestiones en la resolución de remisión, al considerar que el régimen de seguro de asistencia controvertido no vulnera las competencias exclusivas de la autoridad federal en materia de unión económica dentro de Bélgica, habida cuenta del importe y de los limitados efectos de las prestaciones de que se trata. Pues bien, según el Gobierno Flamenco, por los mismos motivos, dicho régimen no podía restringir la libre circulación de personas con arreglo al Tratado.

²⁷ Sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 38; de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-5321, apartado 19, y de 19 de abril de 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, apartado 30.

²⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 61, y de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf, C-355/97, Rec. p. I-4977, apartado 22.

demandantes, algunas disposiciones del derecho comunitario en materia de libre circulación de personas, y declaró la admisibilidad de dichas cuestiones.

En cuanto al fondo, el Gobierno flamenco sostenía que estas cuestiones se referían a una situación puramente interna, sin relación con el derecho comunitario, a saber, la resultante de la no aplicación de la normativa controvertida a personas que residen y ejercen una actividad profesional en Bélgica.

Según jurisprudencia reiterada, las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para su ejecución no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el derecho comunitario²⁹ y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado.³⁰

En cambio, como había precisado también el Tribunal de Justicia, todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones mencionadas.³¹

En el caso de autos, resultaba patente que las cuestiones segunda y tercera planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se referían a todas las personas, hayan hecho o no uso de alguna de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado, que ejercen una actividad profesional en

²⁹ Aun así, en fecha reciente, el Tribunal de Justicia parece haber dejado de declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales planteadas en litigios que se refieren a situaciones calificadas de puramente internas, por entender que la interpretación de disposiciones de derecho comunitario puede resultar útil al órgano jurisdiccional nacional, incluso en tales situaciones, en particular en el supuesto de que el derecho del Estado miembro exija que todo nacional de dicho Estado disfrute de los mismos derechos que el derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en una situación que dicho órgano jurisdiccional considere comparable. Véanse, a este respecto, el auto de 17 de febrero de 2005, Mauri, C-250/03, Rec. p. I-1267, apartado 21 y la sentencia de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 29.

³⁰ Véanse, en particular, en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de los trabajadores, respectivamente, las sentencias de 8 de diciembre de 1987, Gauchard, 20/87, Rec. p. 4879, apartados 12 y 13, y de 26 de enero de 1999, Terhoeve, C-18/95, Rec. p. I-345, apartado 26 y jurisprudencia citada. Respecto a las disposiciones del Reglamento n.º 1408/71, véanse, las sentencias de 22 de septiembre de 1992, Petit, C-153/91, Rec. p. I-4973, apartado 10, y de 11 de octubre de 2001, Khalil y otros, C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, Rec. p. I-7413, apartado 70.

³¹ Sentencias de 23 de febrero de 1994, Scholz, C-419/92, Rec. p. I-505, apartado 9; Terhoeve, antes citada, apartado 27, y de 18 de julio de 2007, Hartmann, C-212/05, Rec. p. I-6303, apartado 17.

la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, pero que, por residir en un lugar del territorio nacional situado fuera de esas dos regiones, no podían acogerse al régimen del seguro de asistencia en cuestión.

En tales circunstancias, cabía distinguir dos tipos de situaciones.

Por una parte, la aplicación de la normativa belga implicaba que del régimen del seguro de asistencia estaban excluidos los nacionales belgas que ejercieran una actividad profesional en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, residentes en las Regiones de lengua francesa o alemana, que no hubieran ejercido nunca su libertad de circulación dentro de la Comunidad Europea. Tratándose de situaciones puramente internas, el derecho comunitario no les es aplicable.

No prosperó la tesis del Gobierno de la Comunidad francesa, que avanzaba el principio de la ciudadanía de la Unión enunciado en el artículo 17 CE, que incluye en particular, según el artículo 18 CE, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ninguna conexión con el derecho comunitario.³²

Por otra parte, la normativa belga controvertida era a la vez susceptible de excluir del régimen del seguro de asistencia a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, comprendidos dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario, a saber, tanto nacionales de otros Estados miembros que ejerzan una actividad profesional en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, pero residan en otro lugar del territorio nacional, como nacionales belgas que se encuentren en idéntica situación y hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación.

Una vez centrado el tema en estos términos, el Tribunal de Justicia comprobó que sólo respecto a esta segunda categoría de trabajadores podía examinar si las disposiciones del derecho comunitario cuya interpretación le había solicitado el órgano jurisdiccional remitente se oponen a una normativa como la controvertida, en la medida en que se aplique a nacionales de Estados miembros que no sean el Reino de Bélgica o a nacionales belgas que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó que si bien los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de segu-

³² Sentencias de 5 de junio de 1997, Uecker y Jacquet, C-64/96 y C-65/96, Rec. p. I-3171, apartado 23; de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613, apartado 26, y de 12 de julio de 2005, Schempp, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 20.

ridad social, deben no obstante respetar el derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y al derecho de establecimiento.³³

Resulta asimismo de una reiterada jurisprudencia que el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas tiene por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro.³⁴ En este contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutaban, en particular, del derecho, fundado directamente en el Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado miembro y permanecer en éste con el fin de ejercer allí una actividad económica.³⁵

En consecuencia, los artículos 39 CE y 43 CE se oponen a cualquier medida nacional que, aun siendo aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.³⁶

A la luz de estos principios, han sido calificadas de obstáculos, en particular, aquellas medidas que tienen por efecto que los trabajadores, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, pierdan beneficios de seguridad social que les concede la legislación de un Estado miembro.³⁷

El Tribunal consideró que una normativa como la que aplicaba el Gobierno Flamenco puede producir tales efectos restrictivos, en la medida en que supedita la afiliación al régimen del seguro de asistencia al requisito de residencia bien en una parte determinada del territorio nacional, a saber la Región de lengua neerlandesa y la Región bilingüe de Bruselas-Capital, bien en otro Estado miembro.

³³ Sentencias Terhoeve, antes citada, apartados 34 y 35, y de 23 de noviembre de 2000, Elsen, C-135/99, Rec. p. I-10409, apartado 33.

³⁴ Sentencias de 7 de julio de 1988, Wolf y otros, 154/87 y 155/87, Rec. p. 3897, apartado 13; Terhoeve, antes citada, apartado 37, y de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania, C-318/05, Rec. p. I-6957, apartado 114.

³⁵ Sentencias antes citadas Bosman, apartado 95, y Terhoeve, apartado 38.

³⁶ Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 9 de septiembre de 2003, Burbaud, C-285/01, Rec. p. I-8219, apartado 95, y de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11.

³⁷ Sentencias de 9 de diciembre de 1993, Lepore y Scamuffa, C-45/92 y C-46/92, Rec. p. I-6497, apartado 21; de 5 de octubre de 1994, van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 27, y Hosse, antes citada, apartado 24.

En efecto, los trabajadores migrantes que ejerzan o tengan la intención de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en una de esas dos Regiones podrían resultar disuadidos de hacer uso de su libertad de circular y de dejar su Estado de origen para residir en Bélgica, por el hecho de que su instalación en determinados lugares del territorio implicaría perder la posibilidad de disfrutar de prestaciones a las que, de otro modo, podrían tener derecho. En otros términos, el hecho de que los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena se encuentren en la coyuntura de sufrir, o bien la pérdida del derecho a disfrutar del seguro de asistencia o bien una limitación en su elección del lugar al que trasladar su residencia puede, cuando menos, constituir un obstáculo al ejercicio de los derechos conferidos por los artículos 39 CE y 43 CE.

El Tribunal de Justicia consideró que carecía de importancia a este respecto, contrariamente a lo que afirmaba el Gobierno flamenco, que la distinción en cuestión se basara únicamente en el lugar de residencia dentro el territorio nacional y no en un requisito cualquiera de nacionalidad, de suerte que afectaba por igual a todos los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia residentes en Bélgica.

En efecto, para que una medida restrinja la libre circulación, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique sólo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros, y no a los trabajadores nacionales.³⁸ Basta, como en el caso del régimen del seguro de asistencia controvertido, que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro de que se trate.³⁹

Por otra parte, los efectos restrictivos generados por la normativa flamenca no podían ser considerados demasiado aleatorios o indirectos para que dicha normativa pudiera entenderse constitutiva de un obstáculo prohibido por los artículos 39 CE y 43 CE. El Tribunal de Justicia apreció que, en particular, a diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia Graf,⁴⁰ a la que había hecho referencia el Gobierno flamenco en la vista, la posibilidad de disfrutar de las prestaciones del seguro de asistencia controvertido depende no ya de un acontecimiento futuro e hipotético para el trabajador

³⁸ Sentencias de 6 de junio de 2000, Angonese, C-281/98, Rec. p. I-4139, apartado 41, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 14.

³⁹ Véanse, por analogía, en materia de libre prestación de servicios, las sentencias de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, C-353/89, Rec. p. I-4069, apartado 25, y de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, C-250/06, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 37.

⁴⁰ Sentencia de 27 de enero de 2000, C-190/98, Rec. p. I-493.

por cuenta ajena o por cuenta propia interesado, sino de una circunstancia ligada, por definición, al ejercicio del derecho a la libre circulación, a saber, la elección del lugar al que traslada su residencia.

El Gobierno flamenco alegaba asimismo que, en cualquier caso, la normativa controvertida únicamente podría tener una repercusión marginal sobre la libre circulación, habida cuenta de que el importe de las prestaciones controvertidas y el número de personas afectadas eran limitados. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló que, con arreglo a su jurisprudencia, los artículos del Tratado relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido cualquier obstáculo a estas libertades, aun de importancia menor.⁴¹

En cualquier caso, habida cuenta en particular de fenómenos como el envejecimiento de la población, no podía descartarse que la perspectiva de poder disfrutar o no de prestaciones por dependencia, como las que ofrece el régimen de seguro de asistencia controvertido, sea tenida en cuenta por los interesados a la hora de ejercitar su derecho a la libre circulación.

El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que una normativa nacional como la flamenca implicaba un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores y a la libertad de establecimiento, en principio prohibido por los artículos 39 CE y 43 CE.

Según una jurisprudencia consolidada, las medidas nacionales que puedan restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen.⁴²

Sin embargo, ni el expediente transmitido por el órgano jurisdiccional remitente ni las observaciones del Gobierno flamenco contenían elementos susceptibles de justificar la aplicación a quienes ejerzan una actividad profesional en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital del requisito de residencia, bien en una de esas dos regiones, bien en otro Estado miembro, para poder acceder al beneficio del seguro de asistencia controvertido. El Gobierno flamenco aludía únicamente a las exigencias inherentes al reparto de competencias en el marco de la estructura federal belga y, en particular, a la circunstancia de que la Comunidad Fla-

⁴¹ Sentencias de 13 de diciembre de 1989, *Corsica Ferries France*, C-49/89, Rec. p. 4441, apartado 8, y de 15 de febrero de 2000, *Comisión/Francia*, C-169/98, Rec. p. I-1049, apartado 46.

⁴² Sentencias de 11 de marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 49, y de 18 de enero de 2007, *Comisión/Suecia*, C-104/06, Rec. p. I-671, apartado 25.

mencia no puede, según él, ejercer competencia alguna en materia de seguro de asistencia respecto a personas residentes en el territorio de otras regiones lingüísticas del Reino de Bélgica.

El Tribunal de Justicia no aceptó esta argumentación porque, tal como se desprende de su jurisprudencia, una autoridad de un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho comunitario.⁴³

El Tribunal de Justicia apreció que los artículos 39 CE y 43 CE se oponen a un requisito de residencia como el establecido en la normativa adoptada por el Gobierno flamenco. En tales circunstancias, consideró innecesario preguntarse acerca de una eventual infracción del Reglamento n.º 1408/71, y, en particular, de su artículo 3, apartado 1,⁴⁴ y pronunciarse sobre la existencia de una restricción que pudiera estar prohibida por el artículo 18 CE, del que los artículos 39 CE y 43 CE constituyen una manifestación específica en lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores y a la libertad de establecimiento.

Por estas razones respondió a las cuestiones segunda y tercera que los artículos 39 CE y 43 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro, como la que regula el seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca de Bélgica, que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él a quienes o bien residen en el territorio en el que tiene competencia dicha entidad, o bien ejercen en dicho territorio una actividad profesional pero residen en otro Estado miembro, en la medida en que dicha limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

La cuarta cuestión giraba en torno a las consecuencias que llevaría consigo la declaración por parte del órgano jurisdiccional nacional de la incompatibilidad con el derecho comunitario de la normativa controvertida, lo que, según dicho órgano jurisdiccional, tendría como efecto restablecer el régimen vigente antes de su adopción. Más específicamente, el órgano jurisdiccional nacional se preguntaba si los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE se oponen a un régimen que limite el acceso al beneficio del seguro de asistencia exclusivamente a los residentes en la Región de lengua neerlandesa y en la Región bilingüe de Bruselas-Capital.

⁴³ Sentencias de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, C-87/02, Rec. p. I-5975, apartado 38, y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Austria, C-102/06, no publicada en la Recopilación, apartado 9.

⁴⁴ Véase, por analogía, la sentencia Terhoeve, antes citada, apartado 41.

El Tribunal de Justicia señaló, a este respecto, que las consideraciones expuestas en respuesta a las cuestiones segunda y tercera valían, con mayor razón, para una normativa que implique una restricción adicional, dado que dicha normativa excluía de su ámbito de aplicación a la totalidad de las personas que ejerciesen una actividad profesional en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, pero tuviesen su domicilio fuera de esas dos regiones, incluidas por tanto las personas residentes en otro Estado miembro.

Respondió a la cuarta cuestión que los artículos 39 CE y 43 CE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él exclusivamente a los residentes en el territorio de dicha entidad, en la medida en que tal limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros que ejerzan una actividad profesional en el territorio de dicha entidad o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

Comentario

Esta sentencia, en la que el Tribunal de Justicia sigue las conclusiones del Abogado General,⁴⁵ ilustra bien los límites que el derecho comunitario impone a las corporaciones locales y otras entidades territoriales de los Estados miembros tales como, por poner algún ejemplo, las regiones italianas o belgas, los länder alemanes o las comunidades autónomas españolas, a la hora de ejercer las competencias que les reconoce el derecho interno.

Constituye ya una jurisprudencia constante que, cuando ejercen las competencias que conservan, los Estados miembros deben hacerlo respetando el derecho comunitario que comprende no sólo el Tratado y el derecho derivado sino también los principios generales del derecho.⁴⁶ Esta

⁴⁵ Presentadas el 28 de junio de 2007.

⁴⁶ Véanse, en materia de libre circulación de trabajadores y seguridad social, las sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 19, y de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartado 46; en lo que se refiere al régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos, la sentencia de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, Rec. p. I-3067, apartado 34; en el ámbito de las infracciones cometidas en el marco del régimen de la importación temporal comunitaria para los efectos personales de los viajeros, la sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia, C-210/91, Rec. p. I-6735, apartado 19; y, respecto al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C-145/04, Rec. p. I-7917, apartado 78, y Eman et Sevinger, C-300/04, Rec. p. I-8055, apartado 45.

misma doctrina resulta pues aplicable a los entes territoriales en los que se organizan los Estados miembros en función de sus normas constitucionales.

No es la primera vez que una problemática de estas características se planteaba ante el Tribunal de Justicia. Así, en una sentencia *Comisión/Italia*,⁴⁷ se cuestionaba la compatibilidad con el derecho comunitario de la normativa adoptada por determinadas entidades locales, concretamente los municipios de Venecia, Treviso, Padua y Florencia, por la que la gratuidad del derecho de acceso a los museos, monumentos, galerías, excavaciones arqueológicas, parques y jardines declarados monumentos públicos, gestionados por dichos municipios, se reservaba a los nacionales italianos y a los residentes en el territorio municipal mayores de 60 años. De esta manera, se excluía del derecho a disfrutar del acceso gratuito a los turistas nacionales de otros Estados miembros y a los no residentes que satisfacían los mismos requisitos objetivos de edad.

En ese asunto, el Gobierno italiano pretendió escudarse en que el Estado carecía de competencia respecto a la normativa que había introducido dichas ventajas en las tarifas, dado que son las regiones las que tienen la competencia exclusiva sobre los museos y otras colecciones de interés histórico o artístico. El Tribunal de Justicia recordó que un Estado miembro no puede ampararse en situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones previstas en el derecho comunitario y que, si bien en el orden interno cada Estado miembro goza de libertad para atribuir como considere oportuno las competencias normativas, no es menos cierto que, en virtud del artículo 226 CE, es el único responsable, frente a la Comunidad, del cumplimiento de dichas obligaciones.⁴⁸

En esta misma línea, se hallan pendientes en la actualidad ante el Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales, planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por las que dicho órgano jurisdiccional quiere saber si las medidas tributarias en materia de impuesto sobre sociedades, adoptadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Vizcaya, de Álava y de Guipúzcoa, por las que se establecen un tipo impositivo inferior al general de la ley del Estado y unas deducciones de la cuota que no existen en el ordenamiento jurídico tributario estatal, aplicables en el ámbito territorial de dichas entidades infraestatales dotadas de autonomía, han de considerarse como ayudas de Estado que habrían debido ser comunicadas a la Comisión, a los efectos del artículo 87 CE, apartado 3.⁴⁹

⁴⁷ Sentencia de 16 de enero de 2003, *Comisión/Italia*, C-388/01, Rec. p. I-721.

⁴⁸ Véase, en particular, la sentencia de 13 de diciembre de 1991, *Comisión/Italia*, C-33/90, Rec. p. I-5987, apartado 24.

⁴⁹ La misma cuestión se plantea en siete asuntos que han sido acumulados por ser conexos: se trata de los asuntos C-428/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja/Juntas*

La Abogado General Sra.Kokott presentó sus conclusiones en este asunto el 8 de mayo de 2008.⁵⁰ En ellas propone al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 87 CE, apartado 1, en el sentido de que las medidas tributarias de una entidad infraestatal de un Estado miembro que se aplican indistintamente a todas las empresas sometidas a su soberanía tributaria y que son más beneficiosas que las vigentes en el resto del territorio del Estado miembro no favorecen a determinadas empresas o producciones si la entidad infraestatal dispone de suficiente autonomía en el ejercicio de sus competencias legislativas en materia tributaria. Tal autonomía requiere que la entidad infraestatal tenga autonomía institucional; que el Estado central no tenga ninguna posibilidad de intervenir decisivamente en el procedimiento de adopción de las normas tributarias territoriales (autonomía formal de configuración), que la entidad infraestatal disponga de un amplio margen para configurar las disposiciones tributarias que le permita perseguir fines de política económica propios (autonomía material de configuración) y que la entidad infraestatal asuma las consecuencias económicas de la merma de recaudación que pueda derivarse de las normas más favorables que difieran de la normativa del Estado central (autonomía económica).

La Directiva 2000/78/CE y la discriminación por razón de la orientación sexual — Denegación, por no haber contraído matrimonio, de las prestaciones de supervivencia que satisface un régimen profesional de pensiones — Parejas del mismo sexo. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008, Tadao Maruko, C-267/06⁵¹

Esta sentencia tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bayerisches Verwaltungsgericht München (Alemania). Este órgano jurisdiccional pedía la interpretación de los artículos 1, 2, apartado 2, letras a) y b), inciso i), y 3, aparta-

Generales del Territorio Histórico de Vizcaya; C-429/06, Comunidad Autónoma de la Rioja/Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya; C-430/06, Comunidad Autónoma de La Rioja/Diputación Foral de Álava; C-431/06, Comunidad Autónoma de La Rioja/Diputación Foral de Guipúzcoa; C-432/06, Comunidad Autónoma de Castilla y León/Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa; C-433/06, Comunidad Autónoma de Castilla y León/Diputación Foral de Álava y Juntas Generales del Territorio Histórico de Álava, y C-434/06, Comunidad Autónoma de Castilla y León/Diputación Foral de Vizcaya y Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya.

⁵⁰ Están disponibles en la página del Tribunal de Justicia, <http://www.curia.europa.eu>. Se publicarán en la Recopilación junto con la sentencia.

⁵¹ Sentencia disponible en la página del Tribunal de Justicia, <http://www.curia.europa.eu>. Se publicará posteriormente en la Recopilación.

dos 1, letra c), y 3, de la Directiva 2000/78/CE.⁵² La petición se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Maruko y el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (caja de pensiones de los teatros alemanes) relativo a la negativa de esta caja a reconocerle el derecho a una pensión de viudedad en concepto de prestación de supervivencia establecida por el régimen profesional de pensiones al que estaba afiliado su pareja.

En lo que a la legislación comunitaria se refiere, según los considerandos decimotercero y vigésimo segundo de la Directiva 2000/78, se excluyen de su ámbito de aplicación tanto los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE como los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo sea el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo. Sus disposiciones se entienden sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependan de tal estado.

La Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A los efectos de la Directiva, se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos citados.

En virtud del artículo 2 de la Directiva 2000/78, existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de dichos motivos. Existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica, de apariencia neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y a condición de que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

El artículo 3 de esta misma Directiva 2000/78 dispone que, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la Directiva se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con, entre otros, las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

⁵² Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303, p. 16).

Sin embargo, la Directiva no se aplica a los pagos de ningún tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

Con arreglo al artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 2 de diciembre de 2003. También podían confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales. No obstante, en tal caso, debían asegurarse de que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hubiesen establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias. Los Estados miembros tenían asimismo la obligación de tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha Directiva. Además, debían informar inmediatamente de dichas disposiciones a la Comisión de las Comunidades Europeas.

En lo que se refiere a la legislación nacional, en Alemania, el artículo 1 de la Ley sobre las parejas estables inscritas dispone que dos personas del mismo sexo pueden constituir ese tipo de pareja cuando declaran de modo recíproco, personalmente y en presencia mutua, que desean mantener una relación de convivencia de por vida (miembros de la pareja inscrita). Las declaraciones no pueden sujetarse a condición ni término alguno y producen sus efectos cuando se realicen ante la autoridad competente. No puede constituirse válidamente una pareja estable inscrita con un menor de edad o con una persona casada o que ya haya constituido una pareja estable inscrita con un tercero, entre parientes en línea recta por consanguinidad, entre hermanos o hermanas carnales, uterinos o consanguíneos y cuando en el momento de constituirse la pareja estable inscrita, sus miembros no acepten contraer las obligaciones derivadas del artículo 2. El artículo 2 prescribe que los miembros de la pareja inscrita se deben socorro y protección mutuos y se obligan a vivir en común. Son responsables el uno del otro. A tenor del artículo 5, los miembros de la pareja inscrita están mutuamente obligados a contribuir adecuadamente, con su trabajo y patrimonio, al sostenimiento de su vida en común. En virtud del artículo 11, apartado 1, salvo que se disponga lo contrario, cada miembro de la pareja inscrita será considerado miembro de la familia del otro.

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa que rige las pensiones de viudedad, las viudas o los viudos que no contraigan nuevo matrimonio tienen derecho, tras el fallecimiento del cónyuge asegurado, a una pensión de viuda o de viudo de cuantía reducida, siempre que el cónyuge asegurado haya completado el período de carencia exigido con carácter general. Este derecho está limitado a un período máximo de 24 meses naturales contados desde el mes siguiente al del fallecimiento del asegurado. A efectos del

reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad, se entiende que la constitución de una pareja estable inscrita equivale a la celebración de un matrimonio, que una pareja estable inscrita equivale a un matrimonio, que el miembro superviviente de la pareja estable inscrita se asimila a una viuda o a un viudo y que un miembro de la pareja estable inscrita se asimila a un cónyuge. A la disolución o la anulación de un matrimonio posterior se equiparan, respectivamente, la resolución o la disolución de una nueva pareja estable inscrita.

Según establece el artículo 1 de la Ordenanza laboral de los teatros alemanes, que data de 1937, todo titular de un teatro en el territorio del Reich alemán tiene la obligación de suscribir para el personal artístico empleado en su local un seguro de jubilación y de supervivencia, y de ponerlo en conocimiento por escrito de cada miembro del personal artístico. El Ministro de Información y Propaganda, de común acuerdo con los Ministros del Reich que correspondan, determinará la entidad aseguradora y las condiciones de seguro. Determinará, asimismo, la fecha a partir de la cual deberá suscribirse el seguro, de conformidad con la presente ordenanza. A efectos de la presente ordenanza, se entenderá por personal artístico las personas que, en virtud de la Ley sobre la Cámara de Cultura del Reich y de sus reglamentos de ejecución, deban estar obligatoriamente afiliadas a la Cámara de Teatro del Reich, en particular, directores artísticos, actores, directores de orquesta, directores de teatro, dramaturgos, directores de coral, maestros repetidores, regidores, maestros apuntadores y personas que ocupen puestos semejantes, miembros del equipo técnico (jefes de maquinaria, de decorados o de vestuario y personas que ocupen puestos semejantes, en la medida en que sean responsables de su área), además de asesores artísticos, miembros del coro, bailarines y peluqueros.

A tenor del artículo 4 de la Ordenanza laboral, el empresario teatral y los miembros del personal artístico contribuirán, en partes iguales, a las cotizaciones al seguro. El empresario teatral abonará las cotizaciones a la entidad aseguradora.

El artículo 27 de los Estatutos de la caja de pensiones de los teatros alemanes establece que dan derecho a las prestaciones las situaciones de incapacidad laboral, invalidez, jubilación anticipada, cumplimiento de la edad normal de jubilación y muerte. A petición del interesado, la entidad aseguradora otorga, en concepto de prestaciones de supervivencia, una pensión de viudedad cuando, inmediatamente antes de producirse el hecho causante de la prestación, el asegurado estuviese afiliado al seguro, a título obligatorio o voluntario, o siguiese asegurado y si se completa el período de carencia.

En virtud de los artículos 32 y 34, tiene derecho a la pensión de viudedad la esposa o el esposo del asegurado o del jubilado, siempre que subsista el matrimonio hasta el día de fallecimiento de éste. El artículo 30, apar-

tado 5, de los mismos estatutos establece las reglas de determinación del importe de la pensión de jubilación, en la que se basa la prestación de supervivencia.

Los hechos del litigio principal que constan en la sentencia son los siguientes: el 8 de noviembre de 2001, el Sr. Maruko constituyó una pareja estable inscrita con un diseñador de vestuario de teatro que se hallaba afiliado a la caja de pensiones de los teatros alemanes desde el 1 de septiembre de 1959 y que continuó cotizando voluntariamente a esta entidad durante los períodos en los que la afiliación no era obligatoria. El compañero, miembro de la pareja inscrita, del Sr. Maruko falleció el 12 de enero de 2005.

Mediante escrito de 17 de febrero de 2005, el Sr. Maruko solicitó una pensión de viudedad a la caja de pensiones, la cual denegó su solicitud al cabo de pocos días basándose en que sus estatutos no preveían tal prestación para los miembros de las parejas inscritas.

El Sr. Maruko recurrió ante el Bayerisches Verwaltungsgericht München. En su opinión, la denegación de la caja vulneraba el principio de igualdad de trato ya que el legislador alemán había establecido, desde el 1 de enero de 2005, tal igualdad entre la pareja inscrita y el matrimonio mediante una modificación introducida en el Código de la Seguridad Social. El hecho de no otorgar a un miembro de una pareja inscrita, tras el fallecimiento del otro miembro, las prestaciones de supervivencia en las mismas condiciones que a un cónyuge superviviente constituía, a su juicio, una discriminación por razón de la orientación sexual de dicha persona. Según el Sr. Maruko, las parejas inscritas reciben un trato menos favorable que los cónyuges, aun cuando, como en su caso, se deben socorro y auxilio, se obligan mutuamente a llevar una vida en común y se hacen responsables el uno del otro. Afirmaba que el régimen patrimonial de las parejas inscritas equivale, en Alemania, al de los cónyuges.

El Bayerisches Verwaltungsgericht München dudaba, en primer lugar, sobre si el régimen de previsión de la caja de pensiones de los teatros alemanes era asimilable a un régimen público de seguridad social, en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78, en cuyo caso dicho régimen se encontraría fuera de su ámbito de aplicación. Abogaban en favor de tal asimilación el hecho de que la afiliación a la caja sea legalmente obligatoria y que, en las empresas teatrales, no sea posible una concertación relativa a dicha afiliación. No obstante, fuera de los períodos de trabajo, el personal de los teatros tiene la posibilidad de continuar afiliado voluntariamente a ese régimen de previsión, dicho régimen se basa en el principio de capitalización, las cuotas de cotización se pagan a medias entre la empresa teatral, por un lado, y el asegurado, por otro, y la caja de pensiones gestiona y regula su propia actividad de manera autónoma, sin intervención del legislador federal.

Habida cuenta de estas características y de la decisiva influencia que ejercen las empresas teatrales y los asegurados en su funcionamiento, el Bayerisches Verwaltungsgericht München se inclinaba a pensar que dicha entidad no gestiona un régimen asimilado a un régimen público de seguridad social, en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/78.

El Bayerisches Verwaltungsgericht München se preguntaba, en segundo lugar, si la prestación de supervivencia solicitada por el Sr. Maruko podía considerarse como «remuneración» en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, lo que justificaría la aplicación de ésta. Indicaba que, en principio, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las prestaciones de supervivencia están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del concepto de «remuneración». A su juicio, no rebata esta interpretación la circunstancia de que la prestación de supervivencia no se abona al trabajador sino a su cónyuge superviviente, porque el derecho a tal prestación es una ventaja que tiene su origen en la afiliación del trabajador al régimen de previsión gestionado por la caja de pensiones, de manera que dicha prestación se otorga al cónyuge superviviente del trabajador en el marco de la relación laboral entre éste y el empresario.

En tercer lugar, el Bayerisches Verwaltungsgericht München deseaba saber si las disposiciones de la Directiva 2000/78 se oponen a reglas estatutarias como las de la caja de pensiones de los teatros alemanes, en virtud de las cuales, tras la muerte de un miembro de la pareja inscrita, el otro miembro no percibe prestaciones de supervivencia equiparables a las que se otorgan al cónyuge superviviente, aun cuando, al igual que los cónyuges, los miembros de la pareja inscrita han vivido en una unión de por vida de socorro y ayuda mutua constituida de manera formal. En su opinión, si el asunto estuviese comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y existiese discriminación, el Sr. Maruko podría invocar las disposiciones de esta Directiva.

El Bayerisches Verwaltungsgericht München añadía que, contrariamente a las parejas heterosexuales, que pueden contraer matrimonio y, en su caso, tener derecho a la prestación de supervivencia, el asegurado y el demandante en el litigio principal no podían en ningún caso, por su orientación sexual, cumplir la condición del matrimonio a la que el régimen de previsión gestionado por la caja de pensiones supedita esta prestación. Ahora bien, según el órgano jurisdiccional remitente, las disposiciones de la Directiva 2000/78 puede oponerse a que normas como las de los estatutos de la caja de pensiones limiten la concesión de dicha prestación al cónyuge superviviente.

En el supuesto de que exista esa oposición, el Bayerisches Verwaltungsgericht München se planteaba, en cuarto lugar, si se puede permitir una discriminación por razón de la orientación sexual a la luz del vigésimo

segundo considerando de esta Directiva. En efecto, dado que este considerando no se recogió en el cuerpo normativo, se pregunta si puede restringir el ámbito de aplicación de sus disposiciones. En su opinión, habida cuenta de la importancia del principio comunitario de igualdad de trato, sería mejor no interpretar de manera extensiva los considerandos de esta Directiva. A este respecto, deseaba saber si la negativa de la caja de pensiones de los teatros alemanes a otorgar una prestación de supervivencia a una persona cuya pareja inscrita había fallecido constituye una discriminación permitida aunque se base en la orientación sexual.

Por último, el Bayerisches Verwaltungsgericht München deseaba saber si, en virtud de la sentencia Barber,⁵³ las prestaciones de supervivencia se limitan a los períodos posteriores al 17 de mayo de 1990. Indicaba que las disposiciones nacionales controvertidas se incluyen en el ámbito del artículo 141 CE y que el efecto directo de este artículo sólo puede ser invocado para las prestaciones adeudadas por períodos de empleo posteriores a dicha fecha. A este respecto, citaba la sentencia Coloroll Pension Trustees.⁵⁴

En estas circunstancias, el Bayerisches Verwaltungsgericht München decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales.

El Tribunal de Justicia examinó conjuntamente las cuestiones primera, segunda y cuarta, mediante las que se le preguntaba, en esencia, si una prestación de supervivencia otorgada en un régimen de previsión profesional como el gestionado por la caja de pensiones de los teatros alemanes estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

El Tribunal de Justicia interpretó que, a la luz del artículo 3, apartados 1, letra c), y 3, de la Directiva 2000/78, en relación con su decimotercer considerando, debe entenderse que el ámbito de aplicación de ésta no cubre los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 CE, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo sea el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo.

Por lo tanto, procedía determinar si una prestación de supervivencia otorgada por un régimen de previsión profesional como el gestionado por la caja de pensiones de los teatros alemanes puede ser asimilada a una «retribución» en el sentido del artículo 141 CE según el cual, se entiende por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en espe-

⁵³ Sentencia de 17 de mayo de 1990, C-262/88, Rec. p. I-1889.

⁵⁴ Sentencia de 28 de septiembre de 1994, C-200/91, Rec. p. I-4389.

cie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. De acuerdo con la jurisprudencia,⁵⁵ el hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación laboral no excluye que puedan tener carácter de «retribución» con arreglo al artículo 141 CE.

El Tribunal de Justicia ya ha reconocido que una pensión de supervivencia prevista por un plan de pensiones de empresa, concertado por medio de un convenio colectivo, está incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo. A este respecto, ha precisado que esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que la pensión de supervivencia, por definición, no se pague al trabajador, sino a su sobreviviente, puesto que tal prestación es una ventaja que procede de la participación en el plan del cónyuge del supérstitee, de modo que la pensión corresponde a este último por el vínculo de empleo entre el empresario y dicho cónyuge y se le paga en razón del empleo de este último.⁵⁶

Para apreciar si una pensión de jubilación, en la que se basa el cálculo, en su caso, de la prestación de supervivencia, como ocurría en el caso del Sr. Maruko, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE, el Tribunal de Justicia ha precisado también que, entre los criterios que había tenido en cuenta en su jurisprudencia, en función de las situaciones que se le habían sometido, para calificar un régimen de pensiones, sólo el criterio consistente en determinar que la pensión se abona al trabajador en razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario, es decir, el criterio del empleo, extraído del propio tenor de dicho artículo, puede tener carácter decisivo.⁵⁷

Bien es cierto que este criterio no puede tener carácter exclusivo, ya que las pensiones abonadas por regímenes legales de seguridad social pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad.⁵⁸ No obstante, las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de tra-

⁵⁵ Sentencias de 6 de octubre de 1993, Ten Oever, C-109/91, Rec. p. I-4879, apartado 8, y de 28 de septiembre de 1994, Beune, C-7/93, Rec. p. I-4471, apartado 21.

⁵⁶ Sentencias Ten Oever, antes citada, apartados 12 y 13; Coloroll Pension Trustees, antes citada, apartado 18; de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos, C-147/95, Rec. p. I-2057, apartado 22, y de 9 de octubre de 2001, Menauer, C-379/99, Rec. p. I-7275, apartado 18.

⁵⁷ Sentencias Beune, antes citada, apartado 43; Evrenopoulos, antes citada, apartado 19; de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. p. I-9383, apartado 28; de 12 de septiembre de 2002, Niemi, C-351/00, Rec. p. I-7007, apartados 44 y 45, y de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartado 56.

⁵⁸ Sentencias, antes citadas, Beune, apartado 44; Evrenopoulos, apartado 20; Griesmar, apartado 29; Niemi, apartado 46, y Schönheit y Becker, apartado 57.

bajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo.⁵⁹

Por lo que respecta al régimen obligatorio de previsión profesional de la caja de pensiones de los teatros alemanes, el Tribunal de Justicia señaló, en primer lugar, que su fuente es una norma laboral sectorial cuya finalidad, según la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, consiste en constituir un complemento de las prestaciones sociales adeudadas en virtud de la normativa nacional de aplicación general. En segundo lugar, que había quedado acreditado que dicho régimen lo financian exclusivamente los trabajadores y los empresarios del sector, excluyendo toda intervención financiera pública. Y, en tercer lugar, que el mismo régimen está destinado, según la ordenanza laboral, al personal artístico empleado en alguno de los teatros que funcionan en Alemania.

Además, para reconocer el derecho a la prestación de supervivencia, se exige que el cónyuge del beneficiario esté afiliado a la caja de pensiones antes de su muerte. Esta afiliación concierne obligatoriamente al personal artístico asalariado de los teatros alemanes, al igual que a un determinado número de personas que han decidido afiliarse voluntariamente a dicha caja después de demostrar que habían estado empleados un número mínimo de meses en un teatro alemán. Estos afiliados obligatorios y voluntarios forman una categoría particular de trabajadores.

Por otra parte, en cuanto al criterio de que la pensión debe depender directamente de los años de servicio cumplidos, el Tribunal de Justicia señaló que, en virtud de los estatutos de la caja de pensiones, el importe de la pensión de jubilación, en la que se basa la prestación de supervivencia, se determina en función del tiempo de afiliación del trabajador, solución que constituye una consecuencia lógica de la estructura del régimen de previsión profesional controvertido, el cual cubre dos tipos de afiliación.

De la misma manera, la ley no determina la cuantía de la pensión de jubilación, que se calcula, con arreglo a los estatutos de la caja de pensiones, sobre la base del importe total de las cotizaciones ingresadas durante todo el tiempo de afiliación del trabajador y a las que se aplica un factor de actualización. El Tribunal de Justicia decidió que la prestación de supervivencia solicitada dimanaba de la relación laboral de la pareja inscrita del Sr. Maruko y que, en consecuencia, debía calificarse de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE.

El Tribunal de Justicia añadió que esta conclusión no quedaba desvirtuada por el hecho de que la caja de pensiones de los teatros alemanes sea

⁵⁹ Sentencias, antes citadas, Beune, apartado 45; Evrenopoulos, apartado 21; Griesmar, apartado 30; Niemi, apartado 47, y Schönheit y Becker, apartado 58.

un organismo público⁶⁰ ni por el carácter obligatorio de la afiliación al régimen que da derecho a la prestación de supervivencia.⁶¹

Quedaba por examinar el alcance del vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, según el cual la Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen de tal estado.

A este respecto, el Tribunal de Justicia puntualizó que, si bien el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el derecho comunitario no restringe, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación.⁶²

Dado que la prestación de supervivencia en cuestión se calificaba de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y que quedaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, su vigésimo segundo considerando no podía poner en tela de juicio la aplicación de esta última.

Por estas razones, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones primera, segunda y cuarta que una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional, como el gestionado por la caja de pensiones de los teatros alemanes, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente deseaba saber si el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa en virtud de la cual un miembro de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia tal y como correspondería a un cónyuge, a pesar de haber mantenido una unión, formalizada para toda la vida, con obligaciones de asistencia y de protección, similar al matrimonio.

De acuerdo con la información que figuraba en el auto de remisión, a partir de 2001, Alemania había adaptado su ordenamiento jurídico para permitir a las personas del mismo sexo vivir como una unión, formalizada para toda la vida, con obligaciones de asistencia y de protección mutua. Habiendo optado por no abrir a estas personas la institución del matrimonio, que se mantiene reservada únicamente para las personas de diferente sexo, dicho Estado miembro ha creado para las personas del mismo sexo un régimen distinto, la pareja inscrita, cuyas condiciones se han ido asimilando

⁶⁰ Sentencia Evrenopoulos, antes citada, apartados 16 y 23.

⁶¹ Sentencia de 25 de mayo de 2000, Podesta, C-50/99, Rec. p. I-4039, apartado 32.

⁶² Véanse, por analogía, las sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325, apartado 92, y de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, C-444/05, Rec. p. I-3185, apartado 23.

progresivamente a las aplicables al matrimonio. En particular, la pareja inscrita se asimila al matrimonio en lo relativo a las pensiones de viudedad.

Habida cuenta de esa aproximación entre el matrimonio y la pareja inscrita, el órgano jurisdiccional remitente estimaba que la pareja inscrita, sin ser idéntica al matrimonio, sitúa a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a la prestación de supervivencia. Constató, sin embargo, que dicha prestación quedaba limitada, en virtud de lo dispuesto en los estatutos de la caja de pensiones, solamente al cónyuge superviviente y se le denegaba al miembro superviviente de una pareja inscrita. Concluía que, en tal caso, los integrantes de parejas inscritas reciben un trato menos favorable que los cónyuges supervivientes en lo relativo a la mencionada prestación de supervivencia.

El Tribunal de Justicia indicó al órgano jurisdiccional que le había interrogado que, para el caso de que apreciara que los cónyuges supervivientes y los miembros de una pareja inscrita se hallan en una situación comparable en lo relativo a esa misma prestación de supervivencia, deberá considerar que una normativa como la controvertida constituye una discriminación directa por razón de la orientación sexual, en el sentido de los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

Por tanto, respondió a la tercera cuestión que el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Añadió que le corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por la caja de pensiones de los teatros alemanes.

Mediante su quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente deseaba saber, para el caso de que el Tribunal de Justicia declarara que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida, si procedía limitar en el tiempo la prestación de supervivencia controvertida y, en particular, restringirla a los períodos posteriores al 17 de mayo de 1990 basándose en la jurisprudencia Barber.

Es cierto que, según la jurisprudencia, con carácter excepcional y teniendo en cuenta los graves trastornos que su sentencia podría provocar en situaciones jurídicas anteriores, el Tribunal de Justicia puede limitar la posibilidad de que cualquier interesado alegue la interpretación que dé a una disposición en el marco de un procedimiento prejudicial. Tal limitación sólo

puede, sin embargo, ser admitida por el propio Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada.⁶³

No obstante, en este caso no se desprendía de los autos que el equilibrio financiero del régimen gestionado por la caja de pensiones de los teatros alemanes corriera el riesgo de verse negativamente afectado de modo retroactivo si no se ponían límites temporales a los efectos de la presente sentencia.

Por tanto, el Tribunal de Justicia respondió a esta pregunta que no procedía limitar en el tiempo los efectos de la sentencia.

Comentario

A pesar de que la Directiva 2000/78 tiene un campo de aplicación material muy amplio, ya que abarca, en el ámbito del empleo y de la ocupación, nada menos que acciones de discriminación por motivos tan diversos como son la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y de que los Estados miembros habrían debido transponerla a su legislación interna antes de diciembre de 2003, son pocas las ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales nacionales han solicitado al Tribunal de Justicia que interpretara alguna de sus disposiciones.

En efecto, hasta la fecha, la interpretación de esta Directiva sólo ha dado lugar a cuatro sentencias. Además de ésta, en la que se ha examinado la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual en las condiciones impuestas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones de un régimen profesional de pensiones, el Tribunal de Justicia ha dictado dos que trataban de la discriminación por razón de la edad⁶⁴ y una que trataba de la discriminación por razón de una discapacidad.⁶⁵ De estas cuatro, dos habían sido planteadas por órganos jurisdiccionales españoles.

Antes de la adopción de la Directiva 2000/78, en noviembre de 2000, estos tipos de discriminación no se hallaban reconocidos por la legislación comunitaria, habiéndose negado el Tribunal de Justicia a interpretar de manera lo suficientemente amplia las disposiciones existentes en materia de igualdad de trato en el ámbito del empleo de manera que la discriminación por razón de la orientación sexual fuera equiparada a una discriminación por razón de sexo. La directiva se adoptó sobre la base de la

⁶³ Sentencias Barber, antes citada, apartado 41, y de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros, C-292/04, Rec. p. I-1835, apartado 36.

⁶⁴ Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981 y de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531.

⁶⁵ Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, Rec. p. I-6467.

modificación introducida en el Tratado CE por el Tratado de Ámsterdam, que figura en el artículo 13 CE, que habilita al Consejo a legislar para suprimir diferentes formas de discriminación.

Hasta ahora sólo se había discutido ante el Tribunal de Justicia sobre la discriminación por razón de la orientación sexual en el asunto que dio lugar a la sentencia Grant.⁶⁶ Entonces, el Tribunal afirmó que el derecho comunitario, en el estado en el que se encontraba en ese momento, no se aplicaba a una discriminación de estas características.⁶⁷

En efecto, en los años noventa, por una parte, la Comunidad carecía de legislación al respecto. Por otra parte, si bien el derecho de algunos de los Estados miembros equiparaba la vida en común de dos personas del mismo sexo al matrimonio, aunque de modo incompleto, en la mayor parte de ellos se equiparaba a las relaciones heterosexuales estables sin vínculo matrimonial sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o no era objeto de ningún reconocimiento específico. La situación en ambos frentes ha cambiado notablemente desde entonces.

A la vista de la respuesta que dio el Tribunal de Justicia en la sentencia Grant, la cuestión prejudicial que había planteado otro juez británico y que dio lugar al asunto Perkins fue retirada.⁶⁸ En este asunto se pedía la interpretación de las disposiciones de la directiva 76/207 en relación con la política de las autoridades británicas consistente en expulsar de las fuerzas armadas a cualquier persona de orientación homosexual.

Cabe, por último, preguntarse la razón por la que el Tribunal de Justicia dio una respuesta tan escueta a la quinta cuestión, para lo que se basó únicamente en su jurisprudencia clásica relativa a la limitación de los efectos en el tiempo de sus resoluciones. En efecto, si bien es cierto que el peligro para el equilibrio financiero de un régimen profesional de pensiones ha sido un elemento determinante para limitar en el tiempo los efectos de sus sentencias, peligro que en el presente asunto no se había alegado, no lo es menos que, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de ese tipo de regímenes y de evitar que se vieran enfrentados al pago de pensiones en supuestos no previstos en sus estatutos, los Estados miembros adoptaron el

⁶⁶ Sentencia de 17 de febrero de 1998, C-249/96, Rec. p. I-621.

⁶⁷ El juez nacional preguntaba, en esencia, si el hecho de que un empresario se negara a conceder una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantenía una relación estable constituía una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado (actualmente artículo 141 CE) y por la Directiva 75/117, cuando esa reducción se concedía en lo que respecta al cónyuge del trabajador o a la persona, de distinto sexo, con la que éste mantuviera una relación estable sin vínculo matrimonial.

⁶⁸ Asunto C-168/97.

llamado «Protocolo Barber».⁶⁹ En virtud de este Protocolo, a los fines de la aplicación del artículo 141 CE, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o de sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción antes los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional de aplicación.⁷⁰

⁶⁹ Protocolo sobre el artículo 141 (antiguo artículo 119) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que tiene su origen en el Tratado de Maastricht.

⁷⁰ Este Protocolo sí fue, sin embargo, tomado en cuenta por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de julio de 2000, Defreyne, C-166/99, Rec. p. I-6155, apartado 33.

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.—I. El estado de la integración. I.1. La ratificación del Tratado de Lisboa: el rechazo de Irlanda. I.2. Unión Monetaria Europea: décimo aniversario del euro e incorporación de Eslovaquia en 2009. I.3. Ampliación: Turquía y Croacia. I.4. Acuerdo de asociación y estabilidad con Serbia.—II. La actualidad institucional de la Unión Europea. II.1. Los consejos europeos de la presidencia eslovena. II.2. Comisión: cambios de los comisarios chipriota e italiano.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. III.1. La Unión Monetaria Europea: amenaza de subida de los tipos de interés y cotización máxima frente al dólar. III.2. Cumbre UE-América Latina en Perú. III.3. Levantamiento de sanciones diplomáticas a Cuba. III.4. Tribunal de Justicia: condena a España por limitar las inversiones extranjeras en compañías españolas de energía. III.5. Tribunal de Justicia: condena a España por las ventajas fiscales sobre I+D+i. III.6. Comisión Europea: dictamen contra el «céntimo sanitario». III.7. Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario. III.8. Tribunal de Justicia: informe del Abogado General sobre la fiscalidad vasca.

Introducción

La ratificación del Tratado de Lisboa ha sufrido un serio revés con el rechazo de Irlanda el 12 de junio. Europa se enfrenta a una nueva crisis para definir su nuevo marco institucional, a pesar de la decisión de continuar con los procesos de ratificación pendientes.

Entre tanto, los Veintisiete han dado su visto bueno a la incorporación de Eslovaquia a la zona euro, con lo que ya serán Dieciséis los Estados integrados en la Unión Monetaria. La Unión también ha renovado el espíritu del denominado Proceso de Barcelona con el proyecto «Europa por el Mediterráneo» y ha celebrado una nueva cumbre con los países de América Latina.

The ratification process of the Lisbon Treaty has suffered a serious setback as a result of Ireland's rejection last 12th June. Europe is facing a new crisis as trying to define its institutional framework, despite its decision to finalize the ratification processes in all remaining member States.

In the meantime, the Twenty-Seven have approved the entrance of Slovakia to the Eurozone, and therefore the Monetary Union will be integrated by Sixteen member States. The Union has also renewed the spirit launched in the so called Barcelona Process with the project «Union for the Mediterranean» and has celebrated a new summit with the Latin American countries.

I. El estado de la integración

I.1. La ratificación del Tratado de Lisboa: el rechazo de Irlanda

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, los Estados comunitarios iniciaron sus preceptivos procesos de ratificación. Durante los primeros meses de 2008 se sucedieron dichas ratificaciones en un numeroso grupo de Estados miembros, entre los que destacaban particularmente los «nuevos» países de la Unión, incorporados en 2004 y 2007.

También era reseñable la aprobación del Tratado por parte de Francia, ya que en mayo de 2005 este país había rechazado el texto constitucional en referéndum. Casi tres años después, el 14 de febrero, eran los diputados y senadores franceses quienes daban su visto bueno al nuevo Tratado.

En la votación de la Asamblea Nacional se registraron 336 votos favorables, 52 en contra y 22 abstenciones. Esta abrumadora mayoría fue posible gracias al voto mayoritario de los diputados del partido gobernante de Sarkozy y, también, de los diputados socialistas, a pesar de la división mostrada por el Partido Socialista francés en la campaña del referéndum de 2005. Los comunistas, en cambio, votaron en contra del Tratado, y su portavoz señaló que la jornada había sido «una jornada negra para la democracia» y reiteró su aspiración de «otra Europa, social, con un justo reparto de las riquezas, y garante de una paz duradera». La votación posterior en el Senado también concluyó con un apoyo inequívoco al Tratado, con 265 votos favorables y 42 en contra.

Sin embargo, la que parecía iba a ser una ratificación «fácil», debido a la mayoritaria vía parlamentaria de los procesos nacionales, encontró una gran complicación el pasado 12 de junio, cuando se hizo público el resultado negativo de la única consulta convocada entre los ciudadanos europeos en Irlanda.

En efecto, obligado por su Constitución, el gobierno irlandés convocó a sus ciudadanos para que se pronunciaran sobre el Tratado, y éstos dijeron «no». Con una tasa de participación considerada alta si se compara con consultas anteriores de este tipo, 53,1%, el porcentaje de voto contrario a la ratificación fue del 53,4% (862.415 votos) y el favorable, del 46,6% (752.451 votos).

Tras este resultado, la UE ha entrado en una nueva crisis que recuerda a la que ya vivió con el Tratado de Niza, cuando en 2001 también Irlanda paralizó su ratificación, o la más reciente de la fallida Constitución. Ahora, el Tratado de Lisboa se sitúa en una especie de «limbo legal», según expresión de muchos analistas, como resultado de la decisión de 110.000 votantes irlandeses.

Los líderes europeos, conscientes de los graves efectos negativos que se desatarían por el rechazo de los irlandeses, habían redoblado sus esfuerzos para apoyar el «sí». Ya en abril, la canciller alemana, Angela Merkel, el presidente de la Comisión, Jose Manuel Durao Barroso, y el presidente del Parlamento Europeo, Hans Gert Pöttering, se habían desplazado a Dublín para respaldar a los europeístas irlandeses.

Y, también, en los últimos meses se habían desarrollado ciertas iniciativas que pretendían reforzar este apoyo al Tratado: el retraso del debate sobre la reforma del presupuesto comunitario (reforma que reducirá eventualmente las ayudas agrícolas de las que Irlanda es país beneficiado), el aplazamiento del debate sobre armonización fiscal (Irlanda aplica un tipo en el Impuesto de Sociedades del 12,5% lo que constituye uno de sus atractivos para captar inversiones), o el endurecimiento de las trabas a las exportaciones de carne de Brasil (medida que sin duda beneficia a la producción irlandesa).

Sin embargo, a pesar de estos intentos «europeos» por respaldar la ratificación del Tratado que apoyaban la gran mayoría de partidos políticos irlandeses, tanto del gobierno como de la oposición, no pudo evitarse el rechazo procedente de una peculiar alianza, formada por sensibilidades tan diversas como el Sinn Fein, agrupaciones neoliberales, partidos republicanos y de izquierdas, sindicatos, la iglesia más fundamentalista, o los nacionalistas más radicales.

Representantes de estas posiciones contrarias al Tratado hicieron valer, durante la campaña, sus argumentos: la pérdida de poder de Irlanda en Europa, el temor a la pérdida de su neutralidad internacional y la falta de información sobre el propio Tratado.

La primera reacción de la Unión fue de cautela, ante la que, sin duda, es una nueva crisis que bloquea la reforma institucional prevista en el Tratado de Lisboa. En este sentido, el Consejo de Ministros de Exteriores celebrado en Luxemburgo el 16 de junio trató de dar una imagen de normalidad, y los

responsables de la Diplomacia de los Veintisiete se comprometieron a seguir con el proceso de ratificación y dar un tiempo a Dublín para que propusiera una solución a la situación.

Con la excepción de la República Checa, los Ocho países que aún debían ratificar el Tratado, aseguraron al finalizar el Consejo que continuarían con sus respectivos procesos de ratificación parlamentaria, tal como habían estado previstos con anterioridad al referéndum de Irlanda. El ministro español, Miguel Ángel Moratinos, afirmó que España lo concluirá previsiblemente a comienzos de octubre.

Frente a las posturas que mayoritariamente invocaron a la unidad y a la calma para afrontar la crisis, el gobierno checo se convirtió en protagonista del Consejo de Asuntos Generales por ser el Estado miembro que mostró mayores dudas sobre la continuación del proceso de ratificación. Su ministro de Exteriores se limitó a describir el estado del proceso en su país, que incluye el examen por parte del Tribunal Constitucional y el envío posterior del Tratado al Senado.

Apenas dos días después de la reunión ministerial de la UE, el Parlamento británico ratificó el Tratado de Lisboa, en lo que se interpretó como un «balón de oxígeno» para el proceso tras el «no» irlandés. La Cámara de los Lores había rechazado previamente la propuesta conservadora de retrasar hasta Octubre la ratificación, a la espera de conocer el proceso de ratificación en otros países y la solución europea al rechazo irlandés.

De esta manera, son siete los Estados que tienen pendiente la ratificación: República Checa, Suecia, Chipre, Italia, España, Países Bajos y Bélgica.

1.2. Unión Monetaria Europea: décimo aniversario del euro e incorporación de Eslovaquia en 2009

Hace ya diez años, el 2 de mayo de 1998, la Unión Europea aprobó definitivamente la puesta en marcha de la fase final de la Unión Monetaria Europea y la creación de la nueva moneda europea el 1 de enero de 1999.

Con motivo de tal aniversario, la Comisión Europea hizo pública, el pasado 7 de mayo, una comunicación en la que hacía balance de esta década, en un tono de general satisfacción. Bruselas destacaba, en efecto, las condiciones económicas de los Quince Estados que integran la eurozona, en comparación con los demás grandes actores de la esfera internacional.

Las Economías de la Unión Monetaria Europea representan el 21,9% del PIB mundial, y su déficit público medio apenas alcanza el 0,6% de su PIB conjunto, según las últimas estadísticas. Además, el paro se sitúa en niveles históricamente bajos, el 7,1% (una década antes se situaba en el 11%)

y, en términos generales, la Europa del Euro es una zona económica razonablemente homogénea.

Otros indicadores del éxito de la existencia de la moneda única apuntados por la Comisión hacen referencia al incremento que la Eurozona representa en la Inversión Extranjera Directa mundial, ya que ésta ha pasado de significar el 20% al 35%. También señala el crecimiento del comercio interior de la Eurozona, que supone casi el 60% del total del comercio de los Quince países que la componen.

También destacan otros dos datos relevantes: la facturación en euros representa más de la mitad del conjunto del comercio exterior de la Eurozona, y el 26% de las reservas mundiales de divisas se denominaban en la divisa europea en 2006.

El 1 de junio de 2008 se celebró también el décimo aniversario del Banco Central Europeo, ya que diez años antes había sustituido al Instituto Monetario Europeo. Durante esta década, el BCE se ha hecho merecedor de una sólida credibilidad en el cumplimiento de su objetivo, la estabilidad de precios. La tasa de inflación media de la eurozona desde 1998 apenas ha superado el 2%, que es el objetivo marcado por el propio Banco, y se han creado casi 17 millones de empleos, un millón más que en Estados Unidos.

La autoridad monetaria europea ha debido vencer el escepticismo y las muchas dudas que le acogieron en 1998, y forjar una estrategia de política monetaria propia e independiente, tomando sus decisiones sobre la base del conjunto de la eurozona, y no sobre situaciones particulares de determinados países.

Por otra parte, la Comisión Europea hizo pública también su aprobación a la entrada de Eslovaquia a la Unión Monetaria el 1 de enero de 2009. Consideraba Bruselas que este país cumplía los criterios de convergencia y, por tanto, podría protagonizar la tercera ampliación de la eurozona, llegando ésta a sumar Dieciséis Estados.

Eslovaquia registró una tasa de inflación en marzo de 2008 del 2,2%, valor netamente inferior a la referencia del 3,2%, y el tipo de interés medio a largo plazo en febrero se situó en el 4,5%, que también supuso un valor inferior a la referencia del 6,5%. Por lo que se refiere a las finanzas públicas, tanto el déficit como la deuda se sitúan por debajo de los límites exigidos del 3% y 60% de PIB, respectivamente. El déficit se situó en el 2,2% en 2007, y bajará hasta el 2% en 2008, según las previsiones de primavera de la Comisión; por su parte, la deuda alcanzó el 29,4% del PIB en 2007. Por lo que se refiere al cumplimiento del quinto criterio de convergencia, la corona eslovaca forma parte del mecanismo europeo de Tipos de cambio desde el 28 de noviembre de 2005 sin haber registrado desde entonces, graves tensiones.

En opinión del comisario de Asuntos Económicos, Joaquín Almunia, «Eslovaquia ha alcanzado un alto nivel de convergencia económica soste-

nible y está preparada para adoptar el euro el 1 de Enero de 2009», aunque también alertó de que, para garantizar el éxito de este cambio de divisa en el país centroeuropeo, sus autoridades «deben mantener el control de la inflación, fijar unos objetivos más ambiciosos en materia de consolidación presupuestaria y reforzar su posición competitiva». Aunque las conclusiones de la Comisión fueron respaldadas por el Banco Central Europeo, la decisión definitiva sobre la entrada de Eslovaquia en la Eurozona fue tomada por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo que se celebró los días 19 y 20 de junio en Bruselas. Los Ministros de Economía adoptarán, a su vez, una decisión formal el 8 de julio, cuando deberán fijar, además, el tipo de cambio fijo e irrevocable de la corona eslovaca respecto al euro.

I.3. *Ampliación: Turquía y Croacia*

La candidatura turca de integración en la Unión Europea sufrió un nuevo traspiés en abril, como consecuencia de la decisión del Tribunal Constitucional de Turquía de admitir a trámite un proceso para la ilegalización del gobernante Partido de la Justicia y el Desarrollo (AKP), acusado de atentar contra el laicismo oficial del país.

La máxima corte otomana había aceptado la solicitud, presentada el 14 de marzo por el fiscal general, para, en efecto, ilegalizar el partido e inhabilitar, durante cinco años, a alrededor de setenta de sus principales miembros, incluido el actual primer ministro, Tayyip Erdogan, y el presidente de la República, Abdülá Gül.

El conflicto entre el partido de base islamista, democráticamente elegido en Julio del pasado año, y el aparato laico del Estado, formado fundamentalmente por militares y jueces, recibió una dura crítica por parte del comisario para la Ampliación, el finlandés Olli Rhen.

El comisario llegó a advertir que Bruselas podría reconsiderar la Adhesión de Turquía si, finalmente, la formación del primer ministro Erdogan, que se impuso en las elecciones generales del pasado verano con el 46% de los votos, fuera declarada al margen de la Carta Magna turca.

Los miembros del AKP descalificaron de inmediato la acción de la fiscalía y la decisión del Tribunal, ya que, en su opinión, ambas esconden motivos políticos y podrían llevar a dividir a la sociedad turca, además de afectar a los mercados financieros y provocar inestabilidad económica en el país. Recurrieron, asimismo, a las palabras de Rehn en el sentido de que «la prohibición de partidos políticos sólo está justificada en el caso de que defiendan la violencia o la usen para socavar la democracia».

Por su parte, el presidente de la Comisión Europea, Jose Manuel Durao Barroso, viajó a Ankara a mediados de abril y, ante el Parlamento turco,

trató de evitar ahondar en el conflicto. Prefirió, en cambio, señalar el largo camino que tiene Turquía por delante para llegar a ser Estado miembro de la Unión. Se refirió a la necesidad de avanzar en la defensa de la libertad de expresión, los derechos de las mujeres, la reforma del sistema judicial y la protección de las minorías étnicas y religiosas.

Por su parte, Croacia, el segundo país que negocia actualmente su Adhesión a la UE, decidió, en marzo, renunciar a sus reservas pesqueras, y modificar así su anterior reivindicación sobre una importante zona del Adriático, con la que pretendía salvaguardar sus recursos pesqueros de las capturas de la potente flota italiana.

El Parlamento croata adoptó esta decisión sin duda forzado por las amenazas de la Unión Europea de bloquear las negociaciones de Adhesión, y siguiendo la pauta mostrada por el gobierno, cuyo primer ministro, Ivo Sanader, había manifestado unos días antes que «el gobierno considera que la entrada de Croacia en la Unión Europea es una prioridad absoluta».

I.4. Acuerdo de asociación y estabilidad con Serbia

El pasado 29 de abril, los Veintisiete ministros de Exteriores dieron su aprobación al Acuerdo de Asociación y Estabilización con Serbia, que se firmó ese mismo día en Luxemburgo.

El pacto cobró especial relevancia por el delicado momento que atraviesa el país tras la Declaración unilateral de independencia de Kosovo, hecha pública el 17 de febrero por el Parlamento kosovar.

Esta Declaración contó con el apoyo de Estados Unidos y de una mayoría de Estados miembros de la Unión Europea, mientras que Rusia y la propia Serbia mostraron su rechazo al reconocimiento de la antigua provincia serbia como Estado independiente. De hecho, al día siguiente de la Declaración, la Unión Europea adoptó una resolución conjunta en la que se calificaba a Kosovo como un «caso único», y se dejaba a cada Estado miembro libertad para decidir sobre el reconocimiento o no de la independencia declarada, «según sus prácticas nacionales y sus reglas jurídicas».

De hecho, apenas diez días antes de la declaración independentista de Kosovo, el gobierno de Serbia había decidido el retraso de la firma del Acuerdo con la UE, porque quien era entonces primer ministro serbio, Vojislav Kostunica, entendía que la UE apoyaba el proceso separatista de la provincia de mayoría albanesa administrada por Naciones Unidas desde 1999. El pacto hubiera equivalido, en su opinión, a la aceptación del proceso independentista, en la medida en que la UE tutelaría previsiblemente dicho proceso, con la preparación de una misión civil de supervisión.

El comisario responsable de la Ampliación, Olli Rehn, reconoció que la situación de Serbia era «delicada» pero también insistió en que el triunfo del europeísta Boris Tadic en las elecciones presidenciales serbias el 3 de febrero significaba que «los serbios quieren un futuro europeo y una vida mejor». En su opinión, «es triste que los políticos serbios vayan en contra de los sentimientos e intereses de sus ciudadanos, y acusó a Kostunica, socio de gobierno de Tadic, de no cumplir su palabra. Rehn afirmó que había sido el entonces primer ministro quien había pedido a la Comisión que acelerara el proceso de integración europea de Serbia y que no estableciera ningún vínculo entre este proceso y el estatuto de Kosovo.

La Unión Europea se plantea, en efecto, unas relaciones complejas con Serbia. Por una parte, pretende establecer unos vínculos estrechos con el país, pero éstos se ven necesariamente dificultados por el apoyo a la independencia de Kosovo mostrado por muchos de sus Estados miembros.

El ministro de Asuntos Exteriores serbio, Vuk Jeremic, calificó el día de la firma del Acuerdo con la UE como de «día histórico» para su país. «Es un día a partir del cual la Adhesión de Serbia no se va a cuestionar», señaló.

En cualquier caso, la firma del Acuerdo se llevó a cabo con el compromiso por parte de Serbia de ofrecer una plena cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, lo que incluye que Belgrado entregue a los criminales de guerra que le reclama dicho Tribunal. De hecho, no se iniciará el proceso de ratificación del Acuerdo hasta que Serbia demuestre dicha colaboración.

II. La actualidad institucional de la Unión Europea

II.1. *Los consejos europeos de la presidencia eslovena*

Durante el primer semestre de 2008, la presidencia de la Unión correspondió, por vez primera, a uno de los Estados de más reciente incorporación, Eslovenia.

Como viene siendo habitual, esta presidencia de turno convocó una «cumbre de primavera» en Bruselas, con un enfoque de debate fundamentalmente económico.

Durante los días 13 y 14 de marzo, los Veintisiete Jefes de Estado o de Gobierno respaldaron una estrategia encaminada a recortar las emisiones de gases de efecto invernadero y a impulsar las energías renovables. Se comprometieron a aprobar medidas, antes de final de 2008, contra el cambio climático, con el fin de seguir liderando la acción internacional en este ámbito.

Con esta decisión se abrirán complejas negociaciones a lo largo del año, puesto que se revisará el sistema europeo de comercio de emisiones y

la carga que cada Estado deberá asumir en los próximos años para reducir el CO₂ procedente de sectores «difusos» como el transporte, la agricultura o la vivienda. En las conclusiones del Consejo Europeo se incluyó, finalmente, una referencia a las industrias más consumidoras de energía, que pueden verse más afectadas por los planes comunitarios, industrias siderúrgicas, cementeras y químicas, entre otras. Los Veintisiete se comprometieron, en este sentido, a analizar posibles medidas para evitar que la lucha contra el cambio climático se traduzca en una desventaja competitiva para estas industrias que, en su caso, pudiera provocar la deslocalización de fábricas hacia países con una legislación ambiental más permisiva.

Un segundo asunto tratado en la cumbre fue la «Unión para el Mediterráneo», proyecto promovido por el presidente francés Nicolás Sarkozy, que pretende impulsar la cooperación entre la UE y los países del Norte de África y Oriente Próximo, y relanzar, por tanto, el proceso de cooperación entre las dos orillas del Mediterráneo planteado en 1995 en Barcelona (el conocido como «Proceso de Barcelona»).

Con el apoyo de la canciller alemana Angela Merkel, Sarkozy presentó la iniciativa a sus colegas argumentando que «Barcelona no ha funcionado». «Era una buena idea, una buena intuición, pero no se han producido todos los frutos que deseábamos», señaló el presidente francés. Se quejó, asimismo, de que pese a los fondos invertidos (cerca de 20.000 millones de euros), «Europa ha tenido hasta ahora poca visibilidad política en la región».

Según el proyecto aprobado, se creará una nueva organización que contará con una presidencia compartida por parte de un Estado mediterráneo de la Unión y un país no comunitario, durante dos años. Contará únicamente con los fondos del Proceso de Barcelona, y comenzará a funcionar el 13 de julio en París, tras una cumbre que se celebrará durante los primeros días de la presidencia francesa de la Unión.

En cualquier caso, y a pesar de la satisfacción mostrada por la delegación gala tras la aprobación de su iniciativa en el Consejo Europeo, ésta no pudo ocultar la realidad de un proyecto muy rebajado respecto al proyecto inicial, en el que se planteaba una estructura mucho más amplia, con una decena de agencias especiales y un banco de gestión de asistencia. Finalmente, la «Unión para el Mediterráneo» nacerá con una secretaría y una veintena de personas.

Por su parte, el Consejo Europeo ordinario, celebrado en Bruselas los días 19 y 20 de junio, con el que Eslovenia daba por finalizada su presidencia de la Unión, debió adaptar su agenda a la más inmediata actualidad derivada del rechazo irlandés al Tratado de Lisboa.

Los Jefes de Estado y de Gobierno analizaron las salidas posibles al bloqueo provocado por Irlanda. Los Veintisiete decidieron, finalmente, dar un tiempo al gobierno irlandés para que, tras realizar consultas internas y

con otros Estados miembros, plantease una «forma común de seguir adelante». Acordaron volver a tratar el asunto en el próximo Consejo Europeo de 15 de octubre.

En el comunicado final de la cumbre se destacaba que «los Parlamentos de Diecinueve Estados miembros han ratificado ya el nuevo Tratado», y que el proceso de ratificación «continúa en otros Estados miembros».

De esta manera, la UE decidió continuar con el proceso de ratificación pendiente en Siete Estados, incluyendo el compromiso de la República Checa que, con anterioridad, había mostrado sus reticencias al respecto.

Los representantes checos hicieron valer su deseo de que su país ratifique el texto antes de fin de año, ya que el 1 de enero de 2009 Chequia asumirá la presidencia de la Unión. En todo caso, la cumbre añadió a su texto de conclusiones una nota en la que se reconocía que la República Checa «no puede completar el proceso de ratificación hasta que el Tribunal Constitucional emita su dictamen favorable sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con el ordenamiento constitucional checo».

II.2. *Comisión: cambios de los comisarios chipriota e italiano*

Durante el primer semestre de 2008 se han producido dos cambios en el seno de la Comisión Europea. En primer lugar, el 10 de abril, se producía el relevo del comisario chipriota, cuando el comisario Markos Kyprianou fue sustituido por Androulla Vassiliou. Después, el 9 de mayo, Antonio Tajan sustituía al comisario italiano Franco Frattini.

En ambos casos, los comisarios salientes, Kyprianou y Frattini, abandonaron la capital europea para incorporarse a sus respectivos gobiernos nacionales, como Ministros de Asuntos Exteriores.

El gobierno chipriota propuso como sustituta de Kyprianou a Androulla Vassiliou, quien obtuvo la conformidad del presidente de la Comisión, y asumió la misma cartera que gestionaba su predecesor, la correspondiente a «Sanidad». Abogada de profesión, Vassilou ha ocupado puestos de destacada responsabilidad en su país, incluyendo la vicepresidencia del Partido de los Demócratas Liberales Europeos y de Reforma (ELDR) entre 2001 y 2006, y también la presidencia de la Federación chipriota de Mujeres empresarias y profesionales.

Por su parte, Franco Frattini abandonó la Comisión Europea para asumir el ministerio de Exteriores en el nuevo gobierno de Italia, presidido por Silvio Berlusconi.

El designado por Roma para sustituir a Frattini en Bruselas fue Antonio Tajan, diputado en el Parlamento Europeo desde 1994, miembro del Partido Popular Europeo y militante del partido de Berlusconi, Forza Italia.

Sin embargo, en este relevo se ha producido un cambio de cartera. El presidente de la Comisión, Jose Manuel Durao Barroso, decidió que el comisario francés Jacques Barrot asumiera la responsabilidad que con anterioridad correspondía a Frattini, la relativa a «Justicia, Libertad y Seguridad».

De hecho, Barrot ya había asumido esta cartera a mediados de marzo para sustituir al italiano, quien había solicitado una excedencia temporal para participar en la campaña electoral italiana. Barroso justificó su deseo de que el francés continuara en esta cartera hasta el final de su mandato por el trabajo «excelente» que había realizado hasta entonces y con el objetivo de «garantizar la coherencia y la eficacia de un trabajo complejo y sensible».

Dado que, en efecto, es responsabilidad última del presidente de la Comisión Europea estructurar y designar competencias a los comisarios, Barroso hizo valer dicha potestad y forzó el cambio en la cartera del nuevo comisario italiano.

Antonio Tajan es, de esta manera, el nuevo comisario europeo de «Transportes», cartera que abandona Jacques Barrot. Distintos medios europeos e italianos destacaron al respecto la pérdida de peso político de Italia en la Comisión, derivada de la asignación de una cartera considerada «menor».

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

III.1. *La Unión Monetaria Europea: Amenaza de subida de los tipos de interés y cotización máxima frente al dólar*

Durante las reuniones mantenidas en el primer semestre del año, el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo ha decidido mantener inalterados los tipos de interés en el 4%, con lo que se cumplía ya un año con este valor.

Sin embargo, tras el encuentro de Junio, el presidente del Banco, Jean Claude Trichet, señaló que la institución «se mantiene en estado de alerta elevada», por los riesgos inflacionistas que atraviesa la eurozona. La inflación interanual alcanzó en mayo el 3,6%, valor muy superior al objetivo a medio plazo que se plantea el BCE (inflación máxima del 2%), y las perspectivas del propio Banco sitúan el crecimiento de precios para el conjunto de 2008 entre el 3,2 y el 3,6%, la tasa más alta en los diez años de Unión Monetaria.

La escalada de los precios del petróleo y de los alimentos no parece dejar mucho margen de maniobra a la institución, y es quizás por esta razón que Trichet se manifestó, en la rueda de prensa que siguió a la reunión del Consejo de Gobierno del Banco, con una claridad sin precedentes porque

alertó directamente sobre una posible subida de tipos en julio. «No excluimos un pequeño ajuste de tipos», señaló.

Parece claro que el BCE no tiene ninguna intención de ceder a las peticiones que, desde distintos ámbitos, le reclaman rebajas de tipos que contrarresten la actual desaceleración económica. Su ortodoxia monetaria le hace anteponer su objetivo prioritario, el control de precios en la eurozona.

Por otra parte, en abril, el euro marcó nuevos máximos en su cotización frente al dólar norteamericano, superando la barrera de los 1,60 dólares. Este tipo de cambio es, de hecho, el mayor valor que ha alcanzado la moneda europea desde su creación en 1999.

Esta fortaleza del euro se ve respalda por el diferencial de interés con Estados Unidos, en donde los tipos se sitúan en el 2%, y que será mayor si se confirma el incremento previsto para Julio en la Unión Monetaria Europea.

III.2. *Cumbre UE-América latina en Perú*

La Unión Europea y los países de América Latina y el Caribe celebraron su Quinta Cumbre en la capital de Perú, Lima, el pasado 16 de mayo.

La reunión, que se celebra cada dos años, congregó esta vez a sesenta Jefes de Estado y de Gobierno y sirvió para debatir sobre dos temas clave en las relaciones de ambas regiones: la lucha contra la pobreza y la cohesión social, por una parte, y la protección del medio ambiente y el cambio climático, por otra.

La declaración final de la cumbre, titulada «Respondiendo juntos a las prioridades de nuestros pueblos», plantea una ambiciosa agenda para los dos próximos años en lo que respecta a la erradicación de la pobreza y el logro de un crecimiento económico sostenible.

La Declaración de Lima incluye también el lanzamiento de un programa conjunto contra el cambio climático bautizado «Euroclima», que permitirá compartir conocimientos y coordinar acciones contra el calentamiento global del planeta.

Respecto a la escasez y el encarecimiento progresivo de los alimentos, los líderes europeos y latinoamericanos aprobaron una iniciativa hispano-brasileña encaminada a constituir un programa de asistencia urgente para Haití, escenario reciente de graves disturbios debido a la carestía de los alimentos. Y también hicieron explícito el compromiso de ambas regiones para desarrollar un enfoque global sobre la emigración y una coordinación reforzada en la lucha contra la droga.

Por otra parte, y a pesar de las diferentes posturas manifestadas por los mandatarios reunidos, éstos expresaron un deseo común sobre un «final

exitoso y oportuno» de la ronda negociadora de Doha en la Organización Común del Comercio (OMC).

Respecto a las negociaciones comerciales con los bloques latinoamericanos (países centroamericanos, andinos y Mercosur), la Unión Europea urgió a sus socios latinoamericanos para que reflexionen sobre su oferta de negociación. Tras dicha reflexión, la UE debería decidir si se dan las condiciones para seguir negociando con los países de la región como bloques o individualmente, país por país.

En las negociaciones mantenidas con la Comunidad Andina de Naciones, CAN, la UE formalizó su propuesta de dar a sus miembros un plazo de unos pocos meses para que éstos presenten finalmente un frente común en las negociaciones y superen sus diferencias. En concreto, son Bolivia y Ecuador los países que no ocultan su recelo hacia el «neoliberalismo» de la oferta europea. Se abre cada vez más la posibilidad de negociaciones bilaterales, lo que, por otra parte, podría satisfacer las aspiraciones del presidente de Bolivia, Evo Morales, quien apeló a la comprensión de las dificultades económicas de su país para conseguir una bilateralidad más favorable.

La UE también destacó la importancia de la seguridad jurídica, ya que muchas empresas europeas presentes en la región latinoamericana la perciben en retroceso, en particular en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia, donde se producen nacionalizaciones, o en Argentina, donde la presión oficial sobre la inversión europea termina por provocar su salida.

III.3. *Levantamiento de sanciones diplomáticas a Cuba*

Los Ministros de Exteriores de la UE decidieron, el pasado 19 de junio, levantar las sanciones diplomáticas que impusieron al régimen cubano en 2003, por la ola de represión vivida en la isla entonces y que se saldó con la detención de 75 disidentes.

La decisión unánime de los Veintisiete pretende iniciar una etapa de diálogo político con Cuba que promueva la democracia en la isla y apoye los cambios emprendidos por Raúl Castro desde que éste asumió la presidencia del país.

La UE declaró ofrecer un diálogo «global y abierto» sobre todas las cuestiones de interés mutuo, y cuya efectividad deberá ser evaluada después de un año. Indicaban las conclusiones de los ministros europeos que este proceso de diálogo debería incluir «todos los ámbitos potenciales de cooperación, incluidos los sectores políticos, de derechos humanos, económico, científico y cultural».

España ha defendido especialmente esta decisión, alegando que las sanciones diplomáticas, que ya habían sido suspendidas temporalmente en

2005, no han logrado el objetivo de presión para la puesta en libertad de los disidentes.

Estados Unidos, en cambio, mostró su radical oposición a la medida comunitaria y un portavoz de su Departamento de Estado llegó a asegurar que una decisión de este tipo «da a entender al régimen dictatorial que su continua opresión del pueblo cubano es ahora más aceptable de lo que era antes».

III.4. *Tribunal de Justicia: Condena a España por limitar las inversiones extranjeras en compañías españolas de energía*

El Tribunal de Justicia de la UE condenó el pasado 14 de febrero a España por establecer limitaciones a los derechos de voto de las empresas con participación pública en el sector energético español.

La disposición condenada se conoce como «Ley Rato» por haber sido aprobada en 1999 por iniciativa del entonces vicepresidente del gobierno Rodrigo Rato. Establecía que cuando una empresa estatal controle más del 3% del capital de una compañía energética española, sus derechos de voto deben estar sujetos a la autorización del Consejo de Ministros.

La Comisión Europea mostró su rechazo a dicha normativa por considerarla una restricción injustificada a la libre circulación de capitales y, por tanto, un incumplimiento manifiesto del Tratado de Roma. El Tribunal comunitario ya avaló las tesis de Bruselas en una sentencia de mayo de 2003, y España accedió a la modificación de la norma en diciembre de ese año. Sin embargo, la Comisión no la consideró suficiente y, al no recibir una respuesta satisfactoria de Madrid, volvió a iniciar un nuevo recurso ante el Tribunal en 2006.

En esta nueva sentencia, la Corte Europea desestima los argumentos españoles de que la norma «no equivale a un veto, ya que la decisión sólo corresponde al Consejo de Ministros cuando una participación en una empresa energética española pudiera ser potencialmente peligrosa para la seguridad energética». El gobierno español señalaba, en este sentido, que la norma no pretendía influir en la estructura del accionariado de las empresas porque únicamente afectaba al ejercicio de sus derechos de voto. Sin embargo, los jueces europeos señalaron que estos derechos de votación son «uno de los principales medios de participación de los accionistas en la gestión de una empresa» y, por ello, una medida que impida ejercerlos puede disuadir a posibles inversores y, por tanto «constituye una restricción a la libre circulación de capitales».

Como en la jurisprudencia anterior, el Tribunal reconoce que la seguridad en el abastecimiento energético puede justificar ciertas restricciones a

la libre circulación de capitales, pero éstas únicamente podrían articularse ante una amenaza real y suficientemente grave. «El carácter público del inversor, por sí sólo, no parece constituir un peligro para el abastecimiento de energía», señala. Y la Ley Rato es considerada, en todo caso, desproporcionada por el Tribunal, porque la posibilidad de suspender los derechos de voto del accionista público se plantea para todas las decisiones de la empresa, no sólo para las relativas al suministro.

La sentencia fue interpretada en medios económicos como un eventual «allanamiento del camino» de la compañía estatal francesa Électricité de France (EDF) en su interés por el mercado energético español, y en particular por participar en la española Iberdrola.

III.5. *Tribunal de Justicia: Condena a España por las ventajas fiscales sobre I+D+i*

El Tribunal de Justicia comunitario condenó al gobierno español el pasado 13 de marzo por aplicar un régimen de deducciones por inversiones en Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+i) más favorable para las inversiones realizadas en el territorio nacional que para las efectuadas en el extranjero.

La legislación española que regula el Impuesto de Sociedades prevé que los gastos en I+D+i puedan ser deducibles pero, en el caso de efectuar éstos en el exterior, sólo serán deducibles si la actividad principal de la empresa tiene lugar dentro del territorio español, y siempre que no sobrepasen el 25% del total invertido.

Por otro lado, si la empresa subcontrata determinadas actividades de I+D+i a universidades o entidades públicas reconocidas por la legislación española, se beneficia de una desgravación superior a la que se aplica si opera por otras entidades extranjeras.

La Comisión había denunciado la ilegalidad de la deducción fiscal en junio de 2006, por entender que las limitaciones planteadas dificultan que las empresas españolas lleven a cabo actividades de investigación o, en su caso, creen centros de I+D+i fuera de España. También dificultan la contratación de proyectos a organismos establecidos en otros países de la UE y perjudican a las empresas que tienen su sede principal en otro Estado comunitario pero que operan en España a través de establecimientos secundarios.

La sentencia del Tribunal supuso, por tanto, el respaldo a la postura de la Comisión Europea. El Tribunal, como la Comisión, considera que el trato favorable sobre las inversiones realizadas en España supone una vulneración de los principios comunitarios básicos de Libertad de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.

III.6. *Comisión Europea: dictamen contra el «céntimo sanitario»*

La Comisión Europea dictaminó el pasado 6 de mayo que el llamado «céntimo sanitario» (impuesto que grava los carburantes que se venden en las gasolineras y se utiliza para financiar la sanidad) vulnera la legislación comunitaria, y exigió a España que lo elimine o modifique.

Tras el envío del Dictamen motivado de la Comisión, España dispone de dos meses para acatar estos requerimientos. Si no fuera así Bruselas podría llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

Según la Comisión, el impuesto en cuestión, que fue creado en 2002 y que se aplica en las Comunidades de Madrid, Cataluña, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Asturias y Galicia, contraviene el espíritu de la armonización que en materia de fiscalidad sobre hidrocarburos existe en la UE en base al establecimiento de unos tipos mínimos.

A pesar de que una Directiva de febrero de 1992 permite, en condiciones específicas, el establecimiento de impuestos indirectos «de finalidad específica» distintos de los Impuestos Especiales armonizados, Bruselas estima que la «tasa sanitaria» no cumple los requisitos establecidos en dicha Directiva.

Los motivos fundamentales son dos. Por una parte, la Comisión entiende que el objetivo principal del impuesto investigado no puede considerarse una «finalidad específica» sino que tiene una finalidad recaudatoria. Y por otra parte, está el hecho de que el devengo del impuesto no tiene lugar en el momento en que los productos dejan el último depósito fiscal sino en una fase posterior, cuando se venden al consumidor en la gasolinera, modelo que no se ajusta al de los impuestos especiales armonizados.

Fuentes del Ministerio de Economía y Hacienda subrayaron su posición «abierta y flexible» para buscar una solución a este conflicto, pero también su disposición a defender ante el Tribunal de Luxemburgo la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas para fijar este gravamen.

III.7. *Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario*

III.7.1. DEUTSCHE TELEKOM: ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO - PRECEDENTE SOBRE LA MULTA IMPUESTA A TELEFÓNICA

A comienzos del mes de abril, el Tribunal de Primera Instancia de la UE, TPI, rechazó el recurso que el operador alemán Deutsche Telekom, DT, había interpuesto contra la multa de 12,3 millones de euros que la Comisión

le había impuesto en 2003 por abuso de posición de dominio en el mercado de Banda Ancha alemán.

Según la sentencia, el abuso por parte de DT consistía en el «estrechamiento de márgenes», exigiendo a sus competidores, para el acceso a su red, unos precios elevados y facturando a precios más reducidos a sus abonados directos en el mercado minorista. Con ello, obligaba a sus competidores a fijar precios superiores a los suyos, y dificultaba el desarrollo de la competencia.

El Tribunal dejó claro, en particular, que la legalidad de las tarifas aplicadas por DT «no le absolvían de su responsabilidad de respetar las reglas de la competencia».

La Comisión Europea acogió con gran satisfacción el respaldo que la sentencia suponía a sus tesis, y el hecho de que, en efecto, puede significar un importante precedente para otros casos. Es particularmente relevante el efecto que el Dictamen del TPI podría tener respecto a la multa de 151,8 millones de euros impuesta por la Comisión Europea a la española Telefónica, por abuso de posición de dominio en el mercado español de Banda Ancha en julio de 2007.

El temor de Telefónica es fundado porque muchos de sus argumentos de defensa son los mismos que los de la empresa alemana, y en particular, el relativo a que sus tarifas habían sido aprobadas por el organismo regulador. Éste fue explícitamente rechazado por el Tribunal comunitario.

III.7.2. MICROSOFT: NUEVA MULTA POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

A finales de febrero, la Comisión Europea impuso a Microsoft una nueva multa, de 899 millones de euros, la más alta en la historia de la UE a una única empresa, por cobrar un precio excesivo, «no razonable», sobre la información facilitada a las empresas de servidores para que éstas pudieran acceder a su sistema operativo Windows y fabricar, así, productos compatibles con este omnipresente sistema, que representa más del 90% del mercado.

Ya en marzo de 2004 Bruselas había impuesto a Microsoft una sanción de 497 millones de euros por abuso de posición dominante, sanción que fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia de la UE en septiembre de 2007. Bruselas consideró, entonces, que la empresa americana no corrigió realmente su comportamiento hasta octubre de 2007, cuando comenzó a ceder la información técnica a cambio de una tarifa plana de 10.000 euros y a ofrecer una patente opcional mundial por el 0,4% de los ingresos obtenidos por la venta del uso de la patente.

La Comisión consideró que, con el precio excesivo cobrado por la información sobre interoperabilidad, Microsoft incumplió sus exigencias de

2004, y por tanto, le ha impuesto una nueva multa «razonable» y «proporcionada» por el incumplimiento posterior que se ha prolongado durante más de tres años, desde marzo de 2004 hasta octubre de 2007. Durante este período de tiempo, Microsoft ha continuado abusando de su posición de dominio y, en opinión de la Comisión, «ha frenado la innovación».

III.8. *Tribunal de Justicia: informe del Abogado General sobre la fiscalidad vasca*

La Abogada General del Tribunal de Justicia de la UE hizo público, el pasado 8 de mayo, su informe preliminar en relación a la consulta prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, TSJPV, a finales de septiembre de 2006, sobre la autonomía fiscal de la Comunidad Autónoma Vasca y, en particular, sobre la capacidad de las autoridades locales para establecer tipos del Impuesto de Sociedades diferentes a los del resto del Estado.

Las conclusiones de Juliane Kokott, que sin duda influirán en la decisión final de los Jueces del Tribunal, avalaban en gran medida las tesis de las instituciones vascas, sobre la base del cumplimiento de los criterios desarrollados en la sentencia de las «Azores».

En su opinión, el País Vasco parece cumplir los requisitos de autonomía fiscal «suficiente» de las entidades infraestatales fijados en el llamado «caso Azores» y, por tanto, las Haciendas forales vascas pueden dictar un Impuesto de Sociedades con tipo y contenidos diferentes a los del territorio común, sin que esta diferencia sea considerada como Ayuda de Estado.

La Abogada no encontró ninguna duda respecto a la existencia del primer requisito, *la autonomía institucional*, ya que las Diputaciones forales fijan su política fiscal en el marco de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el Concierto Económico.

Respecto al segundo requisito, *la autonomía normativa o de procedimiento* (el ejecutivo central no interviene en la adopción de las decisiones fiscales vascas y las instituciones forales tienen margen de maniobra), la Abogada realizó una serie de matices relevantes:

- De las disposiciones de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del Concierto Económico no se desprende que el gobierno central tenga la facultad de decidir en última instancia. La colaboración y coordinación entre administraciones tributarias contempladas en el Concierto no parecen ser una vinculación de los Territorios Históricos a las exigencias del Estado central en contra de la voluntad de aquéllos,

- El hecho de que los Territorios Históricos deban respetar límites constitucionales al adoptar sus normas tributarias no excluye de antemano que dispongan de autonomía de decisión sobre la configuración de las disposiciones tributarias.

Realizó también afirmaciones destacables respecto a esta autonomía, a la que denominó «de configuración»:

- En relación al principio de solidaridad entre las regiones españolas recogido en la Constitución, la Abogada se plantea la siguiente cuestión *¿permite la autonomía que las regiones compitan entre sí a través de los impuestos o esta competencia es incompatible con el principio de solidaridad?»*. A ésta, que según Kokott es la cuestión central de todo el litigio, *no tiene que responder el Tribunal de Justicia, sino los tribunales nacionales*.
- El Tratado no garantiza a los contribuyentes que el traslado de sus actividades a un Estado miembro diferente sea neutro en materia fiscal; ello se debe a que no existe un sistema tributario único en toda la Comunidad. Por consiguiente, que este principio pueda aplicarse a la situación en España también depende de en qué medida la normativa tributaria de los Territorios Históricos pueda ser considerada autónoma frente al sistema del Estado central.
- Incumbe al tribunal remitente (TSJPV) comprobar si, al elaborar la normativa tributaria, los Territorios Históricos disponen de un margen de configuración tal que les permita perseguir objetivos propios de política económica. Así cabría afirmarlo si pueden fijar parámetros determinantes, como el tipo impositivo y la base imponible, de manera que diverjan esencialmente del régimen tributario común.

Por último, respecto al tercer requisito, la *autonomía económica* (las consecuencias económicas de las rebajas fiscales son asumidas exclusivamente por la Comunidad Autónoma, sin compensaciones por parte de otras regiones o del gobierno central), la Abogada señalaba que *«da la impresión de que la determinación del Cupo obedece a un compromiso político y no es consecuencia directa de la modificación de determinados parámetros económicos, como, por ejemplo, la cuantía de los ingresos tributarios. Así lo muestra el mero hecho de que el índice de imputación, que en principio debería constituir una referencia a la parte proporcional de los ingresos fiscales de los Territorios Históricos, no se haya modificado desde hace más de 25 años, a pesar de que probablemente los ingresos fiscales hayan sufrido, de hecho, oscilaciones»*.

Tras estas exhaustivas argumentaciones que, mayoritariamente fueron interpretadas como favorables a las tesis de las instituciones vascas, Kokott

concluía que el artículo 87 del TCE, relativo a las Ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Común, debe interpretarse en el sentido de que *«las medidas tributarias de una entidad infraestatal de un Estado miembro que se aplican indistintamente a todas las empresas sometidas a su soberanía tributaria y que son más beneficiosas que las vigentes en el resto del territorio del Estado miembro, no favorecen a determinadas empresas o producciones si la entidad infraestatal dispone de suficiente autonomía en el ejercicio de sus competencias legislativas en materia tributaria»*.

Según la jurista europea, tal autonomía suficiente requiere, en efecto, que exista en sus diferentes ámbitos: autonomía institucional, autonomía de procedimiento o «de configuración», y por último, autonomía económica.

El informe fue acogido como un apoyo inequívoco al Concierto vasco y a la capacidad fiscal de las Haciendas del País Vasco. Afirmaba Kokott que, en efecto, la obligación de atenerse a la estructura impositiva general del Estado y adecuarla a la Ley General Tributaria en terminología y conceptos, no impide a los Territorios Históricos «perseguir fines de política económica propios». Por el contrario, el texto supuso un importante revés respecto a las aspiraciones de armonización fiscal de la Comisión Europea, ya que a las Veintisiete fiscalidades nacionales se añadirán múltiples fiscalidades regionales.

A pesar de que la decisión final deberá ser adoptada por el Tribunal comunitario en los próximos meses, el informe de la Abogada General es la base sobre la que deben trabajar los jueces. A pesar de no ser vinculante, lo previsible es que este informe preliminar tenga una gran influencia en la sentencia final.

Boletín de Suscripción / Subscription form

Deseo suscribirme a **Cuadernos Europeos de Deusto** / Please enter my subscription to **Cuadernos Europeos de Deusto**
Suscripción anual (dos números) / annual rate (two issues): Zona euro: 36 €; otras zonas: 51 U.S. \$

Nombre / Name

Entidad / Institution

Dirección / Address

Ciudad, Estado / City, State, Country

C.P. / ZIP/Postal Code

CIF o NIF

Condiciones de pago / Payment options

- Cheque adjunto a nombre del Instituto de Estudios Europeos / Check enclosed payable to the Instituto de Estudios Europeos
 Transferecia bancaria a la cuenta 0182/1290/36/0016521104 } Ref: Cuadernos Europeos de Deusto
 Bank money order payable to the account: 0182/1290/36/0016521104 }
 Domiciliación bancaria

Boletín de domiciliación bancaria (sólo España)

Entidad Oficina DC Cuenta

Nombre y apellidos del titular
Fecha Firma

Enviar a / Send to: **Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Deusto. Apto. 1 E-48080 Bilbao - España**

