





# **Cuadernos Europeos de Deusto**



# **Cuadernos Europeos de Deusto**

**Núm. 40/2009**

**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 Servicios 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 MARTIN, A.; LIÑAN 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 BÜRCA, 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. 40/2009

## Sumario

---

Presentación: B. Pérez de las Heras	11
Estudios	
M. ANTÓN ZARRAGOITIA, Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional	19
Á. BOIXAREU CARRERA, Los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y otros aspectos de democracia directa	43
J. DUCH GUILLOT, El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea	51
L. JIMENA QUESADA, La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos	63
B. LASHERAS, El futuro de la Política Europea de Seguridad y Defensa	85
D. ORDÓÑEZ SOLÍS, Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea	109
M. ORTEGA CARCELÉN, La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de Lisboa: un cauce adecuado a la espera de contenidos	149
J. PALACIO GONZÁLEZ, La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo	161
Jurisprudencia	
M. I. ROFES I PUJOL, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	183

Crónica

B. IÑARRITU, Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 235

Índices de los números 31-40 261

## Presentación

Este número 40 de *Cuadernos Europeos de Deusto* recoge publicadas las ponencias presentadas en el seminario internacional «La Unión Europea ante la reforma de sus textos fundacionales: análisis y valoración del Tratado de Lisboa», organizado por el Instituto de Estudios Europeos (IEE) de la Universidad de Deusto, del 24 al 27 de noviembre de 2008. Con estos contenidos y bajo el título «El Tratado de Lisboa (II)», este ejemplar continúa y profundiza en la línea temática del número 39.

Tras el seminario, en el que pudimos escuchar las interesantes ponencias de los ocho expertos con los que el IEE tuvo el privilegio de contar, seguimos atentos la reunión del Consejo Europeo de Bruselas, los días 11 y 12 de diciembre de 2008: en su orden del día, aunque eclipsado por las cuestiones económicas y de cambio climático, figuraba el futuro del Tratado de Lisboa.

El resultado de la Cumbre permite afirmar que el nuevo tratado de reforma seguirá encallado, al menos un año más, a la espera de que se celebre un nuevo referéndum en Irlanda antes de noviembre de este año 2009. A pesar de la incertidumbre e inquietud que suscita esta perspectiva, una cosa se da por segura: el Tratado, de entrar finalmente en vigor, no será exactamente el mismo texto que aprobaron en Lisboa los propios Jefes de Estado y de Gobierno el 13 de diciembre de 2007, ya que una de las concesiones hechas a Irlanda y acogida con beneplácito por otros Estados miembros supondrá el mantenimiento de un comisario por país.

Desde esta perspectiva y a excepción de esta modificación a la carta, mantienen plena actualidad los contenidos que conforman el apartado de Estudios de este número 40. Los ocho artículos conducen al lector por las principales aportaciones del Tratado de Lisboa: su alcance y valor en el proceso constitucional europeo, las modificaciones de índole institucional, los aspectos de legitimidad democrática reforzada, los nuevos instrumentos y capacidades en política exterior y en seguridad y defensa, la vigencia jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales y la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con sus contenidos específicos y desde el enfoque personal que imprime cada autor, todos los artículos comparten, como pautas comunes de análisis, la referencia pretérita al fallido Tratado Constitucional como punto de partida y la remisión al Tratado de Lisboa como perspectiva de futuro.

Estas páginas de presentación ofrecen un breve avance sobre el contenido esencial de cada uno de ellos; en la sucesión de comentarios se ha seguido el orden de desarrollo temático del seminario internacional que ha servido de base a este ejemplar.

**David Ordóñez Solís**, Magistrado y Doctor en Derecho, nos adentra en el análisis y la valoración general del Tratado de Lisboa, enmarcándolo en la historia constitucional del proceso de construcción europea. Como experto y gran conocedor del Derecho Comunitario, el autor evoca, en una primera parte de su análisis, los tres hitos relevantes de la evolución constitucional de Europa: el mercado interior, la moneda única y el espacio de libertad, seguridad y justicia, sin olvidar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, artífice destacado del constitucionalismo europeo.

Destacados los principales resortes constitucionales anteriores a Lisboa y tomando como punto de referencia el fallido Tratado Constitucional, el artículo desgana las principales ausencias en el nuevo Tratado: los símbolos de identidad de la UE (bandera, moneda, himno) y todo atisbo formal de dimensión constitucional, lamentado, además, las concesiones a algunos de los Estados miembros (Reino Unido y Polonia) en ámbitos tan relevantes como la Carta de los Derechos Fundamentales y el espacio de libertad, seguridad y justicia. Como contrapunto a estas carencias, el autor valora positivamente las mejoras que aporta el Tratado de Lisboa, principalmente, en términos de legitimidad democrática y con respecto a las nuevas provisiones sobre cambio climático e interconexión de redes energéticas. Finaliza convencido de que, a la espera de una mejor definición del proyecto político europea, la UE constituye la única ruta posible desde la que encarar los desafíos de la globalización, por lo que el Tratado de Lisboa, concluye, representa un hito más en el camino común europeo.

**Jaume Duch Guillot**, Director de Medios de Comunicación y Portavoz del Parlamento Europeo, describe las principales modificaciones de índole institucional que aporta el Tratado de Lisboa con objeto de reforzar la eficacia de las instituciones y democratizar su acción. Destaca, así, la generalización del procedimiento legislativo ordinario, en el caso del Parlamento Europeo, así como su papel más relevante en la elección del presidente de la Comisión y la ampliación de sus competencias presupuestarias. Otras de las novedades más significativas es la formalización del Consejo Europeo como institución de la UE, con un presidente que será elegido para un período de dos años y medio. En el caso de la Comisión Europea, la incorporación del Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad como uno de sus Vicepresidentes representa el cambio más cualitativo.

Destacadas las principales novedades institucionales, el artículo se detiene en la mayor clarificación de competencias que introduce Lisboa en-

tre la UE y los Estados miembros. El autor concluye que la entrada en vigor del nuevo texto de modificación resulta ahora más necesaria que hace uno o dos años, ya que en el escenario actual de profunda crisis económica y financiera, la UE precisa mejorar su funcionamiento interno y ampliar su capacidad de influencia, tanto interna, como cara al exterior.

**Ángel Boixareu Carrera**, Director General en la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, desarrolla el análisis de los derechos de los ciudadanos de la Unión y de otros aspectos de democracia directa. En la parte introductoria, el artículo recuerda la consideración esencialmente económica que tenían las personas en la etapa de las Comunidades Europeas (trabajadores, consumidores, operadores económicos,...). Tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1993), y coherentemente con la mayor proyección política de la nueva etapa, los nacionales de los Estados miembros adquieren el distintivo de «Ciudadanos de la Unión», un nuevo estado civil, que se añade a su condición de ciudadanos nacionales y por el que se les otorga un pequeño catálogo de derechos. El Tratado de Lisboa no añade nuevas prerrogativas al estatuto existente, limitándose a sistematizar, ahora conjuntamente, en la Segunda Parte del TFUE, el principio de no discriminación y la Ciudadanía de la UE (arts. 18-25 TFUE).

Recordados brevemente los derechos de Ciudadanía de la Unión, el artículo pasa revista a las previsiones sobre democracia participativa. Destaca, sin duda, la referida al nuevo derecho de iniciativa legislativa, que ya previera también el fallido Tratado Constitucional y que ahora recupera Lisboa. Reforzando la participación activa, aparecen las disposiciones sobre democracia representativa. Tras recordar la doble legitimidad de la UE, Ciudadanos y Estados miembros, representados respectivamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, el autor valora como una profundización en la democracia representativa la extensión de los poderes del Parlamento Europeo, en un triple ámbito: legislativo, presupuestario y nombramiento de la Comisión Europea.

**Mikel Antón Zarragoitia**, Director de Asuntos Europeos del Gobierno Vasco, aborda el análisis de otra dimensión de la legitimidad democrática en la UE, aunque no tan cercana a los ciudadanos, como es el principio de subsidiariedad. Esta regla constituye un referente fundamental del reparto de poder político y normativo, si bien, como evoca el autor, se trata de un concepto muy antiguo, formulado por Aristóteles e invocado por Santo Tomás de Aquino. Desde su amplia experiencia como responsable de asuntos europeos en la Administración vasca, el autor nos ofrece un recorrido por el proceso de formalización jurídica progresiva del principio de subsidiariedad, desde su primera mención expresa en al Acta Única Europea hasta su formulación general por el Tratado de Maastricht y su desarrollo posterior a través de un protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam.

La estación de llegada y perspectiva de futuro la aporta por el momento el Tratado de Lisboa, que, retomando mecanismos del fallido Tratado Constitucional, introduce un régimen de alerta temprana («ex ante») y un control «ex post» del principio de subsidiariedad. Tras valorar la participación de Euskadi en diversos ensayos promovidos por el Comité de Regiones, el autor deduce la capacidad e idoneidad de las instituciones vascas (Parlamento y Gobierno) para participar en los procedimientos de control de la subsidiariedad. Concluye, finalmente, que una implementación adecuada de este principio podría convertirse en un factor clave para garantizar una nueva gobernanza europea multinivel en el siglo XXI.

La política exterior de la UE y su política de seguridad y defensa constituyen otros de los ámbitos en los que el Tratado de Lisboa tiene reservadas importantes modificaciones institucionales y funcionales. **Martín Ortega Carcelén**, Director del Gabinete de Análisis y Previsión de Política Exterior en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, analiza y valora en su artículo las novedades más relevantes que introduce el Tratado de Lisboa en materia de política exterior y de seguridad común (PESC). Después de resaltar la singularidad de la UE como actor internacional, el autor comparte con otros analistas la apreciación de que el nuevo tratado representa un avance, ya que introduce los mecanismos necesarios para reforzar la PESC. En esta línea de profundización se enmarcan el reconocimiento explícito de personalidad jurídica a la UE, la proclamación de los principios internacionales que han de guiar su acción exterior, la posición más fuerte del Alto Representante, dotado ahora de un doble vínculo institucional, o la formalización jurídica visible de la política común de seguridad y de defensa como apartado fundamental de la PESC. Otros aspectos procedimentales y organizativos, como la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, contribuyen también, según el autor, a dar mayor solidez a la PESC, al tiempo que refuerzan la identidad y visibilidad exterior de la UE.

Con todo, el artículo concluye con un tono de prudencia, cuando pondera que la mera previsión de mejores instrumentos y mecanismos de actuación no supondrán necesariamente la consolidación de una PESC más definida y acabada. Según el autor, la eficaz implementación de los nuevos fundamentos y estructuras de funcionamiento dependerá de la voluntad política de los Estados miembros por alcanzar consensos, lo que, lógicamente, resulta complejo con 27, o más países, con culturas y prioridades diferentes de política exterior.

**Borja Lasheras**, Investigador del Panel de Seguridad y Defensa del Observatorio de Política Exterior Española (OPEX) de la Fundación Alternativas, aborda, en clave de perspectiva constante, el futuro de la política europea de seguridad y defensa (PESD). El autor emplaza su análisis en el contexto estratégico actual, incierto, y en un sistema internacional en cues-

tión y, de facto, multipolar. En este entorno, la UE debe dotarse de una Gran Estrategia, opina, que aborde las relaciones de poder y defina los objetivos de la PESD, los intereses colectivos de los Estados miembros y de sus ciudadanos, así como los instrumentos necesarios para su implementación.

El artículo reflexiona, a continuación, sobre las relaciones OTAN/PESD-UE, abogando por el establecimiento de una nueva estructura que canalice los vínculos transatlánticos, como podría ser una Cumbre de Seguridad EEUU-UE. Por otra parte, la reciente «actualización» de la Estrategia Europea de Seguridad suscita, como cuestiones pendientes, su implementación efectiva y la necesidad de un Libro Blanco Europeo de la Defensa, a modo de sub-estrategia cívico militar aplicable al ámbito concreto de la PESD. Finalmente, en un contexto de prolongada incertidumbre institucional, el autor explora las opciones de avanzar en defensa, entre o no en vigor el Tratado de Lisboa. La clave consistirá en lograr un equilibrio entre la inclusividad del proyecto de una Defensa Europea y la legitimidad de las opciones a varias velocidades por medio de grupos pioneros de Estados.

Sobre la formalización jurídica de los derechos y las libertades fundamentales escriben **Luis Jimena** y **José Palacio**. El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, **Luis Jimena**, desarrolla su análisis sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, su existencia desde 2000 y su futura fuerza jurídica, con el mismo rango legal de los Tratados, según dispone el artículo 6,1.º del TUE, en su versión consolidada por Lisboa. Rescatándola de la fallida Constitución para Europa, que la insertaba en su texto, el Tratado de Lisboa incorpora la Carta al Derecho Originario de la UE por la vía de la remisión, contrasta el autor, en cuya opinión, este procedimiento no resulta, sin embargo, menos contundente que la técnica de la integración en el texto del Tratado, a efectos de dotarla del máximo valor normativo. Incidiendo en el rango legal de la Carta, el profesor Jimena se detiene también en su valor y alcance en los ordenamientos nacionales, con especial atención al orden constitucional español.

Destacada la trascendencia jurídica de la Carta, el autor valora relativamente su impacto real en la defensa de los derechos fundamentales, apuntando algunas confusiones que genera la distinción entre «derechos» y «principios», o el contenido de algunos derechos con respecto a las fuentes que inspiraron su redacción. Finalmente, para conseguir una correcta articulación de las garantías de los derechos fundamentales, el profesor Jimena, recientemente nombrado miembro de la Red Académica de la Carta Social Europea, defiende la adhesión de la UE, no sólo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también a la Carta Social Europea, mencionada en su Preámbulo, pero ignorada su referencia, señala, en todo su texto articulado, a pesar de haber inspirado la redacción de buena parte de sus disposiciones.

En la misma línea temática, **José Palacio**, Administrador Principal de la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y profesor del IEE, nos introduce en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, destacando la importante labor realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en la ausencia de un catálogo propio de la UE. Como experto jurista y conocedor directo de la instancia judicial, el autor se detiene en el análisis de las relaciones entre la jurisprudencia del TJCE y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una convivencia no siempre pacífica, debido principalmente a los distintos criterios de delimitación de competencia de cada instancia. Tras pasar revista a las relaciones mutuas, el artículo resalta, a continuación, el vínculo constructivo que se ha instalado entre ambos tribunales en los últimos años, al aceptarse y abrirse cada uno a la doctrina del otro, respetando, en consecuencia, la especificidad de los órdenes jurídicos respectivos. Este proceso de acercamiento se desbroza en el artículo a través del estudio de numerosas resoluciones respectivas.

Aborda el autor, por último, la perspectiva de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, prevista por el artículo 6,2.º del TUE reformado por el Tratado de Lisboa. En este apartado, expresa sus dudas sobre si la incorporación del Convenio al Derecho de la UE conllevará una mejora en el nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales. El autor concluye valorando la perspectiva como la normalización jurídica de una situación de hecho, que proporcionará una plataforma jurídica institucional desde la que podrán solventarse algunos aspectos de potencial conflicto con el TEDH.

Completan este número 40 las habituales crónicas de jurisprudencia y de actualidad europea, elaboradas por nuestras fieles y apreciadas colaboradoras, **M.ª Isabel Rofes i Pujol** y **Beatriz Iñarritu**. A ellas, a los ponentes del seminario, convertidos en autores en estas páginas, a la Dirección de Asuntos Europeos del Gobierno Vasco y a la Dirección General de Servicios de la Diputación Foral de Bizkaia, nuestro profundo agradecimiento por haber hecho posible un nuevo ejemplar de Cuadernos, y por acompañarnos, desde las respectivas responsabilidades y actividades profesionales, en el camino común de la construcción europea.

BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS

*Directora-adjunta*



# Estudios



# Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional<sup>1</sup>

Mikel Antón Zarragoitia  
Director de Asuntos Europeos del Gobierno Vasco

Si el corazón está ausente, la Europa no será más que una abstracción, aceptada por sociólogos y políticos, pero indiferente a las masas.

Francisco Javier de Landaburu

**Sumario:** 1. Introducción.—2. El principio de subsidiariedad.—3. La subsidiariedad en el Derecho comunitario.—4. El principio de subsidiariedad en los Tratados: de Maastricht a Lisboa pasando por Ámsterdam.—5. Aplicación práctica del principio de subsidiariedad.—6. La cuestión regional.—7. La experiencia en Euskadi.—8. El sistema español y la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea. Dificultades y perspectivas.—9. Valoración de la regulación del principio de subsidiariedad y expectativas de futuro. Conclusión.

---

**Resumen:** El principio de subsidiariedad es uno de los pilares en los que se asienta la construcción europea. Se trata de un concepto antiguo que, a día de hoy, podría entenderse como la acción de tomar decisiones de la forma más eficiente y cercana posible al ciudadano. La idea de la subsidiariedad ya fue tratada por Aristóteles, Santo Tomás y la Iglesia católica, e impregna la filosofía de la integración europea desde sus orígenes; sin embargo, los Tratados no lo formulan explícitamente hasta Maastricht, e, incluso, su desarrollo no verá la luz hasta la incorporación de un Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam. El Tratado de Lisboa, heredero del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, incorpora importantes novedades, como la previsión de un mecanismo de alerta temprana y el recurso «ex post», amén de la importante referencia a la dimensión regional, que debiera contribuir a un control adecuado de la aplicación del principio, para convertirse en una de las herramientas básicas de la gobernanza europea multinivel para el siglo XXI. La adecuada articulación de la dimensión regional y local puede resultar clave para la suerte democrática de la Unión Europea; pero no menos importante resulta que el

---

<sup>1</sup> Las opiniones del autor han sido expresadas a título particular, por lo que no coinciden necesariamente con la posición oficial de la institución a la que representa ni comprometen a ésta.

citado control pivote en torno a los elementos de suficiencia y eficiencia del acto en cuestión, y no en meros criterios de oportunidad.

**Palabras clave:** Subsidiariedad; Proporcionalidad; Gobernanza multinivel; Alerta temprana; Dimensión regional; Ley 8/1994 reguladora de la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea.

***Abstract:** The principle of subsidiarity is one of the pillars in which the European construction is settled. It is an old concept that nowadays could be understood as the action of taking decisions in the most efficient manner and as closely as possible to the citizen. The idea of subsidiarity was already dealt with by Aristotle, Saint Thomas and the Catholic Church, and pervades the philosophy of the European integration since its origins. However, the Treaties have not used it explicitly until Maastricht, and its development will not even come to light until the incorporation of a Protocol annexed to the Treaty of Amsterdam. The Treaty of Lisbon —following the Treaty by which a Constitution for Europe is established— includes important innovations, such as the forecast of an early alert mechanism and the ‘ex post’ resource. Another innovation is the important reference to the regional dimension, which should contribute to an adequate control of the principle’s application, in order to become one of the basic tools of the European multilevel governance for the twenty-first century. The adequate co-ordination of the regional and local dimension can be the key to the democratic fate of the European Union. But this is as important as the fact that the above mentioned control focuses on the elements of aptitude and efficiency of the act in question, and not on mere criteria of chance.*

**Keywords:** Subsidiarity, Proportionality, Multilevel governance, Early alert, Regional dimension, Act 8/1994 regulating the Mixed Committee Congress-Senate for the European Union.

## 1. Introducción

El principio de subsidiariedad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el proyecto europeo desde sus inicios y, sin embargo, sigue siendo desconocido o escasamente entendido por el gran público. Su actualización, tal y como es recogido en el malogrado Tratado Constitucional y en el Tratado de Lisboa, persigue dotar de mayor solidez a la Unión Europea a través de la profundización democrática, la transparencia y la cercanía al ciudadano, articulando adecuadamente los diferentes estamentos institucionales, de manera que la acción pública sea ejercida de la forma más eficiente y más cercana posible al ciudadano, dependiendo de la materia objeto de regulación. El resultado final pretendido consiste en un servicio más eficiente, más económico y más transparente; todo lo cual debería redundar, al mismo tiempo, en un mayor reconocimiento por parte de la propia ciudadanía.

En las próximas páginas trataremos de aportar alguna luz sobre el concepto de subsidiariedad y sobre su evolución a través de la regulación de la que ha sido objeto en los diferentes Tratados, particularmente en el Tratado de Lisboa, haciendo especial hincapié en la dimensión regional o infraestatal del mismo. Por último, haremos algunas puntualizaciones en relación con los pasos dados, o no dados, para su aplicación en los casos español y vasco.

## 2. El principio de subsidiariedad

Unas de las mayores dificultades para la aplicación práctica del principio de subsidiariedad estriba en clarificar qué se entiende por subsidiariedad. La subsidiariedad, que a priori pudiera ser entendida como supletoriedad, es, contrariamente a lo que muchos creen, un concepto muy antiguo, que ya fue formulado por el propio Aristóteles o por Santo Tomás de Aquino. Más recientemente, también pueden encontrarse antecedentes del citado principio en la propia doctrina de la Iglesia Católica; ahí está la encíclica de Pío XI, *Quadragesimo Anno* (1931). Se parte de una visión de la sociedad y del Estado fundada en una superposición de comunidades sociales, a través de las cuales el individuo se realiza; se trata de una visión de la sociedad basada, no en una simple adición de individuos, sino en una *comunidad de comunidades*. En este sentido, se trataría de un principio de ordenación social que descansa sobre la jerarquía vertical de competencias de diferentes niveles y completaría la separación horizontal de poderes, conduciendo al Estado a una doble limitación.

La idea de la subsidiariedad, además de haberse utilizado por la Iglesia católica, está en la base del federalismo y del propio liberalismo. Así, en Alemania, donde el liberalismo y el federalismo constituyen el eje central de su Derecho público, el principio de subsidiariedad se halla regulado en la Ley Fundamental de Bonn; de hecho, el reparto competencial entre los Estados federados y la Federación descansa sobre dicho principio.

La subsidiariedad podría formularse como la acción de tomar las decisiones de la forma más eficiente y cercana posible al ciudadano. De alguna manera, en esencia, es, antes que nada, una prohibición consistente en que todo lo que uno pueda hacer por sí mismo, por sus propios medios, no le sea sustraído y ejercido en otra escala.

En todos los sistemas federales, independientemente de que estén o no así reconocidos formalmente, se viene aplicando el denominado sistema de atribución expresa de competencias. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución de los Estados Unidos, cuya 10.<sup>a</sup> enmienda viene a expresar el principio de que los Estados federados cuentan, por principio, con todas las

competencias salvo las atribuidas expresamente a la Federación. La Unión Europea, cuya naturaleza federal puede ser discutible<sup>2</sup> al no constar expresamente como tal, funciona, como veremos más adelante, sobre la misma base de atribución expresa de competencias a la Unión.

Según José Martín y Pérez de Nanclares, *en virtud del principio de subsidiariedad se determina qué ente (Estado o Comunidad Europea) ejercerá una competencia atribuida a la Comunidad con la naturaleza de compartida. El principio de subsidiariedad no se aplica, obviamente, a las competencias exclusivas por tener éstas claramente determinado el ente que con carácter obligatorio, pleno y exclusivo debe ejercerlas*<sup>3</sup>.

Según el Informe Delors (Madrid, 1989), en virtud del principio de subsidiariedad, las funciones de los niveles más altos del Gobierno deberían limitarse tanto como fuera posible, para ser subsidiarias con respecto a los niveles inferiores. A la subsidiariedad horizontal existente entre la sociedad civil y los poderes públicos, se sumaría la subsidiariedad vertical entre los diversos niveles de poderes públicos.

Elevado a concepto jurídico, la subsidiariedad puede servir tanto de límite competencial como de título competencial de carácter suplementario.

### 3. La subsidiariedad en el Derecho comunitario

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la idea de la subsidiariedad está presente en las Comunidades Europeas desde su origen. Es más, está en la misma base de su creación. De hecho, la integración europea no es sino la determinación de que los objetivos que los Estados miembros persiguen, establecidos como objetivos en los Tratados, y que no puedan ser realizados por ellos individualmente, sean desarrollados por un ente supraestatal. Manifestaciones más o menos explícitas de este principio pueden encontrarse a lo largo del Tratado de Roma: así en los artículos 235, 113, 116 (política comercial común), 100 (sobre aproximación de legislaciones de los Estados miembros), 178 y 215 (competencia subsidiaria del Tribunal de Justicia cuando la acción ante los tribunales nacionales no permite una reparación adecuada de un perjuicio).

En cualquier caso, sí puede decirse que durante los primeros años de vida de las Comunidades Europeas, el principio de subsidiariedad y su corolario, el reparto competencial, apenas suscitaron problemas entre los Estados miembros. La integración europea basada en el método funcionalista

---

<sup>2</sup> En realidad, el sistema de competencias de la Unión Europea es un híbrido *sui generis* que participa de caracteres tanto de las organizaciones internacionales como del modelo federal.

<sup>3</sup> *Diccionario Básico de la Unión Europea*. IVAP, p. 474.

apenas generó problemas, ya que *las decisiones seguían tomándose por unanimidad y, por tanto, cualquier Estado miembro estaba facultado para vetar una decisión susceptible de limitar su soberanía*<sup>4</sup>.

A partir del Acta Única Europea (AUE) puede hablarse de una Comunidad Europea de perfil político, al institucionalizarse materias como el medio ambiente, la política regional o la investigación, que habían nacido como tales políticas en los años setenta. De hecho, la primera referencia expresa al principio de subsidiariedad se da con la política medioambiental en el AUE<sup>5</sup>.

Posteriormente, los Tratados de Maastricht (1992) y de Ámsterdam (1997) profundizan en la tendencia a la integración política, con el aumento de los ámbitos de intervención comunitarios y con la extensión del procedimiento de codecisión y del voto por mayoría cualificada, y el consiguiente retroceso del derecho a veto por parte de los Estados miembros. Este clima de riesgo de pérdida paulatina de soberanía estatal hizo que el debate sobre el principio de subsidiariedad irrumpiese en la agenda política, si bien desde dos ópticas bien distintas. El Reino Unido reivindicaba el principio de subsidiariedad como instrumento de recuperación de las competencias transferidas a la Comunidad, en tanto que Alemania, especialmente sus *länder*, lo planteaba como un instrumento de control del ejercicio de las competencias por parte de la Comunidad, de manera que se eliminase el riesgo de una progresiva pérdida de competencias de los Estados federados alemanes en favor de la Unión.

No podemos ignorar el riesgo de que una cicatera aplicación del principio de subsidiariedad pueda llevar a una «renacionalización» de la Unión Europea, por lo que convendrá estar alerta en el momento en que, con o sin Tratado de Lisboa, se inicie la aplicación del Protocolo previsto al efecto, velando por que no se confunda el control de la aplicación del principio de subsidiariedad con criterios de oportunidad, tentación por la que los Parlamentos nacionales pudieran sentirse atraídos.

#### **4. El principio de subsidiariedad en los Tratados: de Maastricht a Lisboa pasando por Ámsterdam**

Fruto de las inquietudes de algunos Estados miembros, relatadas anteriormente, el Tratado de Maastricht regula por primera vez el principio que nos ocupa señalando el artículo 1 que las «*decisiones se han de tomar de la*

---

<sup>4</sup> Francesc MORATA, «Subsidiariedad, regiones y Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 35/2006, p. 75.

<sup>5</sup> Cabe destacar que el proyecto de Tratado del Parlamento Europeo de 1984 hacía referencia dos veces al principio de subsidiariedad, al tratar del reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros.

*manera más abierta y próxima posible a los ciudadanos*». El artículo 5 del Tratado UE, por su parte, dice que «*en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad sólo debe intervenir, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por lo tanto, se puedan alcanzar mejor, por razón de la dimensión o de los efectos de la acción prevista, a escala comunitaria.*»

Estas disposiciones carecían de indicaciones para su aplicación práctica, por lo que en 1993 se llegó a un Acuerdo Interinstitucional sobre los Procedimientos de Implementación del Principio de Subsidiariedad. Sobre la base de este Acuerdo, el Tratado de Ámsterdam anexó el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en virtud del cual, la Comisión Europea tiene que cumplir un triple test, que demuestre que<sup>6</sup>:

- los aspectos transnacionales de la propuesta no pueden ser objeto de una regulación estatal satisfactoria;
- la actuación de los Estados miembros o la falta de actuación de la Comunidad contraviene las exigencias de los Tratados o puede afectar negativamente los intereses de los primeros;
- la actuación comunitaria puede proporcionar beneficios más evidentes que una actuación estatal.

Además, la Comisión debía realizar una evaluación de impacto financiero, una evaluación de las consecuencias para la legislación interna de los Estados en el caso de las Directivas, aportando, además, indicadores cualitativos y cuantitativos (en la medida de lo posible).

El Tratado de Niza, que modifica los Tratados conforme a la versión actualmente en vigor, no aportó novedades en lo relativo al principio de subsidiariedad. Por el contrario, donde sí se dio un importante avance fue en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en adelante Tratado Constitucional, cuyos avances han sido rescatados, introduciendo alguna mejora, por el Tratado de Lisboa.

El Tratado Constitucional recogía una formulación nueva del sistema de competencias de la Unión, aportando mayor claridad y coherencia, y daba respuesta al *deseo salido de Niza de establecer y supervisar una delimitación más precisa de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros que refleje el principio de subsidiariedad*<sup>7</sup>. Las noveda-

---

<sup>6</sup> Francesc MORATA, «Subsidiariedad, regiones y Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 35/2006, p. 77.

<sup>7</sup> José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La Nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad. El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, p. 275.



des aportadas (al margen de la cuestión relativa a la dimensión regional, que abordaremos más adelante) radican en la explicitación de lo que debía considerarse competencia exclusiva de la Unión, sin que supusiera ninguna variación de fondo con respecto a lo que ya estaba en vigor y en la introducción de dos Protocolos relativos, uno al cometido de los Parlamentos nacionales en los asuntos de la Unión, y el otro al control del principio de subsidiariedad, que venían a introducir dos mecanismos de control novedosos; uno político, a priori, y otro jurídico, a posteriori. Sin embargo, no se modificaba el equilibrio institucional comunitario.

El Tratado de Lisboa, a pesar de que, en relación al Tratado Constitucional, pierde en cuanto a transparencia, simplificación y sistematización, mantiene los avances introducidos por éste en la cuestión de la delimitación competencial y de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

No vamos a entrar a analizar en detalle las diferencias entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa. A nuestros efectos, nos basta con tener presente que éste es heredero de aquél, si bien con algunos cambios. Además, en la actual situación de punto muerto en la que se encuentra el Tratado de Lisboa, parece haber un clima de consenso en el sentido de que el Protocolo pueda ser aplicado independientemente de la entrada en vigor del citado Tratado, al no ser necesaria para ello una reforma de los Tratados, al menos respecto al mecanismo de alerta temprana. Por esta razón, haremos un repaso de las previsiones del Tratado de Lisboa de forma genérica y somera para pasar, luego, a analizar su aplicación efectiva y las expectativas que se abren en cuanto a su aplicación para los parlamentos regionales.

El sistema aplicable está regulado por el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, en la versión dada por el Tratado de Lisboa, y por el Protocolo 2, anexo al mismo, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que consta de 9 artículos. Dicho Protocolo implica en la aplicación de este principio a la mayor parte de las instituciones comunitarias; además, establece que la Comisión *antes de proponer un acto legislativo...procederá a amplias consultas*. Concreta, por otro lado, lo que debe entenderse por proyecto legislativo a los efectos del protocolo, señalando como eventuales protagonistas de una iniciativa legislativa, además de a la Comisión Europea, a un grupo de Estados miembros, al Parlamento Europeo, al Tribunal de Justicia, al Banco Central Europeo y al Banco Europeo de Inversiones.

Tanto la Comisión, como el Parlamento Europeo y el Consejo deberán transmitir sus proyectos legislativos a los Parlamentos nacionales. Además, el artículo 5 del mismo protocolo establece que los proyectos legislativos deberán estar motivados *en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, incluyendo una ficha con elementos que permitan evaluar el impacto financiero y sus efectos en la normativa de los Estados

miembros, además, de la inclusión de indicadores cualitativos y, en la medida de lo posible, cuantitativos.

El artículo 6, por su parte, regula el mecanismo de alerta temprana, dando a los Parlamentos estatales el plazo de ocho semanas, el Tratado Constitucional daba seis semanas, para el envío de un dictamen motivado a los presidentes del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión, exponiendo las razones por las que, en su caso, consideren que se viola el principio de subsidiariedad.

Las consecuencias de los dictámenes de los Parlamentos estatales vienen contempladas en el artículo 7 del protocolo, según el cual cada Parlamento estatal dispondrá de dos votos a efectos de computar los dictámenes procedentes de cada Estado miembro, asignándose en los sistemas bicamerales un voto a cada cámara. Si el total de votos negativos ascendiese a un tercio o más, un cuarto en el caso de las materias relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el proyecto en cuestión tendría que volverse a estudiar, para, posteriormente, decidir mantener, modificar o retirar el proyecto, motivando en cualquier caso la decisión.

El Tratado de Lisboa introduce una novedad, recogida en el punto 3 del artículo 7 del Protocolo, según la cual, y en el marco del procedimiento de codecisión, procedimiento ordinario, si se diera una mayoría simple de Parlamentos estatales que dictaminasen en contra de la conformidad de la propuesta respecto a la subsidiariedad, y la Comisión decidiera mantenerla, existiría la posibilidad de que tanto el Consejo, con el 55% de sus votos, como el Parlamento Europeo, por mayoría, desestimen la propuesta legislativa, por considerar que no respeta el principio de subsidiariedad. Algunos autores, entre ellos José Martín y Pérez de Nanclares, consideran que en este caso existe un riesgo de que el flanco intergubernamental del proceso resulte reforzado *al dársele al Consejo la posibilidad de guillotinar un proyecto de acto legislativo por una mayoría ajustada de sus miembros*.

Por último, el artículo 8 del Protocolo regula el control «ex post» de la aplicación del principio, reconociendo la legitimación activa a los Estados miembros, que podrán, en su caso, recurrir en nombre de sus Parlamentos centrales o de una Cámara de los mismos, y al Comité de las Regiones en aquellas materias en las que sea preceptiva su consulta.

## 5. Aplicación práctica del principio de subsidiariedad

Al margen de las diferentes perspectivas políticas, desde las que la aplicación del principio de subsidiariedad puede ser contemplado, se plantean dudas de orden técnico sobre la tarea a desarrollar por las Cámaras, tanto

desde el punto de vista del contenido del dictamen como de la articulación práctica de los órganos encargados de instruirlos o elaborarlos. Esta tarea puede complicarse un poco más en el caso de los Estados de estructura descentralizada.

La primera cuestión que debe tenerse presente es que el control sólo es aplicable en aquellas cuestiones en las que la materia objeto de regulación sea una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, entendidos éstos en un sentido amplio, es decir, incluyendo las competencias de sus entes o niveles descentralizados. Por definición, quedan excluidas las iniciativas legislativas referidas a materias que sean competencia exclusiva, ya sea de la Unión o de los Estados miembros. Por lo tanto, la primera tarea a desarrollar, en cada caso, consiste en determinar que, efectivamente, nos encontramos ante una materia de competencia compartida; labor que puede ser desarrollada en primera instancia por los servicios jurídicos de una cámara.

En cualquier caso, a partir de aquí el sistema de alerta temprana, control «ex ante», contemplado en el protocolo 2 del Tratado de Lisboa, es un control de tipo político; y el problema es que, tratándose de un principio abstracto, existe un margen de discrecionalidad o de indeterminación enorme. Incluso el control jurídico a posteriori, control «ex post», ante el Tribunal de Justicia resulta complicado. El control político supone controlar los elementos de suficiencia y eficiencia de la subsidiariedad: éste deberá ser el núcleo de los dictámenes emitidos, determinando si los proyectos legislativos (reglamentos, directivas,...) exceden o son superfluos en relación a la capacidad que tienen las instituciones estatales de regular eficientemente la materia en cuestión, que, no lo olvidemos, en todo caso, debe ser de competencia compartida.

El gran riesgo a la hora de la realización de este control reside en que los Parlamentos pueden sentirse tentados a ejercer un control de mera oportunidad política, en el sentido de rechazar aquellos actos o iniciativas que puedan ser considerados contrarios al interés estatal en cada momento. La línea de separación es, a menudo, poco nítida; por ello, parece evidente que, a la hora de valorar la eficiencia y suficiencia, los representantes políticos deberán estar asistidos, preferentemente, por letrados o técnicos versados en cuestiones de Derecho comunitario.

Conviene señalar que esta tarea deberá ser desarrollada en el plazo de ocho semanas desde que el Parlamento estatal disponga de la versión en lengua propia de la propuesta legislativa en cuestión. Como ha quedado dicho anteriormente, el proceso puede complicarse si el Parlamento estatal hace uso de la dimensión regional y local prevista en el Tratado, aunque esto no debiera nunca servir de excusa para rechazar la adecuada articulación de los Parlamentos regionales dotados de competencias legislativas.

Por otra parte, es importante destacar que, debido a la especificidad y amplitud del ámbito comunitario, las propias Cámaras, en ocasiones, pueden encontrarse a falta de los recursos humanos y materiales suficientes para cumplir con su cometido en relación al principio de subsidiariedad. Ello podría hacer aconsejable que las Cámaras puedan estar asistidas por los correspondientes Gobiernos, que, gracias a la especialización de sus departamentos y a sus recursos, en general más amplios y más familiarizados con los distintos ámbitos comunitarios que los de aquéllas, podrían jugar un importante papel emitiendo un dictamen que pudiera servir como base de trabajo a los servicios de las Cámaras.

## 6. La cuestión regional

Las regiones no fueron explícitamente contempladas por los Tratados hasta el Tratado de Maastricht, con la creación del Comité de las Regiones o la posibilidad de participación de las mismas en el Consejo de ministros, a través de la correspondiente delegación estatal. Sin embargo, *diversas disposiciones de la Tercera Parte del Tratado CE se habían hecho eco de la necesidad de atender los intereses regionales en ámbitos como la agricultura, las ayudas de Estado, la cultura, los transportes, las redes transeuropeas, la cohesión económica y social y el medio ambiente, a lo que se añade el trato especial debido a ciertas regiones en razón de situación estructural social y económica o de sus características o exigencias particulares*<sup>8</sup>.

En cualquier caso, ni el Tratado de Maastricht, ni el Tratado de Ámsterdam, contemplaron, a la hora de formular el principio de subsidiariedad, su dimensión regional<sup>9</sup>. Se consideraba como una cuestión dependiente del ordenamiento interno de los Estados miembros. No obstante, en Ámsterdam, Alemania, Austria y Bélgica incluyeron una Declaración<sup>10</sup>, en la que se indicaba que *la acción de la Comunidad Europea, conforme al principio de*

<sup>8</sup> Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, *La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones. El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, p. 297.

<sup>9</sup> De hecho en los trabajos preparatorios de Maastricht y de Ámsterdam prevalecería la idea de que el principio de subsidiariedad estaba llamado a aplicarse sólo en las relaciones entre la Comunidad y sus Estados miembros, abstracción hecha de las reglas constitucionales... en el seno de cada uno de esos Estados. Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, *La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones. El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, p. 300.

<sup>10</sup> Las Declaraciones únicamente vinculan a aquellos Estados miembros que las introducen; a diferencia de los Protocolos, que son vinculantes para todos.

*subsidiariedad, no sólo afecta a los Estados miembros, sino también a sus entidades, en la medida en que éstas disponen de un poder legislativo propio que les confiere el Derecho constitucional nacional.* El Reino de España, por su parte, rechazó la propuesta del Gobierno Vasco de adherirse a dicha Declaración.

Lo cierto es que la dimensión regional de la subsidiariedad se ha convertido, en los últimos años, en un «clásico» de las reivindicaciones de las regiones, especialmente de aquellas que cuentan con competencias legislativas, que se suma a otras reclamaciones tradicionales de las regiones, como, entre otras, la adecuada participación de las mismas en los Consejos de ministros o en la comitología, en coherencia con el orden constitucional de algunos Estados miembros, o su legitimación activa para poder recurrir ante el Tribunal de Justicia. De hecho, el debate sobre la dimensión regional ocupó un importante espacio durante las discusiones de la Convención que dio lugar al Tratado Constitucional. Así, en el Grupo de Trabajo I, dedicado al sistema de alerta temprana, varios miembros de la Convención defendieron la necesidad de extender el mecanismo de control a todos los parlamentos con capacidad legislativa, entre ellos los regionales. Finalmente, aunque no faltaron en el texto del Tratado Constitucional las alusiones y las invitaciones a la participación regional a la hora de ejercer el control «ex ante» de la subsidiariedad, se decidió, una vez más, dejar la cuestión de la participación regional en el ámbito propio de decisión de cada Estado miembro.

El Tratado Constitucional hace, por primera vez, una alusión directa y clara a las regiones, en relación al principio de subsidiariedad, en su artículo I-11, recogido posteriormente por el art. 5.3 del Tratado de la UE en la redacción dada por el Tratado de Lisboa: «...en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional o local», lo cual supone un reconocimiento claro de la capacidad de ejercicio de importantes competencias por parte de las regiones.

En realidad, el Tratado de Lisboa hace suyo, por lo que se refiere a la dimensión regional del principio de subsidiariedad, lo dispuesto en el Tratado Constitucional. Así, el Protocolo n.º 2, en su artículo 2, establece que la Comisión, antes de realizar la propuesta legislativa, procederá a realizar «amplias consultas» ... «que deberán tener en cuenta la dimensión regional y local». Por otra parte, en su artículo 5, al obligar al autor de la propuesta legislativa a evaluar su impacto financiero y sus efectos en la normativa que deben desarrollar los Estados miembros, vuelve a citar expresamente la «legislación regional».

Por su parte, el artículo 6, al regular el mecanismo de alerta temprana, señala que «incumbirá a cada Parlamento nacional... consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas». Se refiere, por lo tanto, únicamente a las regiones con competencias legislativas; aunque debe subrayarse que lo hace respetando el principio de autonomía institucional, por lo que la consulta y, en su caso, la toma en consideración y cómputo del o de los eventuales dictámenes negativos emitidos por los parlamentos regionales quedan dentro del ámbito de discrecionalidad de cada Estado miembro. Así, el reconocimiento regional realizado en el Tratado queda matizado, al ser el dictamen del Parlamento estatal responsabilidad del Estado miembro en cuestión y, por lo tanto, también la forma de articularse internamente.

No obstante, la posibilidad de acción o protagonismo regional no termina en la fase «ex ante», ya que, aunque las regiones no pueden recurrir directamente en anulación ante el Tribunal de Justicia por violación del principio, el Comité de las Regiones sí ha visto reconocida dicha legitimación activa para aquellas materias en las que la consulta a dicho órgano sea, en virtud del Tratado, preceptiva. La dificultad de fondo estriba en que el Comité de las Regiones no juega, formalmente, ningún papel en la aplicación del mecanismo de alerta temprana, por lo que si en la práctica no se ha manifestado previamente oposición a una determinada iniciativa legislativa las posibilidades de que prospere un recurso «ex post» parecen reducirse considerablemente. De hecho, algunos autores consideran que, en general, sea quien sea el recurrente, el control «ex post» es difícil de llevar a la práctica, dado que el Tribunal de Justicia se ha mostrado reacio a valorar decisiones de naturaleza política; en este sentido, el control «ex post» sería un mero mecanismo complementario y disuasorio para garantizar una mayor operatividad del sistema.

Por último, siguiendo con la cuestión de la dimensión regional de la aplicación del principio de subsidiariedad, hay que destacar que la Comisión Europea está obligada a emitir un informe anual que deberá remitir, entre otros, al Comité de Regiones.

## 7. La experiencia en Euskadi

Anteriormente al reconocimiento por parte de la Unión de la dimensión regional del principio de subsidiariedad, que tuvo lugar con el Tratado Constitucional, desde Euskadi se dieron amplias muestras del interés que, a nivel institucional, suscitaba, y suscita, la cuestión. Así, como se ha dicho anteriormente, el Gobierno Vasco solicitó al Gobierno español, sin éxito, que se adhiriese a la Declaración tripartita de Alemania, Bélgica y Austria anexa al Tratado de Ámsterdam.

De igual manera, antes de la firma del Tratado de Lisboa, el Gobierno Vasco, también lo hizo la Generalitat de Catalunya, solicitó del Gobierno español la inclusión de una Declaración en parecidos términos a los señalados anteriormente, pero con igual resultado negativo que en 1997.

Además, desde Euskadi, también desde otras CCAA, gracias a los *tests* impulsados por el Comité de las Regiones, el Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco<sup>11</sup> han participado en diversos ensayos, en una muestra de las

---

<sup>11</sup> El segundo Test de Subsidiariedad fue desarrollado entre octubre y noviembre de 2006. Se trató de evaluar dos textos legislativos de la Comisión Europea: la «Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente» [COM(2006) 479 final], y la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Eficacia y Equidad en los sistemas europeos de educación y formación» [COM(2006) 481 final].

El tercer Test de Subsidiariedad abarcó un período de tiempo mucho más amplio que los anteriores, entre el 19 de septiembre de 2007 y el 17 de octubre de 2008, y comprendió diez textos legislativos de la Comisión referentes a materias como energía, inmigración y salud pública.

En materia de Energía cinco textos legislativos de la Comisión Europea fueron objeto de análisis y evaluación: la «Propuesta de Reglamento por el que se crea la Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía» [COM(2007) 530 final], la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad» [COM(2007) 531 final], la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1775/2005 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural» [COM(2007) 532 final], la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad» [COM(2007) 528 final] y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural» [COM(2007) 529 final]. Participaron el Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco (informe conjunto del Ente Vasco de la Energía, la Dirección de Régimen Jurídico, la Dirección de Asuntos Europeos y la Delegación de Euskadi en Bruselas).

El Gobierno Vasco y el Parlamento Vasco trabajaron en estrecha colaboración, estableciéndose un procedimiento interno coordinado. Cada institución presentó sus propios informes al Comité de las Regiones. La Comisión de Industria y Energía del Parlamento Vasco solicitó la comparecencia ante la misma de los Directores del Gobierno Vasco responsables de cada tema, con el fin de conocer de primera mano las conclusiones del Gobierno respecto a cada análisis de Subsidiariedad. En referencia a la normativa denominada «Paquete Energético», se consideró que las propuestas legislativas sí cumplían con los principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, dado que mientras Euskadi tiene amplias competencias en este ámbito, la UE posee capacidad legal para actuar en las políticas energéticas de los Estados miembros sólo a través de las competencias sobre el Mercado único. En relación a la motivación del cumplimiento de la subsidiariedad, el Gobierno Vasco consideró insuficiente la justificación dada por parte de las instituciones comunitarias y entendió que no se habían tenido en cuenta los aspectos regionales o locales.

En cuanto al trabajo realizado en materia de Inmigración, tuvo lugar entre noviembre de 2007 y enero de 2008. Fueron tres los textos legislativos de la Comisión Europea objeto de análisis: La «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al



posibilidades que puede brindar la cooperación interinstitucional. Es más, se ha tenido en cuenta la dimensión territorial, lo que en el caso de Euskadi supone contar con las asambleas de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, si bien en los casos concretos analizados, las Juntas Generales carecían de competencia en la materia.

En la primera de las pruebas en las que participó el Gobierno Vasco, no lo hizo el Parlamento Vasco, al establecer el Comité de las Regiones limitaciones al número de participantes, se trataba de controlar el respeto del principio de subsidiariedad en una Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo y en una Comunicación de la Comisión, ambas referidas a aspectos relativos al ámbito de la Educación. Surgieron dudas y dificult-

---

Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad» [COM(2007) 248], la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes irregulares nacionales de terceros países» [COM(2007) 249] y la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por el que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro» [COM(2007) 638 final].

También en esta ocasión participaron el Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco (informe conjunto de la Dirección de Inmigración, la Dirección de Régimen Jurídico, la Dirección de Asuntos Europeos y la Delegación de Euskadi en Bruselas).

En este caso, el informe elaborado por el Gobierno Vasco destacaba que la actuación a nivel comunitario en este ámbito era necesaria y deseable. Establecía que se respetaban, de forma general, los principios de Subsidiariedad y de Proporcionalidad. Se consideraba, sin embargo, que la Comisión no tenía en cuenta suficientemente los aspectos locales y regionales, tanto a la hora de consultarles antes de la redacción de las propuestas como a la hora de evaluar el impacto de las mismas.

La Salud Pública ha constituido el objeto de la última de las pruebas en el marco del tercer Test. Se desarrolló entre los meses de septiembre y octubre de 2008 sobre el texto siguiente: «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza» [COM(2008) 414 final].

Participaron el Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco (informe conjunto de la Dirección de Estudios y Desarrollo Sanitario, la Dirección de Financiación y Contratación Sanitaria, la Dirección de Régimen Jurídico, la Dirección de Asuntos Europeos y la Delegación de Euskadi en Bruselas).

Se concluye que esta Directiva va más allá de la supresión de los obstáculos a la libre circulación de los pacientes y los servicios de salud, vulnerando la competencia en materia de sanidad de los Estados miembros y de la Comunidad Autónoma de Euskadi, responsable de organizar y prestar los servicios sanitarios y la asistencia médica. Según las Direcciones correspondientes del Departamento de Sanidad, el impacto de esta Directiva en la organización y prestación de servicios sanitarios sería importante y negativo e invadiría las competencias de los Estados miembros. La Dirección de Asuntos Europeos estimó, sobre esta base, que la propuesta de Directiva no respetaba los principios de proporcionalidad ni de subsidiariedad, así como tampoco el de atribución de competencias.



tades, que, en un primer momento, se centraron en cuestiones tales como si el control debía ser jurídico o político; qué órganos del Gobierno debían intervenir,... Las respuestas siempre se planteaban con objeto de poner, en un futuro próximo, a disposición de los servicios del Parlamento Vasco el conocimiento, la experiencia y el método que permitiese que Euskadi fuera capaz de emitir un dictamen sobre cualquier cuestión que, eventualmente, pudiese ser sometida desde el Parlamento estatal, en aplicación del Protocolo que estamos analizando.

La primera cuestión que se puso de manifiesto fue la necesidad de un informe en torno a la cuestión básica de si la materia objeto de análisis era de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, en nuestro caso, entre la Unión y la Comunidad de Euskadi, ya que, en caso tratarse de una competencia exclusiva, la aplicación del principio no tendría lugar. Huelga decir que la cuestión encierra cierta dosis de dificultad, habida cuenta de que el sistema de reparto competencial en la Unión no es paralelo al que establece el Título VIII de la Constitución española. De ahí, entre otras razones, que esta primera tarea deba ser llevada a cabo por un órgano capacitado para realizar el análisis competencial requerido, como puede ser una Dirección de régimen jurídico u otro órgano familiarizado con asuntos relativos al control de competencias.

Una vez verificada la pertinencia de realizar un control de subsidiariedad, al ser la competencia compartida entre la Unión y el Estado miembro (en este caso, una administración periférica y no central), resultaba evidente que el asunto debía ser analizado por un órgano del Departamento sectorial en cuestión, toda vez que se trata de realizar un control sobre la necesidad o no de intervención del organismo o institución supranacional y su proporcionalidad, todo ello medido en parámetros de suficiencia y de eficiencia. Naturalmente, hubo que hacer esfuerzos para evitar confundir el mencionado control de suficiencia con el criterio de oportunidad, ya que, siendo, en la práctica, tan fina la línea de separación entre ellos, la tendencia a negar la intervención comunitaria por la simple razón de que no convenga al interés de la comunidad política que ejerza el control es un riesgo que conviene tener siempre presente.

Por último, cabe señalar que, desde la Secretaria General de Acción Exterior se coordinaron las diferentes respuestas y fases de elaboración del dictamen que finalmente se remitió al Comité de las Regiones.

Este método ha sido desarrollado en sucesivas pruebas, esta vez en coordinación con el Parlamento Vasco<sup>12</sup>, cuyos servicios han procedido a la

---

<sup>12</sup> La presidencia del Parlamento vasco emitió una resolución en virtud de la cual se articulaba un procedimiento de recepción de las iniciativas legislativas de la Comisión Europea, así como su trámite urgente a través de la Comisión sectorial correspondiente, para

elaboración de los correspondientes dictámenes, organizando comparencias en las respectivas comisiones sectoriales y contribuyendo a que, tanto los miembros políticos de cada comisión, como los servicios del propio Parlamento, hayan podido familiarizarse con las dificultades propias del ejercicio del control del principio de subsidiariedad.

A día de hoy, a la luz de la experiencia adquirida, podríamos decir que, tanto el Parlamento Vasco, como el Gobierno Vasco, están en condiciones de poder realizar el control, máxime teniendo en cuenta que el Tratado de Lisboa ha ampliado el plazo inicial previsto en el Tratado Constitucional de seis a ocho semanas. La efectiva participación en el control del prin-

---

que, en los plazos oportunos, se pudiese emitir un informe en torno al cumplimiento o no de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, según los Tratados Europeos vigentes.

*Ante la eventualidad de que las Cortes Generales nos remitan en un futuro próximo las iniciativas legislativas de la Comisión Europea, y dado el exiguo plazo de tiempo de que dispondremos en el Parlamento, se establecerá un sistema de recepción, clasificación y tramitación de las mismas lo más breve, abierto y eficaz posible.*

*Desde el momento de la recepción hasta el final de su tramitación en el Parlamento Vasco no podrán pasar más de cuatro semanas, y siempre dependiendo del momento en que las Cortes Generales procedan a la comunicación de la iniciativa al Parlamento Vasco.*

*Así, inmediatamente tras la recepción de la iniciativa, el registro abrirá un expediente correspondiente a la misma, y remitirá toda la documentación a la Presidencia del Parlamento Vasco.*

*La Presidencia, junto con otro miembro de la Mesa, calificará el tema y lo remitirá a la Comisión sectorial correspondiente en función de la materia sobre la que trate la iniciativa.*

*En caso de ausencia de la Presidenta en el momento de la recepción de la iniciativa, el registro remitirá el documento para su calificación a la Vicepresidencia primera. Del mismo modo, de encontrarse ausente la Vicepresidencia primera, se remitirá a la vicepresidencia segunda, y así sucesivamente, para garantizar que la clasificación se realiza en el menor plazo de tiempo posible.*

*La iniciativa en todo caso, deberá ser clasificada al menos por dos miembros de la Mesa, quienes informarán de ello al resto de miembros de la Mesa en la primera reunión ordinaria que se celebre tras su clasificación.*

*Respecto a su tramitación por la comisión correspondiente el/la Presidente/a de la comisión procederá a la convocatoria urgente de la comisión en el menor plazo posible, así como a iniciar los trámites para las comparencias que los miembros de la comisión consideren oportunas.*

*Una vez finalizadas dichas comparencias, la comisión elaborará un informe sobre la adecuación o no de la iniciativa europea a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad tal y como recogidos en los Tratados europeos vigentes. La Comisión deberá tener en cuenta también el ámbito competencial foral y local en la elaboración de su informe.*

*Este informe será remitido a la Mesa quien a su vez lo remitirá a las Cortes Generales para que sea tenido en cuenta.*

cipio de subsidiariedad dependerá, en gran parte, de la voluntad política existente en las Cortes Generales a la hora de articular el procedimiento a seguir.

## 8. El sistema español y la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea. Dificultades y perspectivas

También las Cortes Generales se han visto en la necesidad de reflexionar sobre la eventual puesta en marcha del control previo, o «ex ante», del principio de subsidiariedad, en definitiva, sobre cómo podría implementarse el mecanismo de alerta temprana y, en su caso, el mecanismo del recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia, para el caso de que el Tratado Constitucional, primero, y el de Lisboa, después, entrara en vigor, y con él la regulación relativa a la materia en cuestión. La Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea, órgano de composición política especializado en los asuntos relativos a las Comunidades Europeas, acordó en septiembre de 2005 la creación de un Grupo de Trabajo en su seno que estudiase la aplicación por las Cortes Generales del Sistema de Alerta Temprana; en este marco, se tramitaron una serie de comparencias de autoridades y expertos relativas a la aplicación práctica del principio de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>13</sup>. Efectivamente, tampoco el Parlamento español escapaba, y escapa, al clima de desconocimiento o incertidumbre sobre la manera en que dicho control debía realizarse, o sobre las medidas que habrían de tomarse para su adecuada implementación en el nivel interno del Estado.

En dichas comparencias se pusieron de manifiesto los aspectos comentados anteriormente relativos a la determinación de si una materia es compartida o no, como requisito previo para la aplicación del protocolo; los matices en relación con la cuestión de quién debe ejercer el control o

---

<sup>13</sup> En la sesión de 30 de marzo de 2006 comparecieron Jean-Claude Piris, Director General Jurisconsulto del Consejo de Ministros de la Unión Europea y Bo-Manderup Jensen, Asesor especial de Asuntos Parlamentarios del Presidente de la Comisión Europea; en la sesión de 27 de abril de 2006 comparecieron Enoch Alberti Rovira, Catedrático de la Universidad de Barcelona y Francina Esteve García, Profesora titular de la Universidad de Girona; en la sesión plenaria de 11 de mayo de 2006, en el Palacio del Congreso de los Diputados, en el marco de las actividades del Grupo de Trabajo creado en su seno para estudiar la aplicación por la Cortes Generales del Sistema de Alerta Temprana previsto en el Protocolo de subsidiariedad que acompaña al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, comparecieron los catedráticos Martín y Pérez de Nanclares y Diez-Hochleitner Rodríguez, por un parte, y el europarlamentario Méndez de Vigo y Montojo, por otra.

Véase el Diario de Sesiones de las Cortes Generales.

quién y cómo debe fiscalizar los elementos de suficiencia y de eficiencia; cuáles son los actos a controlar, los proyectos legislativos comunitarios; la naturaleza y alcance de los dictámenes a emitir y los efectos de un eventual rechazo de una mayoría de los parlamentos estatales. Igualmente, los comparecientes aludieron a la dimensión autonómica del mecanismo de alerta temprana; se señaló que su previsión por parte del Tratado Constitucional, y ahora del Tratado de Lisboa, constituía una novedad y que se trataba, no sólo de una cuestión regulada por los Tratados —*incumbirá a cada Parlamento nacional, o a cada Cámara consultar, cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas*—, sino de una exigencia interna en el caso de los Estatutos andaluz y catalán<sup>14</sup>. En cuanto a los actos que debieran ser objeto de control por parte de los Parlamentos autonómicos, Martín y Pérez de Nanclares señalaba como opción más correcta aquellos *ámbitos que afecten a competencias legislativas de las comunidades autónomas, aunque su articulación no es nada sencilla, ya que los propios títulos competenciales [comunitarios] no tienen una correlación directa con el reparto competencial del Título VIII de la Constitución española y los correspondientes estatutos de autonomía*.

Igualmente, se apuntaba en las comparecencias la dificultad que suponía para la articulación de los eventuales dictámenes negativos de las Comunidades Autónomas, la heterogénea configuración del Senado, como cámara de representación territorial, y la necesidad de tener en cuenta la asimetría existente, en cuanto a las capacidades competenciales de las diferentes Comunidades Autónomas.

Como resultado de estas comparecencias y de otros trabajos realizados internamente, la Comisión Mixta emitió un informe en diciembre de 2007, del que pueden extraerse algunas conclusiones.

El informe señala que el objetivo del dictamen debe ser el cuestionamiento del cumplimiento del principio de subsidiariedad; pudiéndose emitir, en su caso, dictámenes de disconformidad.

El informe recomienda la reforma de la Ley 8/1994 reguladora de la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea, de manera que se determinen las obligaciones del Gobierno, informes, plazos y comparecencias; se concreten los órganos de las Cortes Generales competentes para emitir los dictámenes motivados y se prevean los requisitos necesarios

---

<sup>14</sup> El propio texto de Nuevo Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi —que no ha llegado a entrar en vigor— alude reiteradamente a este principio. Podemos citar, por ejemplo, el artículo 35.1 —*Régimen de relación y reparto competencial en el ámbito de la CA*—; el artículo 37.3 —*Municipios vascos*—; el artículo 41.c —*Principios de relación administrativa con el Estado*— y el artículo 66.1 —*Cooperación transfronteriza e interregional europea*—.

para la avocación de competencias por parte de los plenos de las Cámaras, así como la eventual participación de los Parlamentos autonómicos.

Aunque las opciones dadas por los diferentes expertos comparecientes fueron diversas, la Comisión Mixta se perfila como la opción por la que se decanta el informe para coordinar el ejercicio del mecanismo de alerta temprana, al ser un órgano de control especializado, familiarizado con los temas europeos, ágil y con cierta capacidad de debate técnico jurídico. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la avocación de la competencia por parte de los plenos de las Cámaras, en caso de que se cumplan ciertos requisitos.

El informe recomienda el establecimiento de un procedimiento conjunto de aprobación de los dictámenes motivados, ya que el Tratado no lo excluye, por lo que la solución de instrumentar el procedimiento a través de la Comisión Mixta parece la mejor solución, tal y como se ha hecho, por ejemplo, en Holanda, con la creación de una Comisión *ad hoc* para aplicar el sistema de alerta temprana. El informe, por otro lado, recoge ciertas recomendaciones relativas al procedimiento interno a seguir en relación a la creación de subcomisiones y a la iniciación del procedimiento para la elaboración de dictámenes motivados.

Por lo que se refiere a la participación de los Parlamentos autonómicos, se recomienda la puesta en marcha de un procedimiento de remisión automática de las iniciativas legislativas europeas y el establecimiento de un plazo de tres semanas<sup>15</sup> para la remisión a la Subcomisión, por parte de aquéllos, de los dictámenes motivados, que deberían ser publicados. Sin embargo, en cuanto al carácter vinculante o no de estos dictámenes para la Comisión Mixta, nada se dice; más bien, al contrario, se señala en el informe que *dicha Subcomisión... podrán hacer suyo dicho dictamen o presentar otros alternativos que se debatirían conjuntamente con el elaborado por el Parlamento autonómico*; e, igualmente, se indica que *la Comisión Mixta, si aprobase un dictamen motivado, podrá acordar por mayoría de tres quintos, que se acompañe a su dictamen alguno de los que pueda haber remitido algún Parlamento autonómico, si entiende que puede servir para reforzar políticamente su criterio*. Es decir, que el informe de la Comisión Mixta, lejos de recomendar la asunción, cuando corresponda, de los dictámenes motivados de los Parlamentos autonómicos, sugiere que sólo sean tenidos en cuenta, a conveniencia de la propia Comisión Mixta, si sirven para reforzar su punto de vista, independientemente de la materia examinada, del número de Parlamentos autonómicos implicados o de la simetría o asimetría existente en la materia.

---

<sup>15</sup> El plazo previsto por la resolución de la Presidencia del Parlamento Vasco estipula un plazo de cuatro semanas para remitir el dictamen al Parlamento español, a contar desde la recepción de la propuesta. Véase la nota a pie de página 12

La opinión mayoritaria de los expertos comparecientes<sup>16</sup> en la Comisión Mixta indicaba que la obligación de consulta a los Parlamentos autonómicos procedería más del Derecho interno que de la propia letra de los Tratados, pues, en su opinión, lo único que hacen éstos, al igual que en otros asuntos relativos a la participación regional, es facilitar un marco general de actuación, siempre dentro del respeto de la autonomía institucional de los Estados miembros. El problema es que, en España, sorprende la nula voluntad, ya tradicional, de dotar de coherencia al marco constitucional cuando de proyectarse en el exterior se trata.

Volviendo al aspecto general del principio de subsidiariedad, el informe de referencia también destaca, en cuanto a los efectos del dictamen, que el mismo no supondría un veto al proyecto de la Comisión Europea, sino que obligaría a ésta a mejorar la motivación de la propuesta; todo ello sin perjuicio del efecto político que el dictamen pudiera tener. Además, señala que el principio debe entenderse *en función de unos conceptos susceptibles de evolucionar, y que en ningún caso están diseñados exclusivamente para recuperar competencias comunitarias... que deben interpretarse con el objeto de avanzar hacia una «unión cada vez más estrecha entre sus pueblos»*.

En el momento de escribir estas líneas, la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea se encuentra en pleno proceso de discusión del anteproyecto de reforma de la citada Ley de 1994; los borradores que se están manejando parecen seguir de cerca las recomendaciones realizadas en el informe de diciembre de 2007, arriba citado. En este sentido, el protagonismo de la Comisión Mixta en la aplicación del principio de subsidiariedad, parece indiscutible, así como que el Gobierno español tendrá que colaborar decisivamente con la emisión, en las primeras semanas, de un informe que sirva de base para el inicio de los trabajos; del mismo modo, parece que el papel de las Comunidades Autónomas quedará limitado a la mera consulta, independientemente del título competencial al que se refiera la materia en cuestión o del número de Parlamentos autonómicos implicados; con lo cual, hablar de la dimensión regional del principio de subsidiariedad en España pudiera parecer, cuanto menos, excesivo.

---

<sup>16</sup> Algunos expertos comparecientes también destacaron el deseable carácter voluntario de la participación autonómica; la existencia de asimetrías competenciales entre las Comunidades Autónomas; la conveniencia de que se tenga en cuenta el número de parlamentos autonómicos que, en su caso, emitan una opinión negativa y la eventual necesidad de reforma de la Cámara alta con el fin de que pudiera servir de cauce, entre otras tareas, para la articulación de un sistema de control del principio de subsidiariedad que se tome con seriedad la dimensión regional del mismo.

## 9. Valoración de la regulación del principio de subsidiariedad y expectativas de futuro. Conclusión

El principio de subsidiariedad se encuentra en la base de la construcción europea, en cuanto que los Estados miembros deciden constituir una instancia supraestatal para alcanzar determinados objetivos para los que su acción individual resulta insuficiente, además de ineficiente. El reconocimiento expreso del principio de subsidiariedad por parte del Tratado de Maastricht, si bien el AUE lo apuntaba de manera incipiente al regular la política medioambiental, supone la puesta en funcionamiento de un nuevo sistema de relaciones entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, en virtud del cual los Estados miembros comienzan a desarrollar un importante grado de control del ejercicio de poder de las instituciones comunitarias, tras el traspaso a la esfera comunitaria de importantes materias, tradicionalmente reservadas al ámbito de la soberanía estatal.

Pero, además de constituir una herramienta de control por parte de los Estados miembros sobre la manera en que la Unión hace uso de sus competencias, compartidas, el principio de subsidiariedad constituye, o puede constituir, una herramienta de primer orden a la hora de implicar, por un lado, a los Parlamentos, tanto de la esfera central como de la periférica, de los Estados miembros, por el sistemático seguimiento que permitirá hacer del iter legislativo comunitario; y, por otro, a los propios ciudadanos al constatar que la actuación de la Unión sólo se da en aquellos ámbitos en los que la actuación de sus instituciones más cercanas, desde la esfera local hasta la central del Estado, se revela inadecuada para dar respuesta a los problemas planteados en la sociedad del siglo XXI, caracterizada por la interdependencia y la globalización. Sin duda, un uso adecuado del control del principio de subsidiariedad podría contribuir a un mayor reconocimiento de la Unión por parte de su ciudadanía y, por ende, a una mayor identificación de la misma con el proyecto de construcción europea.

Sin embargo, el Tratado de Maastricht, más allá de la formulación del principio, adolecía de falta de concreción en cuanto a la forma de su implementación. Por ello, las instituciones comunitarias desarrollaron una serie de acuerdos que dieron pie a que el Tratado de Ámsterdam incorporara, como anexo, un Protocolo relativo a su aplicación. No obstante, la novedad que aporta este último Tratado es la irrupción de la cuestión relativa a la dimensión regional del principio de subsidiariedad. En este sentido, Alemania, Austria y Bélgica señalaron, en una Declaración anexa, que, para ellas, el principio de subsidiariedad jugaba también con respecto a sus Parlamentos infraestatales.

El principio y su dimensión regional reciben un verdadero impulso a partir de la celebración de la Convención Europea sobre el futuro de Europa

y de la aprobación del Tratado constitucional y de su heredero, el de Lisboa, que, a través de un protocolo específico, incluye, respetando el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, a las autoridades regionales y locales; la realización de *amplias* consultas previas de la Comisión a las mismas; la valoración previa de los efectos en la legislación regional de una eventual iniciativa legislativa comunitaria; la posibilidad de ser tenidas en cuenta por los Estados miembros a la hora de emitir un dictamen y el reconocimiento al Comité de las Regiones de legitimación activa para poder recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La posibilidad de consulta a los Parlamentos regionales, en el caso español, a los Parlamentos autonómicos, supone una mejora adicional del marco legislativo comunitario, que permite la articulación en la vida política de la Unión de las esferas no centrales de los Estados miembros, iniciada con el Tratado de Maastricht. Si tenemos en cuenta que las regiones con competencias legislativas son responsables de la implementación o transposición de, aproximadamente, el 90 % de la legislación comunitaria, podrá comprenderse la trascendencia que tiene una adecuada articulación de la dimensión regional y local en el control del principio de subsidiariedad.

Lamentablemente, a la luz de los trabajos desarrollados por la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea y del informe emitido en diciembre de 2007, sin olvidar el rechazo a las propuestas de los Gobiernos catalán y vasco de inclusión de una Declaración en este sentido en el Tratado de Lisboa, da la impresión de que la dimensión autonómica de los eventuales dictámenes que emitan las Cortes Generales podrá brillar por su ausencia, con el consiguiente perjuicio a la coherencia y consistencia del bloque de constitucionalidad. Además, la eventual contradicción con lo previsto en el texto de algunos de los nuevos estatutos de autonomía (Andalucía, Catalunya,...) podría dar lugar a conflictos de naturaleza jurídica y política, cuyas consecuencias finales son difíciles de predecir.

En pleno siglo XXI, cuando el sistema de relaciones jerárquicas, característico del siglo XX, va dando paso a una cada vez mayor cantidad de relaciones entre diferentes actores públicos y privados, pero no bajo parámetros de jerarquía, sino de heterarquía, la adecuada implementación del principio de subsidiariedad parece fundamental para la suerte democrática de la Unión. Difícilmente podrá hablarse de democracia, transparencia, identificación y compromiso, sin una adecuada gobernanza; y, en este sentido, el principio de subsidiariedad constituye una de las herramientas básicas para el desarrollo de la nueva gobernanza del siglo XXI.

En cualquier caso, la puesta en práctica del Protocolo relativo al principio de subsidiariedad y proporcionalidad, suscita dudas de orden operativo que tan sólo la experiencia podrá ir despejando. Conviene, no obstante, de-



jar constancia de que el control deberá limitarse a examinar los elementos de suficiencia y de eficiencia que debe contener cualquier propuesta de actuación legislativa comunitaria. En cualquier caso, el riesgo de desviación del control de la aplicación del principio hacia un control de oportunidad, para evitar regulaciones contrarias a intereses concretos de Estados miembros o para recuperar competencias por parte de los Estados miembros, es una realidad.

Por último, entendemos que la aplicación del citado protocolo, al menos en lo que se refiere al mecanismo de alerta temprana, parece no necesitar de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; eso sí, siempre y cuando concurra, por parte de los Estados miembros, la necesaria voluntad política para llevarla a cabo.



# Los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y otros aspectos de democracia directa\*

Ángel Boixareu Carrera  
Director General en la Secretaría General  
del Consejo de la Unión Europea

**Sumario:** A. Introducción. 1. El proceso de integración europea hasta el Tratado de Maastricht. 2. Creciente dimensión política del proceso de integración.—B. El Tratado de Lisboa. 1. Principio de igualdad (art. 9 TUE). 2. No discriminación y ciudadanía de la Unión (Segunda Parte del TFUE). 3. Derechos de los ciudadanos de la Unión (arts. 9 TUE y 20 TFUE). 4. Derecho de libre circulación y residencia (art. 21 TFUE). 5. Protección diplomática y consular en terceros países (art. 23 TFUE). 6. Democracia participativa. 7. Democracia representativa.—C. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.—D. Conclusión.

---

**Resumen:** Como medida destinada a poner de manifiesto la creciente dimensión política del proceso de integración europea, el Tratado de Maastricht dio entrada en el TCE a la noción de ciudadanía de la Unión. El Tratado de Lisboa, por su parte, ha procedido a una puesta al día de las correspondientes disposiciones, que quedarán integradas en la Segunda Parte del TFUE (arts. 18-25), junto con el principio de no discriminación. Es en el ámbito de la democracia participativa donde el Tratado de Lisboa presenta los desarrollos más significativos, en particular mediante la creación del mecanismo de la iniciativa ciudadana. Asimismo, se refuerza el principio de democracia representativa, a través sobre todo de la ampliación de los poderes del Parlamento Europeo. Finalmente, el nuevo Tratado declara que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE —que contiene un Título V sobre «Ciudadanía»— tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

**Palabras clave:** Ciudadanía de la Unión, Democracia participativa, Derecho de iniciativa ciudadana, Democracia representativa, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

**Abstract:** *As a measure aimed at highlighting the growing political dimension of the European integration process, the Treaty of Maastricht included the notion of Union citizenship in the ECT (European Community Treaty). The Treaty of Lis-*

---

\* Las opiniones vertidas en este texto, que constituye un guión anotado de la ponencia presentada en noviembre de 2008 en el Seminario Internacional sobre el Tratado de Lisboa celebrado en la Universidad de Deusto, son estrictamente personales y sólo comprometen a su autor.

*bon itself, has attempted to update the corresponding provisions, which will be incorporated in the Second Part of the TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) (articles 18-25), together with the principle of non-discrimination. It is in the field of the participatory democracy where the Treaty of Lisbon presents the most significant developments, in particular thanks to the creation of the Citizens' Initiative mechanism. Likewise, the principle of representative democracy is reinforced, above all, through the increase of the European Parliament powers. Finally, the new Treaty states that the Charter of Fundamental Rights of the EU —which contains a Title V on «Citizenship»— will have the same legal value as the Treaties.*

**Keywords:** *Union Citizenship, Participatory democracy, Citizens' Initiative Law, Representative democracy, Charter of Fundamental Rights of the EU.*

## A. Introducción

### 1. *El proceso de integración europea hasta el Tratado de Maastricht*

Desde su arranque en los años 50 del pasado siglo, el proceso de integración europea estuvo sobre todo vinculado a la instauración de un gran mercado interior entre sus Estados miembros, asentado en cuatro grandes libertades (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales) y en una serie de políticas de acompañamiento.

La propia terminología en boga en esas primeras décadas de funcionamiento de las Comunidades Europeas (piénsese en los conceptos más utilizados: trabajadores, empresarios, consumidores, usuarios, «operadores económicos», etc.) aludía a la existencia de unos derechos de carácter ante todo socio-económico.

### 2. *Creciente dimensión política del proceso de integración*

El distanciamiento creciente entre los ciudadanos y el proceso de integración («nadie es ciudadano de un gran mercado»), visto por parte de las opiniones públicas nacionales como una construcción elitista o burocrática, hará tomar conciencia de la necesidad de implicar directamente a los ciudadanos nacionales de los Estados miembros en dicho proceso. Como primer paso en esta línea cabe mencionar las elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo desde el año 1979.

En los años 80 se refuerza esta orientación mediante diversas iniciativas. Así, en el Proyecto Spinelli del Parlamento Europeo de Tratado so-

bre la Unión Europea, de febrero de 1984, se habla por primera vez —en su art. 3— de crear una «ciudadanía de la Unión».

A su vez, en las conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleau, de junio de 1984, se decidió la puesta en marcha de un comité ad hoc («Comité Adonino») sobre la Europa de los ciudadanos, habida cuenta de la conveniencia de reforzar y promover la identidad y la imagen de la Comunidad ante sus ciudadanos<sup>1</sup>.

Esta evolución desemboca en el Tratado de Maastricht, el cual, a propuesta del Gobierno español, introdujo en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) los nuevos artículos 17 a 22 sobre ciudadanía de la Unión. Este vínculo jurídico-político entre el ciudadano y la Unión se concibe como complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional<sup>2</sup>.

## B. El Tratado de Lisboa

### 1. Principio de igualdad (art. 9 TUE)

Por medio de la redacción que da al nuevo art. 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE), precepto que encabeza su Título III relativo a las «Disposiciones sobre los principios democráticos», el Tratado de Lisboa formaliza o consolida el principio de igualdad de los ciudadanos de la Unión, que deberá ser respetado en todas sus actividades. No deja de ser llamativo que este precepto añada, como expresión del principio de igualdad, que los ciudadanos de la Unión «se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos»<sup>3</sup>.

### 2. No discriminación y ciudadanía de la Unión (Segunda Parte del TFUE)

Por obra del Tratado de Lisboa, los dos preceptos sobre no discriminación, que figuran actualmente en la Primera Parte del TCE dedicada a los «Principios» como artículos 12 y 13, pasan a integrarse en la Segunda Parte

---

<sup>1</sup> El texto de las conclusiones puede consultarse en R. PÉREZ BUSTAMANTE y A. PALACIO, *Los Consejos Europeos*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 240.

<sup>2</sup> Para toda esta parte introductoria, véase A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.

<sup>3</sup> Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea figuran en el DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008.

del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consagrada a la no discriminación y ciudadanía de la Unión (arts. 18-25).

Así, el art. 18 TFUE recogerá el principio capital del Derecho Comunitario de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, mientras que el art. 19 TFUE hará referencia a la lucha contra las demás formas de discriminación (por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

### 3. *Derechos de los ciudadanos de la Unión (arts. 9 TUE y 20 TFUE)*

En relación con la ciudadanía de la Unión, conectada a la condición de nacional de un Estado miembro, dos son las novedades aportadas por el Tratado de Lisboa.

En primer lugar, frente a la redacción actual del art. 17 TUE, con arreglo al cual la ciudadanía de la Unión será «complementaria y no sustitutiva» de la ciudadanía nacional, tanto el art. 9 TUE como el art. 20.1 TFUE declaran que la ciudadanía de la Unión «se añade» a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

En segundo lugar, para mayor claridad, el art. 20.2 TFUE establece un catálogo o lista de los derechos del ciudadano de la Unión, que se desarrolla en los preceptos siguientes (arts. 21-25 TFUE), añadiendo que estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos. Así, los ciudadanos de la Unión tienen el derecho:

- de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;
- de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

#### 4. *Derecho de libre circulación y residencia (art. 21 TFUE)*

Según datos del quinto informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión (1 de mayo de 2004 - 30 de junio de 2007), cada vez son más los ciudadanos europeos que estudian, se casan, residen o trabajan en un Estado miembro del que no son nacionales<sup>4</sup>. A fecha 1 de enero de 2006, aproximadamente 8,2 millones de ciudadanos de la UE ejercían su derecho a residir en otro Estado miembro, según los datos de Eurostat referentes a la UE de 25 Estados miembros. Como se ha puesto de relieve<sup>5</sup>, estas cifras prueban que, desde un punto de vista cualitativo, la movilidad profesional dentro del mercado único sigue siendo muy baja, ya que apenas un 2% de los europeos viven en un país de la Unión diferente de su país de origen. Además, los nacionales de países terceros eran más numerosos que los extranjeros procedentes de otros países europeos en 21 de los Estados miembros.

Por lo que respecta a las medidas de desarrollo del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el art. 21 TFUE consolida lo ya previsto en el art. 18 TCE al disponer que dichas medidas se adoptarán en principio con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, esto es, en virtud de la terminología empleada por el Tratado de Lisboa, mediante codecisión entre Parlamento Europeo y Consejo (actual art. 251 TCE).

#### 5. *Protección diplomática y consular en terceros países (art. 23 TFUE)*

Como señala el quinto informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión, antes mencionado, el acervo en materia de protección diplomática y consular es muy limitado, y ello a pesar de que cada vez son más los ciudadanos de la Unión que viajan y viven en terceros países (Eurostat ha estimado el número de viajes efectuados en 2005 fuera de la Unión en aproximadamente 80 millones). La experiencia adquirida en crisis recientes —como el tsunami asiático— muestra que se puede mejorar la cooperación entre las autoridades diplomáticas y consulares.

Por ello, el art. 23 TFUE introduce en su segundo párrafo una base jurídica que permitirá al Consejo adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar la protección de las autoridades diplomáticas y consulares.

---

<sup>4</sup> Cf. COM(2008) 85 final, de 15.2.2008.

<sup>5</sup> Cf. el Informe al Presidente de la República Francesa presentado por A. LAMASSOURE con fecha 8 de junio de 2008 sobre «Le citoyen et l'application du droit communautaire», p. 9.

## 6. *Democracia participativa*

A fin de acercar e implicar a los ciudadanos en la toma de decisiones a nivel de la Unión, y tratar de evitar así su desafección respecto al proceso de integración europea, el art. 10.3 TUE señala que todo ciudadano tiene derecho a «participar» en la vida democrática de la Unión.

El desarrollo de la democracia participativa que trata de impulsar el Tratado de Lisboa se asienta en las ideas que a continuación se detallan.

### A) DERECHO DE INICIATIVA CIUDADANA (ARTS. 11.4 TUE Y 24 TFUE)

El Tratado de Lisboa introduce el mecanismo de la iniciativa ciudadana. Con arreglo al art. 11.4 TUE un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Esta disposición se completa con el art. 24, párrafo primero, TFUE, que prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones para la presentación de una iniciativa ciudadana, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten.

### B) DIÁLOGO CON LA SOCIEDAD CIVIL (ART. 11, APDOS. 1-3, TUE)

El art. 11 TUE se refiere en sus dos primeros apartados al papel de las instituciones europeas en general en sus relaciones con los ciudadanos de la Unión y sus asociaciones representativas.

Así, el apdo. 1 establece que las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión. Por su parte, el apdo. 2 dispone que las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil<sup>6</sup>. Merece la pena señalar en este contexto el hecho de que el Comité Económico y Social Europeo está pre-

---

<sup>6</sup> En este contexto, véase el proyecto de informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, de 16.9.2008, sobre las perspectivas de desarrollo del diálogo civil en el marco del Tratado de Lisboa (ponente: G. GRABOWSKA) (2008/2067 (INI)).



cisamente formado por representantes de la sociedad civil organizada (cf. art. 300.2 TFUE).

Finalmente, el apdo. 3 del art. 11 TUE contiene una referencia expresa a la Comisión Europea, a la que pide que mantenga amplias consultas con las partes interesadas con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión.

### C) PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, APERTURA Y TRANSPARENCIA (ARTS. 10.3 Y 16.8 TUE)

Dentro del Título II del TUE, dedicado a las disposiciones sobre los principios democráticos de la Unión, su art. 10.3 prescribe que las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos. El art. 11.3, antes mencionado, alude también a la transparencia de las acciones de la Unión.

Especialmente relevante a este respecto resulta lo establecido en el art. 16.8 TUE, según el cual el Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. Añade este precepto que, con este fin, cada sesión del Consejo se dividirá en dos partes, dedicadas respectivamente a las deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión y a las actividades no legislativas.

## 7. *Democracia representativa*

Según su preámbulo, tres son los principios inspiradores del Tratado de Lisboa: eficacia, democracia y coherencia de la acción de la Unión, en la estela del proceso iniciado por los Tratados de Amsterdam y de Niza, así como —cabría añadir— por el Tratado de Maastricht e incluso el Acta Unica Europea.

En consonancia con lo anterior, y en paralelo al refuerzo de la democracia participativa que acabamos de exponer, el Tratado de Lisboa sistematiza el principio de democracia representativa al señalar en el art. 10.1 TUE que en ella se basa el funcionamiento de la Unión.

La doble legitimidad democrática de la Unión queda reflejada en el art. 10.2 TUE. Por un lado, los ciudadanos están directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Por otro, los Estados miembros están representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.

El Tratado de Lisboa profundiza también sin duda en la democracia representativa en la Unión al extender de forma significativa los poderes del

Parlamento Europeo, y ello en una triple dirección. En primer lugar, en el terreno legislativo, al erigir al procedimiento de codecisión entre Parlamento Europeo y Consejo en procedimiento legislativo ordinario de la Unión y ampliar notablemente su campo de aplicación. En segundo lugar, en el ámbito del procedimiento presupuestario, suprimiendo la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios. Finalmente, en materia de control político, al disponer en particular el art. 17.7 TUE que el Parlamento Europeo elegirá al Presidente de la Comisión, una vez que, teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo le haya propuesto, por mayoría cualificada, un candidato a dicho cargo.

### C. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El art. 6.1 TUE prescribe que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que constituía la Parte II del proyecto de Constitución Europea) de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Añade este precepto que las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados<sup>7</sup>.

Cabe destacar en este punto que el Título V de la Carta, sobre «Ciudadanía», contiene una enumeración de derechos del ciudadano de la Unión similar a la del TFUE.

### D. Conclusion

El Tratado de Lisboa no aporta, en definitiva, grandes novedades por lo que se refiere a las actuales disposiciones del TCE sobre ciudadanía de la Unión (futuros arts. 20-25 TFUE). Es en el desarrollo del concepto de democracia participativa donde se han registrado los mayores avances, con la creación, como instrumento más novedoso, del derecho de iniciativa ciudadana.

---

<sup>7</sup> DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007.

# El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea<sup>1</sup>

Jaume Duch Guillot

Director de Medios de comunicación y Portavoz del Parlamento Europeo

**Sumario:** Introducción. — 1. Principales modificaciones institucionales. 1.1. Las instituciones de Lisboa. 1.2. Las competencias de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa. 1.3. Otras disposiciones institucionales importantes. — 2. El proceso de ratificación del Tratado. — Conclusiones.

---

**Resumen:** El Tratado de Lisboa es la quinta reforma importante del derecho primario de la Unión Europea y, junto con el Tratado de Maastricht, una de sus modificaciones más significativas desde un punto de vista político y jurídico. Aprobado para sustituir al non nato proyecto de Tratado constitucional europeo, el Tratado ha encontrado mayores dificultades de las previstas para su entrada en vigor, siendo la mayor y más visible la negativa de una mayoría de ciudadanos irlandeses a permitir su ratificación. El Tratado de Lisboa no supone nuevas transferencias de competencias a la Unión Europea, pero introduce modificaciones importantes en el funcionamiento y composición de las Instituciones, facilita la toma de decisiones y refuerza el carácter democrático de la Unión a través de la ampliación de las competencias legislativas, presupuestarias y de control del Parlamento Europeo.

**Palabras clave:** Tratado de Lisboa, Parlamento Europeo, Referendum irlandés, Ratificación del Tratado, Competencias de la Unión Europea.

**Abstract:** *The Treaty of Lisbon is the fifth important reform of the European Union primary law and, together with the Treaty of Maastricht, one of its most significant modifications from a political and legal point of view. Approved in order to replace the non nato project of European constitutional Treaty, the Treaty has found more difficulties than expected in its coming into force. The biggest and clearest difficulty is most Irish citizens' refusal to allow its ratification. The Treaty of Lisbon does not involve new transfers of powers to the European Union, but introduces important modifications in the functioning and composition of the Institutions. It also facilitates the decision-making process and strengthens the democratic character of the Union through the increase of the legislative and budgetary powers as well as the powers of control of the European Parliament.*

**Keywords:** *Treaty of Lisbon, European Parliament, Irish Referendum, Ratification Process of the Treaty, Powers of the European Union.*

---

<sup>1</sup> Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva del firmante del mismo y en ningún caso de la Institución para la que trabaja.

## Introducción

Mi intención es dedicar esta conferencia a dos aspectos específicos del llamado Tratado de Lisboa. En primer lugar, el relativo a los cambios que este introducirá —de entrar en vigor— en el entramado institucional de la Unión Europea. Describiré someramente las principales modificaciones que el Tratado aporta al funcionamiento de las principales instituciones europeas así como a algunas de las que podríamos llamar «reglas del juego» de la Unión Europea.

En segundo lugar, describiré el estado actual del procedimiento de ratificación del Tratado, encallado tras la victoria del «No» en el referéndum celebrado en Irlanda el 12 de junio del pasado año.

El Tratado de Lisboa es la quinta revisión importante de los Tratados originales firmados en Roma en 1957, tras el Acta Única de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Amsterdam de 1997 y el Tratado de Niza de 2001. Estas revisiones respondían a la necesidad de adaptar el marco común a las sucesivas ampliaciones que ha experimentado la Unión Europea desde 1973 y de dar nuevos pasos hacia una mayor integración de los Estados miembros.

Tras diez años de debates, negociaciones, avances y parones, el Tratado de Lisboa es aprobado por los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007 con la voluntad de salir de la vía muerta en que había colocado a la Unión Europea el rechazo del proyecto de Tratado de Constitución Europea en sendos referendums celebrados en Francia y Holanda en la primavera de 2005. A pesar de que diecinueve Estados miembros habían ratificado el proyecto de una constitución europea —España y Luxemburgo lo aprobaron por referéndum—, el «No» francés (54,68%) y el «No» holandés (61,5%) supusieron la muerte del proyecto de una Constitución Europea.

Desde ese momento las negociaciones entre Estados miembros y las contribuciones de la Comisión y del Parlamento Europeo se orientaron a sustituir el proyecto de Constitución Europea por un Tratado que incorporase la mayor parte de su contenido. De hecho, el Tratado de Lisboa contiene la práctica totalidad de las disposiciones del proyecto de la Constitución Europea, salvo las que tenían mayor carga simbólica o permitían hablar del Tratado como si se tratase de una verdadera Constitución. Se trataba en realidad de ir a lo fundamental y de salvar las reglas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de una Unión Europea ampliada a veintisiete o más Estados miembros.

En todo caso, el Tratado de Lisboa representa un paso muy importante para lograr que el ciudadano se sienta más próximo de la Unión Europea y de sus instituciones. Gracias a este Tratado, la toma de decisiones a nivel europeo será más eficaz y más democrática y el Parlamento Europeo y los

parlamentos nacionales desempeñarán un papel más importante. En el caso del primero, su participación directa en la toma de la mayor parte de las decisiones dará más legitimidad democrática al proceso pero, sobre todo, facilitará una mejor aceptación del mismo por parte de la ciudadanía europea.

A diferencia de lo que hubiese sucedido de entrar en vigor el proyecto de Tratado constitucional europeo, el Tratado de Lisboa no reemplazará a todos los tratados anteriores. El Tratado de Lisboa agrupa en realidad dos tratados diferentes: un Tratado sobre la Unión Europea (TUE) de 41 artículos y un Tratado sobre el funcionamiento comunitario (TFUE) de 314 artículos. En total, contienen 355 disposiciones de derecho primario, a las que se añaden 13 protocolos y 59 declaraciones.

Las principales aportaciones y novedades del Tratado de Lisboa son la **definición clara de los valores y objetivos de la Unión Europea, el reconocimiento expreso de la primacía del Derecho Comunitario** respecto de los derechos nacionales (hasta ahora sustentada únicamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) y la **vinculación expresa con la Carta de Derechos fundamentales** —proclamada el 12 de diciembre 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión—, que adquiere así el mismo valor jurídico que los Tratados.

Además, el Tratado de Lisboa realiza un **reparto más claro y preciso de las competencias de la Unión Europea y de los Estados Miembros**, diferenciando entre competencias exclusivas, compartidas y de apoyo y otorga **plena personalidad jurídica a la Unión**, reconocimiento que se complementa con la fijación de un procedimiento único para la conclusión de acuerdos internacionales en todos los ámbitos de competencia comunitaria.

Es importante destacar asimismo cómo el Tratado de Lisboa aumenta la calidad democrática de la Unión Europea y trata de reforzar la participación ciudadana. Además de la ampliación competencial del Parlamento Europeo el Tratado prevé la introducción de la llamada **«iniciativa de participación ciudadana»** que permite a los ciudadanos instar a la Comisión Europea a someter una proposición legislativa en el ámbito de la competencia de la Unión Europea a través de la recogida de al menos un millón de firmas procedentes de un número significativo de Estados Miembros.

En el ámbito de las políticas comunitarias el Tratado supone un avance importante en materia de política interior, de libertad y de justicia y también, aunque en menor medida, en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

El Tratado reconoce el principio de igualdad en el derecho de aquellos ciudadanos que deben beneficiarse de una misma atención por parte de las instituciones, órganos y organismos. Un principio no escrito hasta ahora, pero que era aplicado regularmente por el Tribunal de Justicia de conformidad con los principios generales.

## 1. Principales modificaciones institucionales

### 1.1. *Las instituciones de Lisboa:*

Los principales cambios institucionales que aporta el Tratado de Lisboa tienen como objetivo **reforzar la eficacia** de las instituciones y los mecanismos de decisión de la Unión Europea, **democratizar** su acción y **augmentar sus competencias**.

#### PARLAMENTO EUROPEO

Como ya hemos comentado, el Tratado de Lisboa refuerza el proceso de democratización de la Unión Europea al otorgar mayores competencias al Parlamento Europeo. La aportación más importante es la generalización del procedimiento de codecisión legislativa, que pasa a convertirse en el procedimiento legislativo ordinario, en la mayor parte de ámbitos legislativos (pasará de los 44 actuales a más de 90), de manera que el Parlamento adquiere una capacidad legislativa casi equivalente a la del Consejo.

La segunda novedad importante es la relativa al papel jugado por el Parlamento en el procedimiento de investidura del presidente y del resto de miembros de la Comisión Europea. Con el Tratado de Lisboa (artículo 9D TUE) es el Parlamento quien elige al presidente de la Comisión, a partir —eso sí— de la propuesta formulada por el Consejo Europeo. Hasta ahora, el Parlamento ratifica el nombramiento realizado por los representantes de los Estados miembros. Además, la propuesta del Consejo Europeo deberá ser hecha teniendo en cuenta los resultados de las elecciones europeas, lo que supone un paso claro hacia una mayor politización de la Comisión Europea pero sobre todo hacia un mayor control parlamentario de la misma.

En la práctica, la elección del presidente de la Comisión en función del color político del Parlamento Europeo repercutirá también en la elección del Alto Representante para la Política Exterior Común y en la del Presidente estable del Consejo Europeo.

Asimismo, el Parlamento Europeo ampliará significativamente sus **competencias presupuestarias**, al desaparecer la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios. De este modo, la Eurocámara dispondrá de un poder idéntico al del Consejo sobre todos los gastos de la Unión Europea, incluidos los relativos a agricultura, pesca o fondos de ayuda regional.

Por último, el Parlamento Europeo intervendrá en **la revisión de los Tratados** a través de su participación en la Convención prevista en el artículo 33 del TUE, inspirada directamente en las que redactaron los proyectos de Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tratado constitucional europeo.

Por último, el Tratado (artículo 9.<sup>a</sup> TUE) fija en **751** el número de diputados al Parlamento Europeo, distribuidos entre los Estados miembros de manera proporcional, con un mínimo de 6 escaños y un máximo de 96 por Estado miembro.

## CONSEJO EUROPEO

El Tratado de Lisboa (artículo 9B) institucionaliza el Consejo Europeo, que reúne a los jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea. Si bien este tipo de cumbres existen desde 1973 y se han convertido en encuentros decisivos, hasta ahora el Consejo Europeo ha carecido de reconocimiento jurídico y no puede tomar decisiones formales. Únicamente puede aprobar conclusiones que se publican en nombre de la presidencia de la UE y define las grandes orientaciones comunitarias.

Así pues, con la adopción del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo **se convertirá en una verdadera institución**, compuesta por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y un Presidente propio que no será simultáneamente jefe de Gobierno durante dos años y medio (renovable una sola vez).

## EL CONSEJO

Dos son las reformas importantes que introduce el Tratado de Lisboa (artículo 9C TUE) en relación con la composición y el funcionamiento del Consejo: la modificación del sistema de presidencias y la sustitución del actual sistema de voto por uno basado en la doble mayoría de Estados y de población.

La **presidencia del Consejo** será asumida por grupos predeterminados de tres Estados Miembros durante un periodo de 18 meses. Grupos que se formarán teniendo en cuenta su diversidad y los equilibrios geográficos en el seno de la Unión y que irán rotando. La excepción será el Consejo de ministros de Asuntos Exteriores, que será presidido por el Alto Representante para la Política Exterior de la Unión, cargo que aún perdiendo el título de ministro de Asuntos Exteriores de la UE que le daba la Constitución Europea se refuerza muy considerablemente, como enseguida veremos.

La modificación del **sistema de voto** fue sin duda una de las decisiones más difíciles y la última que se tomó, tanto al aprobarse el proyecto de Constitución como en el caso del Tratado de Lisboa. Con ella se busca aumentar la eficacia de la toma de decisiones en una institución de veintisiete miembros en la que las decisiones cada vez más difícilmente se toman por consenso. El equilibrio entre grandes y pequeños países y el au-

mento o disminución de la capacidad de veto de determinados Estados en relación con el sistema de voto actual fueron dos de los principales elementos en juego.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se reducen al máximo las decisiones a tomar por unanimidad y el voto por mayoría cualificada pasa a basarse en una doble mayoría de Estados y de población (artículo 9C, párrafo 4 del TUE y artículo 205, párrafo 3 del TFUE). Para reunir esa mayoría cualificada harán falta al menos el 55% de los miembros del Consejo que supongan al menos 15 Estados Miembros y el 65 % de la población. La minoría de bloqueo deberá incluir al menos a cuatro Estados Miembros.

La prueba de la difícil adopción de estas reformas nos la da el hecho de que no podrán entrar en vigor hasta el año 2014, y aún entonces sólo parcialmente, ya que hasta marzo de 2017 cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que una decisión sea tomada mediante el sistema de voto del Tratado de Niza (artículo 3, párrafo 2 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias). Al mismo tiempo, y durante el mismo período de tiempo, si un número de Estados miembros representando al menos tres cuartas partes de la población o si tres cuartas partes del número de Estados necesarios para conformar una minoría de bloqueo manifiestan la intención de oponerse a la adopción de una decisión por mayoría cualificada, el Consejo deberá hacer todo lo posible por alcanzar, en un tiempo razonable, una solución que tenga en cuenta las preocupaciones manifestadas por los Estados miembros.

## LA COMISIÓN

Como acabamos de ver, el Presidente de la Comisión será elegido por la mayoría de los parlamentarios, a propuesta del Consejo Europeo y teniendo en cuenta los resultados de las elecciones europeas. Una vez elegido el presidente de la Comisión, el Consejo completa la lista de comisarios. Finalmente, la Comisión se somete a un voto de aprobación del Parlamento Europeo que éste otorga únicamente como resultado de un proceso de examen público de los comisarios designados ante las comisiones parlamentarias competentes, voto tras el cual el Consejo procederá a su nombramiento por mayoría cualificada.

En el caso de que el Tratado de Lisboa entre en vigor a tiempo, la Comisión designada para el período 2009-2014 se compondrá de un comisario por Estado Miembro incluido el Alto Representante para la política exterior y seguridad común, mientras que a partir de noviembre de 2014, la Comisión contará con un número de comisarios igual a dos tercios de los Estados miembros, a menos que, por unanimidad, el Consejo Europeo decida modificar el número.



## EL ALTO REPRESENTANTE PARA LA POLÍTICA EXTERIOR

El actual Alto Representante de la Unión Europea para la política exterior y de seguridad se convierte en el auténtico ministro de asuntos exteriores de la Unión Europea y en uno de sus representantes más visibles y con mayores competencias. Con un mandato de cinco años (artículo 9E del TUE), el Alto Representante **asegura la coherencia de la acción exterior de la Unión Europea** gracias al hecho de ser al mismo tiempo presidente del Consejo de ministros de Asuntos Exteriores y Vicepresidente de la Comisión Europea.

El Alto Representante será designado por el Consejo europeo con el acuerdo del Presidente de la Comisión. En tanto que vicepresidente de la Comisión Europea, estará sometido al voto de investidura del Parlamento Europeo. De este modo, el Parlamento Europeo obtiene por primera vez capacidad de control e influencia en el desempeño de las competencias del Alto Representante, quien hasta ahora comparece periódicamente ante el Parlamento por voluntad propia.

## EL PAPEL REFORZADO DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES

En un intento probablemente vano de contrarrestar la creciente influencia del Parlamento Europeo en la toma de decisiones, también los parlamentos nacionales incrementan su papel a través de lo dispuesto en el artículo 8C del TUE y en dos protocolos adicionales.

La principal novedad es el procedimiento llamado de «**tarjeta amarilla**», un mecanismo de control reforzado del respeto del principio de subsidiaridad, por el que si un tercio de los parlamentos nacionales rechaza un proyecto de proposición legislativa alegando el incumplimiento del principio de subsidiaridad la Comisión deberá reexaminar dicho proyecto.

Al mismo tiempo, el plazo que se da a los Parlamentos nacionales para examinar los proyectos de norma comunitaria pasa de seis a ocho semanas, a fin de facilitar ese examen y mejorar las condiciones del debate.

### 1. 2. *Las competencias de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa*

Como ha quedado apuntado al principio, una de las grandes novedades del Tratado de Lisboa es la clarificación de las competencias que corresponden a la Unión Europea de forma exclusiva o de forma compartida. Además de ello, el Tratado de Lisboa clarifica y desarrolla las competencias de la Unión Europea en materia de Seguridad Común y de Defensa, de Justicia y Asuntos de Interior y de Asuntos Sociales.

## REFUERZO DE LA SEGURIDAD COMÚN Y LA DEFENSA

En el campo de la Seguridad Común y la Defensa, el Tratado (Título V del TUE) prevé que todos los Estados miembros deberán asistirse en caso de agresión armada («**Cláusula de solidaridad**»). También prevé la posibilidad para un grupo de Estados miembros de cooperar entre ellos en misiones militares más exigentes (lo que se define como «**Cooperación Estructural Permanente**»). Por último, también permite a la Unión Europea actuar más eficazmente contra el terrorismo mediante acciones de prevención e intervención, incluidas las acciones militares («**Cláusula de asistencia mutua**»).

## JUSTICIA, SEGURIDAD Y LIBERTAD

Aunque no hay incremento de las competencias de la Unión en estos ámbitos, el Tratado de Lisboa supone su comunitarización, es decir, extiende a estas materias el procedimiento de toma de decisiones comunitario, lo que supone partir de una propuesta de la Comisión, aprobación por mayoría cualificada en el Consejo, participación del Parlamento Europeo y competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Parlamento Europeo legislará en codecisión con el Consejo en la mayor parte de ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior y en los casos en los que no se aplique la codecisión, la Eurocámara deberá dar su opinión antes de que una iniciativa sea adoptada.

Asimismo, el Tratado de Lisboa incorpora la «cláusula de no participación» (opt-out), de la que se benefician ya el Reino Unido e Irlanda, que se han autoexcluido, al menos de momento, de las políticas comunitarias relativas al espacio Schengen y de otros aspectos del espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Tratado incluye también una «cláusula social horizontal» en aplicación de la cual todas las políticas de la UE deberán tener en cuenta las exigencias en materia social. Por último, la Unión Europea obtiene con Lisboa la posibilidad de aprobar medidas de apoyo a las acciones llevadas a cabo por los Estados Miembros en los ámbitos de la energía, de la lucha contra el cambio climático, deporte, turismo, investigación, protección civil y política espacial.

### 1.3. *Otras disposiciones institucionales importantes*

El Tratado de Lisboa incluye lógicamente la disposición que regula el **ingreso de nuevos Estados miembros** en la Unión Europea (artículo 49, párrafo 1 del TUE). El procedimiento de adhesión exige el cumplimiento de

los llamados criterios de Copenhague, establecidos por el Consejo Europeo en 1993 y completados en el Consejo Europeo de Madrid de 1995: régimen democrático, Estado de derecho, respeto de los derechos humanos, economía de mercado y capacidad para asumir las obligaciones de la Unión Europea.

La gran novedad respecto a los anteriores Tratados es la inclusión de una disposición (artículo 49.º del TUE) que permite el **abandono voluntario de la Unión Europea** por parte de un Estado miembro, retirada que deberá negociarse con el resto de Estados miembros.

También el procedimiento de **revisión de los Tratados** se ha modificado sensiblemente en el Tratado de Lisboa, distinguiéndose entre un procedimiento ordinario y un procedimiento simplificado.

En el caso del procedimiento ordinario de revisión, el Tratado (artículo 48, párrafos 2 a 5) institucionaliza la Convención Europea, compuesta por parlamentarios nacionales y comunitarios e inspirada directamente en la Convención que redactó el proyecto de Tratado constitucional y en su precedente, la Convención sobre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Las propuestas de modificación de los Tratados podrán ser presentadas por los Estados miembros, el Parlamento o la Comisión y corresponderá al Consejo Europeo (tras consultar al Parlamento y a la Comisión) decidir si acepta poner en marcha el procedimiento de modificación. En el caso de que el Consejo Europeo decida que la propuesta de modificación no tiene la relevancia necesaria para convocar la Convención, el Parlamento deberá dar su asentimiento a esa decisión. La reforma deberá ser finalmente aprobada o rechazada por la Conferencia intergubernamental, formada exclusivamente por representantes de los Gobiernos de los Estados miembros.

El procedimiento de revisión simplificado (artículo 48 párrafo 6 del TUE), pensado para modificaciones sin relevancia institucional (por ejemplo, la revisión de las políticas comunes de la Unión Europea) establece que sea el Consejo Europeo el que pueda aprobar tales modificaciones por unanimidad. Las propuestas podrán provenir, como en el caso del procedimiento ordinario, de los Estados miembros, del Parlamento o de la Comisión y su entrada en vigor requerirá la ratificación de todos los Estados miembros por el procedimiento interno adecuado.

## 2. El proceso de ratificación del Tratado

La ratificación del Tratado de Lisboa ha resultado ser mucho más complicada de lo en su día previsto. Su aprobación por los Gobiernos de los veintisiete Estados miembros fue también compleja, pero tras la firma del mismo en Lisboa, en diciembre de 2007, todo parecía apuntar a un proceso

de ratificaciones nacionales sin mayores problemas. El Tratado nació para sustituir a la fallida Constitución Europea y para facilitar su aprobación había sido despojado de muchos de los elementos que en su día habían hecho imposible la entrada en vigor del proyecto de Tratado constitucional.

Sin embargo, en el momento de redactarse este artículo la ratificación del Tratado sólo ha sido completada en veintitrés países. En dos de ellos (Alemania y Polonia) la ratificación parlamentaria ha concluido satisfactoriamente, pero falta todavía la firma presidencial. En el primer caso a la espera de un último dictamen del Tribunal Supremo alemán; en el segundo por decisión del presidente de la República polaca, que ha preferido esperar a que el Tratado supere todas las dificultades en los Estados en los que tampoco ha sido ratificado. En otro país, la República Checa, el Parlamento todavía no ha ratificado —aunque parece que acabará por hacerlo— pero a ese paso deberá seguirle todavía la firma del Presidente de la República, un destacado y beligerante enemigo de su entrada en vigor.

El cuarto país, Irlanda, es el que ha supuesto la mayor dificultad, todavía no superada, a la ratificación y entrada en vigor del Tratado. El 12 de junio de 2008 el 53,4% de los votantes irlandeses rechazaron el Tratado de Lisboa en el referéndum convocado por el Gobierno en virtud de lo dispuesto en la Constitución irlandesa.

Se trata de una negativa que deja a la Unión Europea en un momento delicado. Delicado no porque suponga volver otra vez a un callejón sin salida, sino sobre todo porque llega en un momento en el que justamente la Unión Europea debería poder concentrarse en retos internacionales e interiores muy complicados y que merecen mucha atención, en vez de tener que seguir negociando hasta las reglas internas de funcionamiento de la Unión.

El resultado negativo del referéndum irlandés es probablemente uno de los casos más evidentes de fallo en la comunicación entre las instituciones (nacionales y europeas) y los ciudadanos. Al analizar los resultados, la mayor parte de los estudios realizados apuntan a que una parte importante de la negativa irlandesa a ratificar el Tratado tiene que ver con la falta de comunicación y sobre todo con la ausencia de suficiente información objetiva sobre el contenido del Tratado y sobre sus consecuencias reales para la población.

Nos dicen por ejemplo los estudios que casi la mitad de quienes decidieron no ir a votar lo hicieron por desconocimiento de lo que estaba en juego (42%) y por desconocimiento del contenido del propio Tratado (37%), y por lo tanto preferían no tener que contestar. Por otra parte, el seguimiento de la campaña previa al voto demuestra que una parte considerable de la población reaccionó negativamente frente a amenazas inexistentes, convencida de que el Tratado iba a tener consecuencias graves para la sociedad irlandesa en materia de interrupción del embarazo, neutralidad o fiscalidad de las em-

presas, tres temas que fueron enarbolados por una parte de quienes hicieron campaña a favor de rechazar el Tratado a pesar de que éste nada diga en relación con ninguno de esos tres temas. Otro tema que influyó fue la eventual pérdida del comisario irlandés, lo que curiosamente puede suceder con más facilidad con el Tratado de Niza que con el de Lisboa.

Ante una campaña agresiva y emocional poco pudo hacer la campaña del Sí, pobre de medios, racional y, digámoslo, mucho más aburrida y menos convincente que la del No.

El Gobierno irlandés ya ha anunciado su intención de convocar un segundo referéndum, única vía posible para lograr la ratificación del Tratado. Si bien la fecha todavía no ha sido indicada, todo apunta a que esta segunda llamada a las urnas tendrá lugar durante el mes de octubre de 2009. La fecha no es, obviamente, casual. Se trata, por una parte, de dejar pasar el mayor tiempo posible entre la primera y la segunda convocatoria y, por otra, de dejar la puerta abierta a una posible entrada en vigor del Tratado el 1 de noviembre de 2009, coincidiendo con la fecha en la que debería iniciarse el mandato de la nueva Comisión Europea.

Este calendario tiene sin embargo el grave inconveniente de dar por imposible la celebración de las elecciones europeas de junio de 2009 con el Tratado en vigor, lo que supone convocar a las urnas a 375 millones de ciudadanos para que elijan un Parlamento que todavía no habrá obtenido el sustancial aumento de competencias políticas y legislativas previsto en el artículo del Tratado. Esta situación hará además que en algunos países, quizá en la propia Irlanda, la campaña vaya a centrarse precisamente en el grado de integración de la Unión Europea y no en temas relacionados con las políticas a implementar en los próximos años en materias como la energía, la lucha contra el cambio climático, la seguridad, la inmigración o las infraestructuras europeas de transportes y comunicaciones.

Sin el Tratado de Lisboa en vigor las elecciones se convocarán siguiendo las disposiciones del Tratado de Niza. La propia composición numérica del Parlamento se verá afectada, al quedar reducida a 736 diputados en lugar de los 751 previstos en el Tratado de Lisboa. Cuatro de los quince eurodiputados que no podrán ser elegidos como estaba previsto serán, además, españoles, ya que el Tratado de Lisboa aumentaba a 54 los 50 escaños previstos para España en el Tratado de Niza.

En su reunión del 11 y 12 de diciembre de 2008 el Consejo Europeo ha intentado minimizar este problema aprobando una declaración en la que se compromete a encontrar la vía para que en caso de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, y a más tardar en 2010, se incorporen al Parlamento los diputados suplementarios previstos en el mismo.

En el momento de cerrarse este artículo las encuestas predicen una victoria del Sí en ese segundo referéndum. Según los analistas, la grave cri-

sis económica por la que se desliza Irlanda, en un contexto internacional no mucho mejor, parece llevar a una parte del electorado hacia el voto que mejor encaja con la necesidad de recurrir a la solidaridad europea para hacer frente a un período tan difícil como inesperado. Sea como fuere, toda precaución será poca, dado que no hay que olvidar que también pocos meses antes del primer referéndum nada apuntaba a que pudiesen ganar los partidarios de arrinconar el Tratado de Lisboa en el mismo cajón en el que ya se halla el proyecto de Tratado constitucional europeo.

## Conclusiones

Desde mi punto de vista, si el Tratado de Lisboa acaba por entrar en vigor supondrá un progreso decisivo en la evolución constitucional de la Unión Europea, comparable tan sólo al que se produjo en 1993 con el Tratado de Maastricht, que abrió la puerta a la creación de la moneda única europea y dio a la Unión Europea sus primeras competencias en materia de política exterior y de seguridad así como de Justicia e Interior.

El Tratado de Lisboa es todavía más necesario ahora que hace uno o dos años. En un momento difícil como el actual, con una crisis económica y financiera que puede ser aguda, la Unión Europea necesita mejorar su funcionamiento interno y ampliar su capacidad de influencia tanto interna como de cara al exterior. El papel destacado jugado en los últimos meses en la resolución de la crisis de Georgia o en la reducción de los efectos negativos de la crisis financiera demuestra que, cuando hace falta, la voluntad política acaba por cristalizar. Sin embargo, para hacer frente a problemas tan graves como el calentamiento del planeta o la inseguridad en el aprovisionamiento de energía hace falta una Unión Europea más eficaz y sobre todo más solidaria. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa sería en ese sentido un paso adelante importante, tanto por la letra que contiene como por el espíritu y la voluntad de avanzar que representa.

Con su entrada en vigor, dejaríamos de hablar de procedimientos y mecanismos para poder hablar de políticas, de problemas concretos y de sus soluciones. Al mismo tiempo, la nueva estructura institucional y de toma de decisiones permitiría una mejor comprensión por parte de los ciudadanos de lo que hace la Unión Europea y de quién, cómo y por qué toma las decisiones que nos afectan a todos. Comprensión que con el tiempo debería transformarse en una renovada aceptación del proyecto europeo por parte de la mayoría de los ciudadanos de la Unión.

# La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos

Luis Jimena Quesada  
Universitat de València

**Sumario:** I. Reflexiones preliminares.—II. Rango legal de la CDFUE: 1. En el ámbito estricto del ordenamiento de la Unión Europea. 2. En los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea.—III. Contenidos sustantivos de la CDFUE: 1. Los derechos fundamentales reconocidos. 2. Las garantías establecidas.—IV. Consideraciones finales.

---

**Resumen:** El autor efectúa una aproximación crítica a la Carta UE. En este sentido, considera positiva la existencia de la Carta desde un punto de vista político, pero incierta en el terreno de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales. En efecto, la futura vigencia de la Carta (asociada a la vigencia del Tratado de Lisboa) significa un avance simbólico importante en el proceso de *constitucionalización* de Europa, al dotar de mayor visibilidad a los derechos fundamentales por medio de un catálogo (*parte dogmática*) incluido al máximo nivel del Derecho de la Unión Europea (en los Tratados). Sin embargo, el impacto real de la Carta en la defensa de los derechos fundamentales es relativo: en este sentido, en opinión del autor las *Explicaciones del Praesidium* paradójicamente generan confusión en relación con el reconocimiento de derechos y con los niveles de protección. Finalmente, precisamente en lo que concierne a las garantías de los derechos fundamentales y su correcta articulación, el autor defiende que el principio de indivisibilidad impone no sólo la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también a la Carta Social Europea.

**Palabras clave:** Visibilidad constitucional de la UE; Relatividad de las Explicaciones del Praesidium; Sinergia entre UE y Consejo de Europa; Cultura de los derechos fundamentales; Fortalecimiento de la conciencia europea.

**Abstract:** *The writer carries out a critical approach to the EU Charter. In this respect, he finds the Charter existence positive from a political point of view, but at the same time uncertain in the field of the legal effectiveness of fundamental rights. Indeed, the future validity of the Charter (related to the validity of the Treaty of Lisbon) means an important symbolic advance in the process of constitutionalization of Europe. It provides the fundamental rights with greater visibility thanks to a catalogue (dogmatic part) included at the highest level of the European Union Law (in the Treaties). However, the real Charter impact on the defence of fundamental rights is relative: in this respect, in the writer's opinion, the Explanations of the Praesidium paradoxically generate confusion regarding the recognition of rights*

*and the levels of protection. Finally, in particular concerning the protection of fundamental rights and their correct articulation, the writer defends that the indivisibility principle does not only enforce the accession of the EU to the European Human Rights Convention but also to the European Social Charter.*

**Keywords:** *Constitutional visibility of the EU, Relativity of the Explanations of the Praesidium, Synergy between the EU and the European Council, Fundamental rights Culture, European Awareness Reinforcement.*

---

## I. Reflexiones preliminares

De entrada, parece pertinente efectuar unas consideraciones previas sobre la misma existencia y el alcance de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), teniendo en mente asimismo como premisa que su rango legal y contenidos sustantivos han venido lógicamente determinados por los avatares de su redacción en el contexto de la dinámica de la integración europea.

Planteado en términos claros: ¿sirve o ha servido para algo la elaboración de dicho instrumento? Mejor que exista; sin lugar a dudas; pero debo admitir un alto grado de crítica —que no de euroescepticismo— sobre su valor o alcance reales. En mi opinión, se ha revelado más útil por sus efectos colaterales que por su entidad jurídica propia. En el lado positivo, entiendo que la CDFUE ha aportado nuevas dosis de visibilidad «constitucional» a la Unión Europea (UE)<sup>1</sup>, sobre todo para mayor satisfacción de los constitucionalistas y autoafirmación de los internacionalistas<sup>2</sup>.

En este orden de consideraciones, la elaboración y pretensión de incorporación de la CDFUE al Derecho originario o primario de la UE comporta cuando menos un «paso más» (y no pequeño) en la vocación federalista (*federalización*) postulada por la Declaración Schuman de 1950, así como por

---

<sup>1</sup> En tal dirección, A.L. PACE, «¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 1.º semestre 2001.

<sup>2</sup> Desde el lado de los constitucionalistas (que han superado ciertos complejos a la hora de acercarse al fenómeno de la construcción europea gracias a esa operación de «marketing constitucional» facilitada, primero por la elaboración de la propia CDFUE y, a continuación, por el proceso conducente al frustrado *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* —Tratado constitucional o Constitución europea— se ha destacado el *proceso de constitucionalización de Europa* (o, más ampliamente, de *constitucionalización del Derecho internacional*). Por su parte, los internacionalistas han subrayado correlativamente la *internacionalización del Derecho constitucional*.



la más reciente aspiración constitucionalista (*constitucionalización*) manifestada formalmente mediante el Tratado constitucional de 2004 y rescatada sustancialmente a través del Tratado de Lisboa de 2007<sup>3</sup>.

Así pues, un primer efecto colateral positivo de la elaboración de la CDFUE ha radicado en poner en marcha en el escenario de la integración europea el método de la Convención, después asumido en la redacción del Tratado constitucional y perpetuado en el diseño del Tratado de Lisboa<sup>4</sup>. Si esto es así desde una perspectiva procedimental, un segundo efecto colateral positivo consiste precisamente en haber abonado el camino de la construcción europea con contenidos sustanciales de sesgo constitucional: la incorporación de una parte dogmática (un catálogo de «derechos fundamentales» y la promoción de la ciudadanía europea) en el Derecho de la Unión<sup>5</sup>.

Como es conocido, la CDFUE se cifró como uno de los cuatro desafíos del futuro de la Unión Europea («retos constitucionales»<sup>6</sup>) propugnados por la Declaración n.º 23 aneja al Tratado de Niza y por la Declaración de Laeken de 2001, junto a la simplificación de las normas europeas, el papel de los Parlamentos nacionales en la construcción europea y la mejor distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión. A estos cuatro habría que añadir un quinto que, aunque no planteado formalmente como desafío, sí se ha acometido como tal: el rediseño del sistema judicial europeo.

---

<sup>3</sup> F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE, «El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto», *Documento de trabajo/ Working Paper n.º 9/2008*, Real Instituto Elcano ([www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)).

<sup>4</sup> Así, es una de las grandes novedades introducidas en el procedimiento ordinario de revisión de los Tratados europeos (nuevo artículo 48, apartados 2 a 5, del TUE, según la redacción dada por el Tratado de Lisboa).

<sup>5</sup> Repárese en que, en el ámbito de la enseñanza universitaria, incluso la denominación de la disciplina ha venido siendo (y no se ha modificado) «Instituciones de Derecho comunitario» (por referencia exclusiva a la «parte orgánica» o institucional) en numerosos planes de estudios de Facultades de Derecho españolas. Con este misma filosofía, ha afirmado B. PÉREZ DE LAS HERAS (*Europa Euskadi*, n.º 166, 2004, p. 6) que «sin prescindir de los necesarios esfuerzos que deben desplegarse desde la propia Unión, las escuelas y los centros de educación deben asumir la primera y más primordial misión de promover una ciudadanía europea activa entre los niños y los jóvenes, formándolos sobre los orígenes y la significación política del proceso de construcción europea, los valores y principios fundamentales sobre los que se asienta, así como sobre sus instituciones y sus principales realizaciones»; de la misma autora, desarrollando dicha idea, «Derechos fundamentales y ciudadanía en la Constitución Europea: La ciudadanía de la Unión en la Constitución para Europa», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 250, 2005.

<sup>6</sup> El estudio pormenorizado de esos cuatro retos en M.A. ALEGRE MARTÍNEZ y L. JIMENA QUESADA, *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

Lamentablemente, la gran asignatura pendiente para hablar de la Unión Europea en clave constitucional (otro «reto constitucional») sigue siendo el procedimiento de reforma y ratificación de los Tratados europeos, como consecuencia de esa «espada de Damocles» que es la regla de la unanimidad. Semejante reto constitucional de la «reforma de la reforma de los Tratados» parece estar revelándose más que nunca como un necesario *prius* procedimental que está determinando el éxito de los otros desafíos sustanciales, incluida la CDFUE. La frustrada Constitución europea de 2004 (que incluyó la CDFUE como Parte —dogmática— II) y la incertidumbre en torno al Tratado de Lisboa de 2007 (que asume la CDFUE mediante la técnica del «reenvío», dejándola fuera formalmente del texto del tratado, que a su vez se ve completado por discutibles Protocolos y Declaraciones relacionados con la CDFUE) así lo ponen de manifiesto. Estos últimos aspectos muestran una especie de encaje de bolillos para hacer cuadrar la CDFUE en el marco de una *tensión entre homogeneidad a escala europea y respeto a la identidad constitucional de cada Estado miembro*<sup>7</sup>.

Por último, en el lado negativo, me da la impresión de que la CDFUE se ha elaborado desde los clásicos parámetros de «despotismo ilustrado» y de cierto «academicismo» que vienen caracterizando la aprehensión del Derecho de la Unión Europea, esto es, con distanciamiento respecto de la ciudadanía. Efectivamente, a través del método de la Convención, tanto en el caso de la CDFUE como en el supuesto más amplio de la Constitución europea, se ha encauzado un proceso participativo hasta entonces desconocido en la construcción europea (con relevante participación de entidades representativas de la sociedad civil).

Ello no obstante, esa legitimidad democrática ha sido más aparente que real, si la ponderamos:

- De un lado, desde la vertiente del «despotismo ilustrado», a tenor del modo tan nefasto en que los líderes políticos han llegado a hacer partícipe a la ciudadanía de dicho proceso, como lo acredita la poco ilusionante campaña informativa llevada a cabo en los países que celebraron consultas populares con resultado negativo (por ejemplo, Francia)<sup>8</sup>, o la no menos decepcionante campaña informativa llevada

---

<sup>7</sup> Véase S. MANGIAMELI, «La cláusula de homogeneidad en el Tratado de la Unión Europea y en la Constitución europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 67, 2006.

<sup>8</sup> Una nota crítica en E.A. SEILLIERE, «Europe's inertia means it is being left behind», *Financial Times*, Sunday, September 18, 2005, p. 16: el autor apela a la responsabilidad de los líderes políticos para hacer avanzar Europa, lo cual no sucederá «until the myth of the “Polish plumber” —the idea that cheaper workers from eastern Europe will increasingly take jobs in the west— and other misconceptions have been dispelled».

a término en países que convocaron referendos cuyo resultado fue favorable (verbigracia, España)<sup>9</sup>.

- Y, de otro lado, desde el ámbito de la «academia», a la vista de la confusión que han generado sus redactores en lo que atañe a los contenidos de la CDFUE, tanto en el terreno de los derechos reconocidos como en el plano de los niveles de protección a los que se remite<sup>10</sup>, de lo que dan fe las a veces poco esclarecedoras «Explicaciones» sobre la CDFUE elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas por el Praesidium de la Convención Europea<sup>11</sup>. Estos aspectos se retomarán asimismo a continuación.

## II. Rango legal de la CDFUE

### 1. En el ámbito estricto del ordenamiento de la Unión Europea

El Tratado constitucional de 2004 incorporó la CDFUE como su Parte II y, por tanto, le confería el máximo rango legal como parte integrante del Derecho originario o primario de la Unión Europea. Por añadidura, la Constitución europea acogía la opción más avanzada propuesta en el *Anteproyecto constitucional de 28 de octubre de 2002* (artículo 6), a saber: la primera opción consistía en que «podría hacerse referencia a la Carta», para lo cual se añade de manera conexa que el citado artículo 6 «podrá estar inspirado en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». Según la segunda opción planteada por el artículo 6 del Anteproyecto constitucional, «podría establecerse el principio de la integración de la Carta, incorporando el articulado de ésta en otra parte del Tratado o en un protocolo especial anejo a la Constitución». Y, de conformidad con la tercera opción, más contundente, «podría integrarse el articulado completo de la Carta».

---

<sup>9</sup> En España, la campaña institucional del Gobierno para el referéndum de 20 de febrero de 2005 sobre la Constitución europea contó con la participación de «Los del Río», quienes afirmaban: «Si los políticos más importantes, tanto de izquierdas como de derechas, y la mayoría dice “sí”, nosotros tendremos que decir que “sí”, nosotros por qué vamos a decir “no”, si no la hemos leído». Sobran comentarios.

<sup>10</sup> La CDFUE aparece en su versión inicial de Niza-2000 en el *DOCE C 364 de 18 de diciembre de 2000*, y en su versión adaptada de Estrasburgo-2007 en el *DOUE C 303 de 14 de diciembre de 2007*.

<sup>11</sup> Las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* se encuentran asimismo en el *DOUE C 303 de 14 de diciembre de 2007*, como anexo al texto de la Carta.

Situándonos en el momento presente, el Tratado de Lisboa parece haber acogido la segunda de las opciones, es decir, la incorporación de la CDFUE igualmente al Derecho originario o primario de la Unión, pero por la vía de la remisión o reenvío, en concreto en el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, cuyo apartado 1 dispone: «1. *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*».

Expresado lo cual, y no habiéndose acogido por tanto formalmente la opción más débil planteada por el citado Anteproyecto de fecha 28 de octubre de 2002 (o sea, la incorporación de la CDFUE de modo potencialmente «asimétrico» a través de un Protocolo a los Tratados), lo cierto es que el Tratado de Lisboa ha suscitado dudas acerca de si habría acogido realmente la opción segunda (vía remisión) o la tercera (vía Protocolo). ¿En qué medida? Como consecuencia del *Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido*.

Las exégesis que se han efectuado de dicho Protocolo van desde las más pesimistas que entienden que éste constituye un Protocolo de salida (*opt-out*) peligrosamente evocador de la «Europa de las velocidades» y otras denominaciones similares («Europa a geometría variable», etc.), hasta aquellas más optimistas que consideran que el citado Protocolo no vendría sino a reproducir en la práctica las mismas cautelas explicitadas por la propia CDFUE con relación a su alcance, en el sentido de no ampliar las competencias de la Unión ni habilitar a los órganos internos para utilizar la CDFUE cuando no apliquen Derecho de la Unión<sup>12</sup>.

A mi modo de ver, esta segunda parece la conclusión hermenéutica más acertada, de suerte que el Protocolo mencionado no añadiría ni restaría nada al rango legal y alcance jurídico de la CDFUE, más allá de la lectura política que, sin duda, este tipo de Protocolos sugieren de cara a la opinión pública (el electorado) nacional y, en su caso, europea. Concretamente, Polonia y el Reino Unido expresan en el Protocolo su deseo «de que se precisen determinados aspectos de la aplicación de la Carta», pero no el de excluir la aplicación de ella.

---

<sup>12</sup> En el propio Protocolo se recuerda que «la Carta ha de aplicarse de estricta conformidad con las disposiciones del mencionado artículo 6 y del título VII de la Carta misma». De hecho, con ello se reproducen los párrafos segundo y tercero del nuevo artículo 6.1 TUE según la redacción del Tratado de Lisboa: «1. (...) *Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones*».

Por consiguiente, en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa sitúa a la CDFUE al máximo nivel jerárquico-normativo, sin que la *técnica del reenvío* (similar a la que existe en la Constitución francesa vigente de 1958 con respecto a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 o al catálogo de derechos de la previa Constitución gala de 1946) resulte menos contundente que la *técnica de la integración* en el texto articulado del Tratado (técnica utilizada en este caso por la mayoría de Constituciones nacionales, como sucede con el Título I de la Carta Magna española de 1978).

Para completar este epígrafe, si hablamos de técnica (en este caso, legislativa) justamente la CDFUE es utilizada para la elaboración de normativa europea. En otras palabras, sirve como elemento tendente a mejorar el *drafting* de la legislación europea<sup>13</sup>.

## 2. *En los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea*

Si la anteriormente expuesta parece ser la interpretación más razonable en el ámbito supranacional, cuando se introduce un análisis vertical la cuestión puede presentarse más compleja. Cabalmente, si en principio el «hecho constitucional» en cada Estado miembro de la pertenencia a la Unión Europea comporta el respeto del principio de primacía del Derecho europeo y de la obligación de lealtad en el cumplimiento de los compromisos supranacionales, lo cierto es que al evaluar el potencial entrecruzamiento del estándar constitucional europeo y del estándar constitucional nacional, semejante evaluación es susceptible de arrojar resultados desiguales. Lo cual merece una explicación.

En el caso de España, el lugar de la CDFUE, en caso de adquirir vigencia el Tratado de Lisboa, viene concretado en la Ley Orgánica de rati-

---

<sup>13</sup> Efectivamente, la CDFUE ha sido asumida como un elemento transversal para el desarrollo del conjunto de actividades de la Unión, especialmente las legislativas, como se desprende del *Report on compliance with the Charter of Fundamental Rights in the Commission's legislative proposals: methodology for systematic and rigorous monitoring* [Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Johannes Voggenhuber, European Parliament, 12.2.2007 (Session document, FINAL A6-0034/2007)]. A título de ejemplo, *la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros*, establece en el quinto considerando que «la presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en especial por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana, así como promover la aplicación de los artículos 1 y 18 de la mencionada Carta».

ficación de aquél<sup>14</sup>. El artículo 2 (cuya intitulado es *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*) de dicha Ley dispone: «A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: (...)».

Antes de ponderar el alcance sustancial de esa previsión legislativa interna, vale la pena advertir una errata que, pese a carecer de cualquier trascendencia jurídica, sí debe ser corregida en el plano formal. En particular, la referencia correcta en la citada Ley Orgánica 1/2008 a la versión de la CDFUE publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 no se corresponde en cambio con el texto íntegro que se reproduce en el BOE. Por error, en el texto reproducido se le ha dado a la CDFUE la *dimensión constitucional «formal»* que ha sido suprimida realmente en el Tratado de Lisboa el cual, por el contrario, sí ha procedido a un *rescate sustancial* del Tratado constitucional de 2004. Así, el error consiste en haber procedido en el BOE a la reproducción del texto de la CDFUE que se integró como parte II del Tratado constitucional, y no del texto adaptado de la CDFUE publicado en el DOUE de 14 de diciembre de 2007<sup>15</sup>.

Retomemos pues, ahora, el rango legal sustancial de la CDFUE. A mi entender, la remisión al artículo 10.2 de la Constitución española (seguramente no necesaria, pero evita equívocos) significa elevar la CDFUE a la *categoría de canon constitucional interno (como parámetro interpretativo)*<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, la interpretación de la CDFUE llevada a cabo por el

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE n.º 184, de 31 de julio de 2008).

<sup>15</sup> Así, la versión de la CDFUE publicada en el BOE se sigue refiriendo a la «Constitución [europea]» (entre otros, artículos 18, 21, 36, 41, 45, 51 ó 52), en lugar de a «los Tratados».

<sup>16</sup> Esta impresión se desprende del FJ 6.º de la *Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004*: «el Tratado [constitucional] asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer. (...) claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) deberá ser asumida en España cuando sea más favorable (principio *favor libertatis*)<sup>17</sup> que la interpretación elaborada por el Tribunal Constitucional (TC) respecto a los mismos derechos reconocidos en la Constitución española.

La cuestión acabada de suscitar no es en este caso intrascendente en el plano jurídico, lo cual se explica más sencillamente si tomamos en consideración el papel de los operadores jurídicos internos. Por ejemplo, ¿a qué interpretación habrá de estar un juez o tribunal español, a la sentada por el TJUE o a la establecida por el TC con relación a los mismos derechos fundamentales reconocidos tanto en la CDFUE como en la Constitución española?

La respuesta, como se avanzaba, creo que debe consistir en retener la interpretación del TJUE si es más favorable que la solución interpretativa ofrecida por el TC pues: si bien, de un lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial impone una vinculación a la jurisprudencia del TC (artículo 5.1)<sup>18</sup>, de otro lado no debe olvidarse que el mandato jerárquicamente superior establecido en el artículo 10.2 de la Constitución española incluye una vinculación reforzada dirigida a los jueces internos y al propio TC. El asunto no es baladí, y ya se está planteando en torno a la interpretación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, con posturas no coincidentes del TC y del TEDH, más restrictiva la del primero, en materia de contaminación acústica: y en este panorama entiendo que los órganos jurisdiccionales españoles están ejerciendo correctamente sus funciones al acudir directamente al parámetro marcado por el Tribunal Europeo de Estrasburgo<sup>19</sup>.

Ahora bien, la respuesta al interrogante planteado se perfila compleja en caso de hallarnos ante una solución aparentemente más restrictiva en el Tri-

---

<sup>17</sup> Dicho principio ha sido puesto de relieve tanto en la jurisprudencia constitucional española (entre otras, STC 274/1993, de 23 de septiembre) como en la jurisprudencia europea (por ejemplo, ya en las SSTEDH dictadas en el caso *Tyrer contra Reino Unido 25 de abril de 1978* o en el caso *Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979*). Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha ocupado de dicho principio (verbigracia, *Opinión Consultiva n.º 16 de 1 de octubre de 1999* relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal).

<sup>18</sup> En conexión con ello, también es cierto que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que «las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

<sup>19</sup> Cfr. STEDH *Moreno Gómez contra España de 16 de noviembre de 2004* y STC 119/2001, de 24 de mayo (esta sentencia constitucional es precisamente la que agotó la vía judicial previa en España y dio origen a la del TEDH). En la recepción de los cánones europeos por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios en esta materia fue «pionera» (con apoyo en la STEDH *López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994*), la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la Comunidad Valenciana n.º 235/1997, de 7 de marzo; entre las más recientes en el mismo sentido puede citarse la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de las Islas Canarias n.º 138/2007, de 22 de junio.



bunal de Luxemburgo que en el TC<sup>20</sup>. El planteamiento no es meramente teórico, como lo demuestra el enjuiciamiento de la «euroorden» desde cánones diversos por parte del Tribunal de Luxemburgo<sup>21</sup> y por parte de diversos Tribunales Constitucionales nacionales<sup>22</sup>. Un remedio a estas posibles divergencias podría venir de la mano de la formulación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por las jurisdicciones constitucionales<sup>23</sup>.

En fin, guardando un paralelismo con el anterior epígrafe, cabe añadir que la CDFUE ha sido empleada en términos de técnica legislativa en el ordenamiento interno. Así, en el caso español, el ejemplo paradigmático viene representado por los *nuevos* Estatutos de Autonomía. Como es sabido, algunas de las últimas reformas estatutarias han *interiorizado* la CDFUE, no sólo a través de su mención expresa<sup>24</sup>, sino también haciéndose eco explícitamente de algunos derechos novedosos<sup>25</sup> (verbigracia, el derecho a una buena administración)<sup>26</sup>. En consecuencia, más allá de la lectura en términos de técnica legislativa, puede colegirse en relación con el rango legal de

<sup>20</sup> En el supuesto de una interpretación menos benévola del TEDH que del TC no parecen suscitarse problemas, puesto que bien cabría entender la solución sentada en Estrasburgo como un estándar mínimo susceptible de ser superado en España por la vía del artículo 10.2 de la Constitución española en conjunción con el principio *favor libertatis*.

<sup>21</sup> *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007 (asunto C-303/05, caso Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad), mediante la que se pronuncia directamente sobre la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la euroorden.*

<sup>22</sup> Verbigracia, *Sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional federal alemán* (declaró la nulidad de la Ley alemana de 21 de julio de 2004 que incorporaba la euroorden). En el caso de España no se ha puesto en entredicho como tal la ley de incorporación de la euroorden (Ley Orgánica 3/2003, de 14 de marzo), pero sí aspectos concretos relacionados con los derechos de defensa (entre otras, *STC 177/2006, de 5 de junio*).

<sup>23</sup> *Vid.* G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997. Un trabajo más reciente de interés es el de J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la Ley en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del Derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.

<sup>24</sup> Así, el artículo 12 del nuevo Estatuto balear (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears).

<sup>25</sup> A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 246-247: subraya el autor que esos nuevos derechos constituyen el «valor añadido [de la CDFUE] más evidente sobre otros instrumentos de protección de derechos fundamentales».

<sup>26</sup> Por ejemplo, el nuevo Estatuto valenciano (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana): en el Preámbulo se dice que «los derechos a una buena administración y el acceso a los documentos de la administración quedarán regulados por Ley de Les Corts» (en el mismo sentido el artículo 9.1).



la CDFUE en el plano nacional que ella *potencia el estándar autonómico de protección de los derechos y libertades*.

### III. Contenidos sustantivos de la CDFUE

#### 1. *Los derechos fundamentales reconocidos*

Una primera aproximación a la CDFUE conduce a pensar que sus redactores se afanaron en ser generosos a la hora de incluir un buen número de derechos, así como en ser innovadores al sistematizarlos. Correlativamente, es dado lamentar que descuidaran un nivel análogo de intensidad a la hora de acometer las garantías. Acerquémonos a la tabla de derechos y, a continuación, a los niveles de protección (epígrafe III.2, *infra*).

De los siete títulos que integran el texto articulado de la CDFUE (cincuenta y cuatro artículos), los seis primeros pretenden racionalizar el catálogo de derechos fundamentales con una técnica novedosa, concretamente al agruparlos en torno a una serie de valores o nociones que rubrican dichos títulos: «dignidad (Título I, artículos 1 a 5); «libertades» (Título II, artículos 6 a 19); «igualdad» (Título III, artículos 20 a 26); «solidaridad (Título IV, artículo 27 a 38); «ciudadanía» (Título V, artículos 39 a 46), y «justicia» (Título VI, artículos 47 a 50). La reseñada pretensión, empero, junto con las propias Explicaciones anejas a la CDFUE, han venido a sembrar cierta confusión, así como una serie de asimetrías, en perjuicio de una promoción y defensa optimizadas de la propia Carta. Por añadidura, el amplio catálogo de derechos de la CDFUE no comprende todos los reconocidos mediante el Tratado de Lisboa, que por ejemplo introduce el derecho de los ciudadanos de formular propuestas de iniciativa legislativa (nuevo artículo 11 TUE, incluido entre las disposiciones sobre los principios democráticos —Título II—).

En el área de las confusiones, debo confesar que prefiero el título global de la Carta calificando de «derechos fundamentales» a todos los reconocidos en ella (y no sólo o precisamente por razones de lenguaje o *estética* constitucionales), antes que la dicotomía entre «derechos» y «principios» que se menciona en su Preámbulo o en su texto articulado (por ejemplo, artículos 51.1 y 52)<sup>27</sup>. Y resulta preferible porque, mientras el título genérico de la CDFUE, e incluso la sistematización de los derechos efectuada con

---

<sup>27</sup> Es interesante sobre este punto la crítica de J.P. JACQUÉ, «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Observatorio de la Globalización*, Serie General, n.º 1, noviembre 2000, <http://www.ub.es/obsglob/Seriegeneral.html> (final epígrafe 4 de la conferencia).

arreglo a los valores que rubrican cada título, parecen estar apostando por el principio de indivisibilidad, interdependencia e igual importancia de todos los derechos, la citada dicotomía evoca una excepción a dicho principio mediante la jerarquización o categorización de ellos.

Como fácilmente se comprobará, semejante técnica redactora recuerda a la utilizada por el constituyente español de 1978, calificando a todos los reconocidos en el Título I de «derechos fundamentales» y, a renglón seguido, «rebajando» algunos de ellos a la categoría de «principios rectores de la política social y económica». De hecho, parece que la contribución española ha influido en la introducción de esta deficiente técnica en la CDFUE pues, ¿cuáles son los derechos y cuáles los principios? ¿Son esos principios rectores de la política social y económica los incluidos en el título referente a la «igualdad», en el relativo a la «solidaridad», o en ambos a la vez, o incluso en algún supuesto en otros títulos? El texto de la CDFUE no arroja luces y, diversamente, sí bastantes sombras. Así, por ejemplo, los valores con los que se rubrican los Títulos I a VI no son homogéneos, puesto que: ni siquiera se reconducen a los que constituirían el sustrato de las conocidas como «generaciones» de derechos humanos (libertad —por cierto, se dice «libertades»—, igualdad, solidaridad); tampoco es fácil equiparar a esos valores la noción de «ciudadanía», o la propia referencia a la «dignidad», concebida ésta como valor y como derecho según las Explicaciones anejas a la Carta<sup>28</sup>.

La confusión aumenta cuando se analiza el contenido de algunos derechos y se contrasta con las fuentes que habrían inspirado la redacción de los artículos correspondientes. Y las Explicaciones, lejos de aclarar, incluso dan pie a interpretaciones sesgadas, en algunos casos con redacción más avanzada o benévola que la fuente inspiradora y en otros supuestos con texto más regresivo o restrictivo que dicha fuente. Lo ilustraré suministrando dos ejemplos: así, el artículo 2 CDFUE reconoce el derecho a la vida añadiendo que «nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado»; es decir, es totalmente abolicionista (como lo es el Protocolo n.º 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—<sup>29</sup>), mientras que la Explicación so-

---

<sup>28</sup> Según la explicación relativa al artículo 1 CDFUE, «la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales».

<sup>29</sup> El Protocolo n.º 13 al CEDH fue abierto a la firma el 3 de mayo de 2002 y entró en vigor en julio de 2003. Dicho Protocolo prevé la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, concretamente, a tenor de su artículo 1: «Queda abolida la pena de muerte. Nadie puede ser condenado a dicha pena ni ejecutado». Por el momento, España no ha ratificado curiosamente el Protocolo n.º 13, pero sí el Tratado de Lisboa y, por ende, la CDFUE: ¿será que hay contradicción entre el Protocolo n.º 13 —y también la CDFUE— y la Constitución española —artículo 15, que permite la pena de muerte en tiempo de guerra si así lo prevé

bre dicha disposición reconduce la fuente de inspiración al artículo 2 CEDH y al Protocolo n.º 6 a dicho Convenio, cuando ese artículo 2 permite la pena de muerte en «tiempo ordinario» y el Protocolo n.º 6 le da cobertura en tiempos de guerra. Al contrario, la formulación del artículo 25 CDFUE (*derechos las personas mayores*) es más genérico y aséptico que la fuente inspiradora mencionada en las Explicaciones (el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada, que incluye no sólo la faceta participativa, sino también y sobre todo la vertiente de protección social de dichas personas).

Las reseñadas confusiones se acentúan si se repara asimismo en determinadas asimetrías que alberga la CDFUE<sup>30</sup>. Así, mientras el Preámbulo CDFUE alude a «responsabilidades y deberes», tanto el título genérico de la Carta como su texto articulado se refieren únicamente a derechos, sin perjuicio de las consecuencias que se extraigan en tal sentido de las restricciones o limitaciones a cada derecho en su disposición correspondiente o de la cláusula de prohibición de abuso de derecho del artículo 54 CDFUE. Por otra parte, la Carta Social Europea del Consejo de Europa es mencionada en el Preámbulo CDFUE, mientras se suprime toda referencia a ella en su texto articulado, pese a que en las Explicaciones queda claro que tanto la Carta Social de 1961 como, sobre todo, la Carta Social revisada de 1996, han impregnado la redacción de buena parte de las disposiciones de la CDFUE<sup>31</sup>. Por lo demás, llama la atención que el Tratado de Lisboa incluya una referencia a la Carta Social Europea (pero a la de 1961, no a la revisada de 1996) en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 151

---

la ley penal militar? En tal sentido, L. JIMENA QUESADA, «La necesaria reforma de la Carta Magna de 1978: requisito para la asunción de determinados compromisos constitucionales europeos», *Nomos. Le attualità del diritto*, n.º 3, 2003.

<sup>30</sup> Un análisis más exhaustivo de dichas asimetrías en M.A. ALEGRE MARTÍNEZ y L. JIMENA QUESADA, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras su integración en el Tratado constitucional: asimetrías, inconsistencias y paradojas», en VV.AA., *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires. Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 84, Ad Honorem-2, Colloquia-14, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 55-84; publicado asimismo bajo el título «El estatuto asimétrico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su confusa visibilidad constitucional», en el colectivo *La Constitución Europea* (coords. Carrillo, M., y López Bofill, H.), Valencia, Tirant lo Blanch 2006, pp. 437-467.

<sup>31</sup> Según las Explicaciones, hasta siete derechos fundamentales de la Carta de la Unión se inspiran en otros tantos de la Carta Social Europea revisada de 1996 (CSEr): el artículo 23 sobre igualdad entre mujeres y hombres (se inspira en el artículo 20 CSEr), el artículo 25 sobre derechos de las personas mayores (en el artículo 23 CSEr), el artículo 27 sobre derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (en el artículo 21 CSEr), el artículo 30 sobre protección en caso de despido injustificado (en el artículo 24 CSEr), el artículo 31 sobre condiciones de trabajo justas y equitativas (en el artículo 26 CSEr), el artículo 33 sobre vida familiar y vida profesional (en el artículo 27 CSEr), y el artículo 34 sobre seguridad social y ayuda social (en los artículos 30 y 31 CSEr).

del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 136 TCE, en el Título X referente a la «política social»).

Tras lo expuesto, no está de más cerrar el presente epígrafe con unos apuntes positivos en torno a los contenidos sustantivos atinentes a los derechos reconocidos. En puridad, considero que la mayor contribución de la CDFUE no reside en los derechos de carácter sustancial (cuyo paralelo —e incluso con un redacción más avanzada— ya encontramos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos), sino más bien en los derechos de proyección procedimental o instrumental para la defensa de otros derechos de las personas<sup>32</sup>: estoy pensando en la antes mencionada novedosa formulación del derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE, cuya redacción se ha inspirado en gran medida en la tarea llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Europeo y el Código europeo de buena conducta administrativa impulsado por él<sup>33</sup>) o en el «derecho a una buena justicia» (artículo 47 CDFUE<sup>34</sup>).

## 2. Las garantías establecidas

El último Título (VII, artículos 51 a 54) CDFUE se ocupa de las garantías bajo la rúbrica «disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta» y, al no haber previsto ningún mecanismo propio de salvaguardia (por ejemplo, un derecho de recurso individual o una especie de recurso de amparo ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo)<sup>35</sup>, también ha proyectado más sombras que luces.

<sup>32</sup> Acúdase a R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (eds.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, Il Mulino, 2001, entre otras, pp. 319 y ss. para los derechos de defensa en el proceso judicial.

<sup>33</sup> En este sentido, J. SÖDERMANN, «*El derecho fundamental a la buena administración*», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 214, julio/agosto 2001. De manera más exhaustiva, B.S. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, INAP, 2004. Siguiendo el ejemplo del Código europeo de buena conducta administrativa, algunos Defensores del Pueblo autonómicos en España han impulsado análogos códigos en el ámbito regional respectivo (por ejemplo, en fecha 17 de diciembre de 2004, el *Valedor do Pobo* de Galicia).

<sup>34</sup> G. BRAYBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éditions du Seuil, 2001, p. 235. También apuntan esta relación entre los artículos 41 y 47 de la Carta L. FERRRI BRAVO, F. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 178.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión concreta, M. PI LLORENS, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, PUB, 2001, p. 104. Véase asimismo E. VÍRGALA FORURIA, «Tribunal Constitucional, recurso de amparo y Unión Europea», en el colectivo *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (coord. por J. Corcuera Atienza), Madrid, Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2002.

Por lo pronto, el artículo 51 (*ámbito de aplicación*) presenta el loable doble objetivo de respetar la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros y de evitar en la medida de lo posible la creación judicial de derechos, tanto en la sede judicial europea de Luxemburgo como en las instancias jurisdiccionales nacionales<sup>36</sup>.

Con respecto a esa segunda finalidad, lo cierto es que: de un lado, en el caso del Tribunal de Justicia resulta complejo circunscribir la inercia de su ya clásica *labor pretoriana* en materia de derechos fundamentales en ausencia de un catálogo propio en el ordenamiento de la Unión Europea<sup>37</sup>. En la práctica, un tema «estrella» para los juristas observadores del desarrollo o evolución de la CDFUE desde su proclamación solemne en Niza en diciembre de 2000 ha sido la expectativa de saber en qué momento el Tribunal de Justicia iba a mencionarla explícitamente pese a su carácter no vinculante<sup>38</sup>, habiéndole precedido las vanguardistas referencias a ella efectuadas por los Abogados Generales o por el Tribunal de Primera Instancia<sup>39</sup>, o incluso en el seno del TEDH<sup>40</sup>.

Del mismo modo, esa expectativa ha sido objeto de observación por referencia a los órganos jurisdiccionales nacionales. A título de ejemplo, en el caso de España la CDFUE fue tempranamente mencionada por el Tribunal Constitucional<sup>41</sup> y por instancias judiciales ordinarias (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia)<sup>42</sup>. Sobre el parti-

---

<sup>36</sup> Esa preocupación por el reparto competencial y por el self-restraint judicial ha sido el aparente argumento utilizado por Polonia y por el Reino Unido para justificar su también aparente Protocolo «opt out» con respecto a la CDFUE.

<sup>37</sup> M.P. CHITI, «La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 1, 2002, pp. 25-26.

<sup>38</sup> El momento llegó con motivo de la *Sentencia de 27 de junio de 2006, caso C-540/3, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*.

<sup>39</sup> Cfr. las Conclusiones del Abogado General invocando el artículo 41 de la Carta de Niza en el *asunto Z contra Parlamento Europeo que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 27 de noviembre de 2001, o la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002 dictada en el asunto max.mobil telekommunikation Service GmbH contra Comisión*.

<sup>40</sup> Por ejemplo, el voto particular concurrente del Juez Costa formulado a la *STEDH (Sección tercera) dictada el 2 de octubre de 2001 en el caso Hatton y otros contra Reino Unido* (se cita el artículo 37 CDFUE).

<sup>41</sup> En España, el Tribunal Constitucional utilizó la Carta de Niza por vez primera en su Sentencia núm. 292 de 30 de noviembre de 2000 (esto es, incluso unos días antes de ser proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza).

<sup>42</sup> La primera ocasión en la que acudió a ella el Tribunal Supremo (Sala civil) fue en la sentencia núm. 93 de 8 de febrero de 2001 (recurso de casación núm. 2344/1999), y más tarde la Sala de lo contencioso-administrativo en sentencias de 26 marzo de 2002 (recurso 8220/1997), de 27 marzo de 2002 (recurso 8218/1997) o de 2 de abril de 2002 (recurso 9932/1997). En cuanto a la Audiencia Nacional, véanse sus sentencias (Sala contencioso-administrativa, sección

cular, se ha puesto de manifiesto lo difícil que resultará evitar que los jueces nacionales se limiten a utilizar la CDFUE — como dispone el artículo 51.1 — «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»<sup>43</sup>. En esta línea, la praxis judicial española ofrece ejemplos de utilización de la CDFUE no sólo cuando se aplica directa o indirectamente (por ejemplo, Ley de transposición de una Directiva) el Derecho de la Unión, sino igualmente cuando entran en juego disposiciones nacionales. Naturalmente, España no ha sido una excepción<sup>44</sup>. Desde luego, ese dinamismo judicial interpretativo es susceptible de proyectar implicaciones positivas para la visibilidad y la justificabilidad de los derechos reconocidos en la CDFUE<sup>45</sup>, si bien puede asimismo generar cierta inseguridad jurídica<sup>46</sup>.

Abundando en el espectro de las garantías, lo cierto es que el «alcance e interpretación de los derechos y principios» (artículo 52), si bien se presenta aparentemente como un conjunto articulado de elementos, no deja de plantear nuevas incertidumbres:

- De un lado, la remisión a la limitación de los derechos mediante ley, o el respeto del contenido esencial y del principio de proporcionalidad, constituyen otras tantas nociones que harán aflorar una dinámica praxis judicial hermenéutica; y lo mismo cabe predicar de la cláusula inter-

---

segunda), de 21 de febrero de 2002 (recurso contencioso-administrativo núm. 24/1999), y de 7 de marzo de 2002 (recurso contencioso-administrativo núm. 201/1999). En el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, puede leerse la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala contencioso-administrativa, sección tercera) de fecha 1 de octubre de 2002 (recurso contencioso-administrativo núm. 3348/1998), en donde se utiliza como parámetro el artículo 41 de la Carta de Niza (para interpretar la legislación estatal sobre tráfico y seguridad vial y, por tanto, no aplicando directa o indirectamente Derecho de la Unión).

<sup>43</sup> Así lo ha advertido L.M. DIEZ-PICAZO, «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Tribunales de Justicia*, n.º 5, mayo 2001, p. 26: «será difícil que, incluso en casos no comunitarios, los jueces nacionales no sigan la Carta cuando ésta sea más generosa».

<sup>44</sup> Por ejemplo, en Italia, el auto (*ordinanza*) de la Corte d'Apello di Roma (Sezione Lavoro) de fecha 11 de abril de 2002, en el que se acude al artículo 47 de la Carta de Niza (para interpretar la legislación estatal sobre asistencia jurídica gratuita).

<sup>45</sup> No se olvide que el Preámbulo de la propia CDFUE precisa que «reafirma» los derechos que emanan de los niveles de garantía en ella referenciados. Es, justamente, ese verbo («reafirma») el que ha generado un cierto activismo o euforia judicial.

<sup>46</sup> J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «Droits de l'homme: la Charte des droits fondamentaux et au-delà», VV.AA., *Europe 2004 – Le grand débat* (Actas del coloquio celebrado en Bruselas los días 15 y 16 de octubre de 2001 en el seno de la Acción Jean Monnet), [http://europa.eu.int/comm/governance/whats\\_new/europe2004\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/governance/whats_new/europe2004_en.pdf), p. 134: la autora, tras plantear que la CDFUE no suprime la posible actitud de los jueces para «descubrir nuevos derechos fundamentales que ellos podrían introducir en el Derecho positivo en tanto que principios generales del Derecho comunitario», se refiere a un texto complejo que «suscita problemas muy delicados de interpretación».

- pretativa referente a la prohibición del abuso de derecho (artículo 54), basada —según las Explicaciones— en el artículo 17 CEDH.
- De otro lado, no mayor certeza legal aportará la propugnada acción de sinergia entre el canon de la CDFUE y el del CEDH, o la pretendida armonía intepretativa entre la CDFUE y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que por lo demás quedan atemperadas a renglón seguido con la toma en consideración de las legislaciones y prácticas nacionales.
  - Y, sobre todo, en tercer término, no deja de ser pretencioso que los redactores de la CDFUE apelen en dos ocasiones (en el Preámbulo y en el artículo 51.7) a los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros para que interpreten aquélla atendiendo a sus Explicaciones, tanto más cuanto que existen otros principios de interpretación jurídica (y, dentro de ella, de la más específica interpretación en materia de derechos fundamentales), que algunas de esas Explicaciones suscitan confusión (*supra*) y que, por los dos motivos anteriores, los órganos jurisdiccionales lógicamente acudirán directamente a las fuentes inspiradoras antes que a las exégesis (acertadas o no) realizadas por los redactores de la CDFUE con respecto a cada fuente<sup>47</sup>.

Lo precedente resulta más ostensible, si cabe, cuando reparamos en la compleja articulación de los niveles de protección referidos en el artículo 53, referentes —según las Explicaciones— al Derecho internacional, al Derecho de la Unión y al Derecho de los Estados miembros, con una mención explícita significativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Semejante articulación es harto compleja, bastando para confirmarlo la complicada interrelación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión: así, recientes sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo han dado lugar a interpretaciones que pueden poner en entredicho normas adoptadas en el seno de las Naciones Unidas (por ejemplo, en la lucha contra la financiación del terrorismo<sup>48</sup>), que pueden divergir de los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Estrasburgo en materias concurrentes (verbigracia, el acervo de Schengen<sup>49</sup>), o que pueden entrar en colisión con la

---

<sup>47</sup> Por ejemplo, parece más razonable proceder a la interpretación de los artículos de la CDFUE basados en la Carta Social Europea revisada, no tanto indirectamente a través de las Explicaciones, sino acudiendo directamente a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)).

<sup>48</sup> *Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, caso Kadi (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P)*.

<sup>49</sup> Por ejemplo, en la *sentencia de 11 de febrero de 2003 (caso Hüseyin Güzütok y Klaus Brügge)*, la Corte de Luxemburgo emitió una decisión prejudicial sobre la interpretación del principio *ne bis in idem* respecto de unas diligencias penales previsto en el artículo 54 del Con-



doctrina elaborada por el Comité Europeo de Derechos Sociales en campos coincidentes (así, el cómputo del tiempo de trabajo y de descanso<sup>50</sup>).

Evidentemente, las eventuales divergencias o contradicciones pueden producirse con mayor frecuencia entre la jurisprudencia comunitaria por un lado y, por otro, la jurisprudencia del Tribunal Europeo y del Comité Europeo de Derechos Sociales. A evitar esa potencial disparidad de criterios tiende el tránsito de la cláusula de remisión a la cláusula de adhesión al CEDH previsto por el Tratado de Lisboa<sup>51</sup> (nuevo artículo 6.2 TUE<sup>52</sup>). Desafortunadamente, una paralela cláusula de adhesión a la Carta Social Europea no existe, habiéndose limitado la CDFUE a citar aquélla en el Preámbulo, pero no en el texto articulado, a diferencia del CEDH. Es más, esa diferencia de tratamiento (con quiebra del principio de indivisibilidad en detrimento de los derechos sociales) cuenta con una ulterior asimetría cuando la CDFUE (siquiera en su

---

venio de aplicación de Schengen de 1990; el respeto de ese principio se proclama como derecho fundamental en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH. Por su parte, el TEDH ha irrumpido correlativamente en su labor hermenéutica en el acervo de Schengen (verbigracia, el caso *Krombach contra Francia de 13 de febrero de 2001*).

<sup>50</sup> Véanse las resoluciones paralelas sobre la misma materia del Comité Europeo de Derechos Sociales [*decisión de fondo de fecha 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva n.º 22/2003 (caso Confederación General del Trabajo contra Francia)*] y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo [*sentencia de fecha 1 de diciembre de 2005 sobre el caso Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail y otros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité (asunto C-14/04)*].

<sup>51</sup> Obviamente, para los derechos que están en la CEDH y no en la CDFUE seguirá jugando la cláusula de remisión (por ejemplo, el derecho al recurso en materia penal reconocido en el Protocolo n.º 7 al CEDH). En cualquier caso, hay quien expresó sus reservas a la utilidad de la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH, calificando esa posibilidad de ejercicio superfluo que generaría confusión: así, P. PESCATORE, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Protecting Human Rights: the European Dimension / La protection des droits de l'homme: La dimension européenne. Studies in honour of / Mélanges en l'honneur de Gerard J. Wiarda* (F. Matscher and H. Petzold, eds.), Köln, Heymanns Verlag, 1988, pp. 451-453. En sentido opuesto, más recientemente, F. ALDECOA LUZARRAGA y M. GUINEA LLORENTE, «El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto», ya cit., p. 21: «A través de esta adhesión y con la participación de la Unión en el Convenio, la actuación de la Unión en materia de derechos fundamentales estará sometida a un control externo imparcial. Se somete así a la Unión a los mismos estándares democráticos que se exigen a los Estados miembros».

<sup>52</sup> Nuevo apartado 2 del artículo 6 TUE según el Tratado de Lisboa: «2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»; a renglón seguido, el apartado 3 establece: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Por su lado, el Protocolo n.º 14, de reforma del CEDH da nueva redacción al artículo 59.2 del texto convencional, de manera que «la Unión Europea puede adherirse al presente Convenio».



Preámbulo) alude a la jurisprudencia del TEDH, omitiendo cualquier referencia a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Finalmente, la ausencia de garantías propias o autónomas en la CDFUE, así como la preocupación por la articulación de los niveles de garantía, han pretendido hasta cierto punto ser compensadas mediante la nueva *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>53</sup>. Así las cosas, se postula explícitamente la cooperación con los demás organismos que forman parte del entramado organizativo de la Unión Europea (en sus cometidos la Agencia será objeto de supervisión por el Defensor del Pueblo Europeo), con el Consejo de Europa, con la OSCE y con los demás foros y organismos de defensa de los derechos humanos. Por lo que se refiere a la cooperación con el Consejo de Europa (artículo 9 del Reglamento), tiene el «fin de evitar duplicaciones y de garantizar la complementariedad y el valor añadido», estando incluso prevista la suscripción de un acuerdo mediante el cual «el Consejo de Europa designará a una persona independiente para formar parte del Consejo de Administración de la Agencia y de su Consejo de Administración». En conexión con ello, el artículo 6 del propio Reglamento diseña los métodos de trabajo de la Agencia de forma que «para lograr la complementariedad y garantizar un uso óptimo de los recursos», aquélla tendrá en cuenta las informaciones recopiladas y las actividades desempeñadas por «el Consejo de Europa, remitiéndose a los resultados y actividades de sus mecanismos de seguimiento y control, así como de su Comisario de Derechos Humanos».

#### IV. Consideraciones finales

La CDFUE, como parte integrante del Derecho primario de la Unión Europea en caso de alcanzar vigencia el Tratado de Lisboa, constituye uno de los elementos esenciales (posiblemente el que más) tendentes a dotar de

---

<sup>53</sup> Se ha creado, con sede en Viena, mediante el *Reglamento (CE) N° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007*, tomando como base el anterior *Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia*, al que sucede jurídicamente (artículo 23). El objetivo de la Agencia se establece en el artículo 2 de su Reglamento («proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento 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»). El artículo 4 perfila los cometidos de la Agencia, en torno a tres grandes ejes: el primero, el fomento de las actividades de investigación y difusión en el terreno científico; el segundo, la elaboración de informes que contribuyan a facilitar a las instituciones de la Unión Europea una praxis respetuosa con los derechos fundamentales; y, el tercero, la promoción de una *pedagogía en materia de derechos y libertades*, con el desarrollo de una estrategia de comunicación y diálogo con la sociedad civil a fin de aumentar la sensibilización de la opinión pública.

mayor visibilidad constitucional a la Unión<sup>54</sup>; dicho en otros términos, la CDFUE refleja de la mano del Tratado de Lisboa el más significativo *res-cate sustancial* del Tratado constitucional de 2004.

Ciertamente, podría argüirse con carácter adicional que la elaboración de la CDFUE forjó un proceso participativo en el seno de la Convención *ad hoc* y luego en la más amplia Convención Europea encargada de redactar el Tratado constitucional. O sea, su proceso de elaboración habría coadyuvado a despertar en mayor grado la *conciencia europea* o, si se prefiere, un *emergente sentimiento constitucional europeo*.

Sin embargo, esa pretendida *legitimidad democrática* ha sido más aparente que real, habiendo cedido ante una ya clásica *legitimidad de la eficiencia o de los resultados* en la Unión Europea. Indudablemente, la CDFUE encierra una envergadura nada desdeñable al superar con creces lo que sería un «pequeño paso» más en la construcción europea según la Declaración Schuman de 1950; pero, por ello mismo, si no entrara en vigor el Tratado de Lisboa, habríamos de hablar de un «gran tropiezo». Tal vez cabría hablar entonces de un episodio revelador de la ausencia de líderes políticos a escala europea capaz de hacer ganar vigencia y dotar a la Unión de un catálogo propio derechos fundamentales; quizás debería criticarse asimismo otro episodio de «despotismo ilustrado» en la redacción de la normativa de la Unión; esto es: líderes políticos incapaces de llegar a la ciudadanía y burocratas guiados por un prurito academicista, respectivamente<sup>55</sup>.

¿Ha llegado verdaderamente la CDFUE a la ciudadanía? Si los derechos valen tanto como las garantías, esto segundo precisamente ha fallado, al generarse una considerable confusión en cuanto al alcance sustancial de los derechos que reconoce y en relación con la articulación de los niveles de protección a los que se remite. Bajo tal ángulo, la citada *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* puede concebirse como una respuesta al fiasco del proceso de adopción de la Constitución europea y, por ende, al fracaso en la asunción como obligatoria de la CDFUE.

---

<sup>54</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, julio-diciembre 2007, p. 26: «La especificación del “carácter jurídico vinculante” de la Carta “que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” elimina cualquier duda sobre su naturaleza constitucional».

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión, es interesante la paradoja puesta de manifiesto por J. ASTOLA MARIAGA, «De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimidad democrática de sus decisiones: Una reflexión sobre el proyecto de Constitución Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2004, p. 209: «La distancia entre las instituciones comunitarias y los pueblos de los Estados que forman parte de la Unión ha sido consustancial al propio proceso de integración. La primera razón, y no carente de importancia, pudiera ser que si el proceso de integración hubiera sido democrático lo más probable es que no hubiera comenzado».

En estas circunstancias, sin lógicamente pretender paliar la referida ausencia de garantías autónomas o propias de la Carta de Niza, la Agencia (que no está habilitada para recibir demandas o quejas individuales) parece apostar por mantener y reforzar la *cultura de los derechos fundamentales*. Desde este punto de vista, son destacables las expectativas que abre la nueva Agencia para la implicación del mundo universitario y de la sociedad civil: en cuanto a lo primero, en su propio organigrama interno ocupa un lugar determinante el Comité Científico; con relación a lo segundo, el artículo 10 de su Reglamento dispone que «la Agencia establecerá una red de cooperación («la Plataforma de los derechos fundamentales»), compuesta por organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones sociales y profesionales pertinentes, iglesias, organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales, universidades y otros expertos cualificados de órganos y organizaciones europeas e internacionales».



# El futuro de la Política Europea de Seguridad y Defensa

Borja Lasheras

Investigador del Panel de Seguridad y Defensa  
del Observatorio de Política Exterior Española (OPEX), Fundación Alternativas

«Europa no amenaza a nadie, Europa está destinada a la estabilidad; Europa no tiene enemigos ni aspiraciones territoriales. Podría ser un poder sólido, pero Europa en su conjunto todavía duda en aceptar su papel como actor global».

Egon Bahr<sup>1</sup>

«Hay una zona de seguridad en Europa y fuera de ella una zona de peligro y caos... En un mundo dinámico, la peor política es no hacer nada».

Robert Cooper<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.—2. La falta de una visión estratégica europea.—3. Contexto global: incertidumbre y multipolaridad.—4. Un nuevo marco de relaciones con la OTAN y Estados Unidos.—5. La «revisión» de la Estrategia Europea de Seguridad en 2008.—6. Hacia un Libro Blanco de la Defensa Europea.—7. Inclusividad y Europa de la Defensa a varias velocidades.—8. Conclusión.

---

**Resumen.** Europa debe abordar urgentemente algunas de las grandes cuestiones estratégicas que plantea un contexto global incierto como el de la segunda década del siglo XXI, entre otras, las relaciones de poder y su papel en un mundo multipolar. La evolución de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) hacia una Defensa Europea autónoma debe ser la consecuencia necesaria de este replanteamiento general, dejando atrás perennes dilemas como la disyuntiva OTAN-PESD o divisiones entre hard power y soft power, hoy superados por la realidad de los hechos. Es necesario un nuevo marco de relaciones con la OTAN, pero sobre todo con Estados Unidos en sí mismo, que podría por ejemplo desarrollarse a través de Cumbres de Seguridad UE-EEUU. Europa debe dotarse de un Libro Blanco Europeo de

---

<sup>1</sup> «Europe's Strategic Interests-The Role of German Foreign and Security Policy en Route to European Self-Determination and Global Responsibility», Bruselas, Friedrich Ebert Stiftung - Oficina UE (abril 2007).

<sup>2</sup> «The Breaking of Nations: Order and Chaos in the Twenty-First Century», Nueva York, *Atlantic Monthly Press* (2003).

la Defensa que plasme las aspiraciones de la Estrategia Europea de Seguridad y el Informe sobre su Implementación, del pasado diciembre, en el plano de la seguridad y defensa modernas. En el seno de esta refundación estratégica de la Defensa Europea (que es en el fondo una cuestión política) y a pesar de la prolongada crisis institucional, existen diversas opciones desde este 2009 para que los Estados de la Unión progresen en su conjunto, en el plano de financiación, capacidades, estructuras de mando y control, etc. Paralelamente, determinados grupos de Estados pioneros podrían avanzar en el marco de la Agencia Europea de Defensa (AED) a partir de distintas cooperaciones, que constituirían una forma de «Cooperación Estructurada Permanente caso por caso», facilitando la concertación para el establecimiento de este mecanismo, si el Tratado de Lisboa entra finalmente en vigor.

**Palabras clave:** estrategia, multipolaridad, defensa, PESD, Libro Blanco, misiones, inclusividad, Cooperación Estructurada Permanente, grupos pioneros.

***Abstract:** Europe must urgently deal with some of the major strategic issues raised by an uncertain global context like that of the second decade of the twenty-first century, among others, the relations of power and their role in a multipolar world. Progress in the European Security and Defence Policy (ESDP) towards an autonomous European Defence must be the necessary consequence of this general reconsideration, leaving behind perennial dilemmas such as the dilemma NATO-ESDP or divisions between hard power and soft power, nowadays overcome by the reality of the facts. It is necessary to have a new framework of relations with the NATO, but above all with USA in itself, which could for instance be developed through EU-USA Security Summits. Europe must provide itself with a European White Paper on Defence that gives expression to the aspirations of the European Strategy of Security and the Report on its Implementation, of last December, on the level of modern security and defence. At the heart of this strategic re-foundation of the European Defence (which is actually a political issue) and despite the prolonged institutional crisis, since 2009 diverse options have been considered so that the EU Member States progress as a whole on the level of funding, capabilities, management and control structures, etc. Similarly, certain groups of pioneer States could advance in the framework of the European Defence Agency (EDA) from different co-operations. These co-operations would constitute a form of «Permanent Structured Co-operation case by case», facilitating the co-ordination for the establishment of this mechanism, if the Treaty of Lisbon finally comes into force.*

**Keywords:** Strategy, Multipolarity, Defence, ESDP, White Paper, Missions, Inclusiveness, Permanent Structured Co-operation, Pioneer groups.

## 1. Introducción

El próximo mes de junio se cumplirá una década del nacimiento oficial de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), a partir del famoso Consejo de Colonia en el cual los líderes europeos acordaron que la Unión

debía tener «la capacidad para una acción autónoma, apoyada por fuerzas creíbles y los medios para decidir su uso». La idea subyacente, tal y como fue concebida en St. Malo el año anterior, era —y sigue siendo— reforzar el papel de la Unión en la escena internacional, impulsando uno de los aspectos pendientes del proceso de integración desde la fallida Comunidad Europea de la Defensa (CED).

Hoy es innegable que en un plazo de tiempo relativamente breve hemos sido testigos de grandes avances en este campo, como refleja la puesta en marcha, a febrero de 2009, de una veintena de misiones civiles y militares de la UE. Misiones internacionales que sólo el pasado 2008 han cubierto escenarios tan diferentes, como la observación del cumplimiento del acuerdo de alto el fuego entre Rusia y Georgia tras la guerra de agosto (EUMM-Georgia); la protección por medio de la misión militar EUFOR Tchad/RCA de los refugiados en Chad, afectados por la guerra de Darfur, garantizando un entorno de seguridad<sup>3</sup> a las operaciones humanitarias en la zona y la misión de la ONU (MINURCAT), o la primera misión marítima de la UE, EU-NAVFOR (operación «ATALANTA»), para disuadir y en su caso repeler acciones de piratería en las costas de Somalia. El mandato de muchas de estas misiones se define crecientemente en partenariat con Naciones Unidas, cumpliendo con una de las aspiraciones de la PESD, tal y como recoge el Tratado de la Unión, cual es contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacional conforme a la Carta de Naciones Unidas.

En segundo lugar, la UE se ha dotado de un cierto marco institucional para sostener esta política, como el Comité Político y de Seguridad, los órganos de la Secretaría del Consejo o la Agencia Europea de Defensa (AED).

Estos progresos han ido parejos a evidentes límites estructurales de la PESD, observados en los últimos años, tanto en lo que concierne a la financiación de operaciones, las deficiencias en el proceso de capacidades impulsado por la AED, la falta de una capacidad de planeamiento permanente, etc. Todos ellos han sido abordados con profusión en multitud de foros, por lo que este artículo no pretende incidir innecesariamente en tales aspectos.

En particular, la idea de una Defensa Europea sigue siendo una aspiración más que una realidad, no obstante el objetivo, recogido en las sucesivas modificaciones al Tratado de la UE, de que la PESD «*incluirá* la definición progresiva de una política de defensa común», que «*conducirá* a una defensa común...»<sup>4</sup>. Hoy en día podemos hablar de una *cierta* política de seguridad

---

<sup>3</sup> En la terminología empleada, SASE (*Safe and Secure Environment*).

<sup>4</sup> Arts. 24 y 42.2 Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa. En adelante, cuando nos refiramos al TUE (o, para evitar reiteraciones, al Tratado de Lisboa en general), ha de entenderse conforme a las modificaciones de Lisboa.

europea (sobre todo, de una creciente cultura de seguridad) y de una *cierta* concertación de los 27 sistemas de defensa nacionales<sup>5</sup>, pero no de una Política de Seguridad y Defensa Europea, a pesar de su denominación simbólica, en el Tratado de Lisboa, como «Política Común de Seguridad y Defensa».

Sin embargo, la necesidad de que los europeos se hagan cargo de su propia defensa es mayor que nunca (y probablemente mayor que en la época de la CED), por una serie de profundos factores estratégicos, políticos, etc., que se tratan en este artículo, y como un elemento crítico para llenar de contenido la meta de una Europa como poder global. Un poder particular, sin duda, con capacidad para recurrir a instrumentos diplomáticos, económicos, civiles y, si es procedente, militares, para hacer frente a las amenazas a la seguridad mundial (y de los ciudadanos europeos) que recoge la Estrategia Europea de Seguridad. Defensa, evidentemente, entendida conforme a filosofías modernas sobre seguridad, que por tanto la conciben como un elemento de la misma, junto a otros instrumentos.

Este artículo pretende indagar en una serie de cuestiones en el ámbito político-estratégico, que no han sido aún abordadas de manera decidida por los responsables europeos; entre otras, las realidades del actual contexto por el que pasa el sistema internacional y la consiguiente necesidad de superar los eternos dilemas OTAN-UE o la pretendida «militarización» de la UE. Cuestiones que, sin embargo y a juicio del autor, son críticas para el futuro de la PESD. Seguidamente, a partir de estas consideraciones, el artículo propone una serie de vías concretas para avanzar hacia una verdadera Europa de la Defensa, entre o no en vigor el Tratado de Lisboa. Concluye con algunas reflexiones sobre posibles perspectivas de futuro de la Defensa Europea y Europa en general.

## 2. La falta de una visión estratégica europea

Uno de los debates que más ha dominado la definición de los objetivos de la PESD ha sido la idea de la UE en su conjunto como un *soft power*, promotor de cambios, reformas democráticas, estructurales, etc., a través de la persuasión, no la coerción, y las virtudes indudables de su modelo integrador, particularmente para su vecindad inmediata. *Soft power*, a menudo como actor diferenciado de Estados Unidos.

Esta idea está relacionada con el énfasis, recogido en la Estrategia Europea de Seguridad de 2003 (EES)<sup>6</sup>, en la denominada visión «holística»

---

<sup>5</sup> 26, en realidad, dado el opt-out de Dinamarca para las cuestiones de defensa (además de otros que puedan acordarse en el futuro).

<sup>6</sup> «A Secure Europe in a Better World», European Security Strategy (Diciembre 2003).



de la gestión de crisis internacionales, en virtud de la cual la UE puede recurrir a un amplio elenco de instrumentos diplomáticos, económicos, misiones civiles, militares, etc., y en base a una perspectiva integral del ciclo de conflictos, desde la prevención, el mantenimiento de la paz (*peacekeeping*) hasta su consolidación (*peacebuilding*). Instrumentos y políticas, como la Política de Vecindad, de ayuda humanitaria, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la propia PESD, que configuran la acción exterior de la UE, y en cuya implementación participan las instituciones y los Estados miembros. De ahí el énfasis de la EES en una mayor coherencia. El Informe sobre la Implementación de la EES, adoptado por el Consejo Europeo del pasado diciembre (Informe de 2008), habla así de una perspectiva «específicamente europea» hacia la política exterior y de seguridad<sup>7</sup>.

La UE, sin duda, es un poder en el escenario internacional, un poder *sui generis*, por estas razones. Desde cierto punto de vista, dicha acción exterior contiene algunos elementos que le otorgarían un cierto componente ético; se habla así en la doctrina de la UE como «poder normativo» o «poder transformador». Sin embargo, la plena realización del objetivo contemplado en la EES de que la UE asuma una mayor responsabilidad global requiere superar falsos dilemas entre *soft power* o *hard power*, que a veces guían la discusión, además de tener en cuenta cierta perspectiva realista de las relaciones internacionales, que completaría la anterior.

En primer lugar, una premisa básica es que la UE debe poder recurrir a *todos* los instrumentos que resulten necesarios para alcanzar sus objetivos estratégicos. Eso puede conllevar el poder desplegar una misión civil, como la de Georgia; aplicar sanciones o una misión militar para otorgar un mínimo de seguridad a poblaciones civiles ante tragedias como la de Darfur o Congo (seguida, en su caso, de una operación civil de reconstrucción o de reforma del sector de seguridad). El binomio seguridad-desarrollo es claro: no cabe una gestión de crisis exclusivamente militar, a la vista de las lecciones que desgraciadamente podemos extraer de los últimos años, ni tampoco es acorde con los valores e intereses de la Unión no tener capacidad (ni, a menudo, voluntad política) para recurrir a medios militares en determinados escenarios. Como reconocen la Estrategia y el Informe de 2008<sup>8</sup>, no hay seguridad sin desarrollo, del mismo modo que no es posible el desarrollo sin una garantía mínima de seguridad. Afganistán es un buen ejemplo de ambos axiomas.

---

<sup>7</sup> «Report on the Implementation of the European Security Strategy -Providing Security in a Changing World» (11 de Diciembre de 2008), en [http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_fo/showPage.asp?id=266&lang=EN&mode=g](http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=266&lang=EN&mode=g).

<sup>8</sup> «No puede haber desarrollo sostenible sin paz y seguridad, y sin desarrollo y la erradicación de la pobreza no habrá paz sostenible». *Ibid.*, p. 8.

Por otra parte, el énfasis en las ideas de multilateralismo eficaz, nociones modernas de gestión de crisis o principios como la seguridad humana son componentes necesarios, a nivel de principios inspiradores, de la acción de la Unión en el plano internacional. Y pueden marcar una diferencia positiva frente a otros actores internacionales. Por ello, deben formar parte de su estrategia, *pero no constituyen una estrategia en sí mismos*. Confundir principios con estrategia es un error, a la hora de delimitar los objetivos y prioridades de actuaciones PESC/PESD.

En efecto, una verdadera estrategia de seguridad de la Unión debería definir con claridad, además de los citados principios, cuáles son los i) *intereses colectivos* y ii) *valores comunes* de los Estados miembros y sus ciudadanos, en el entorno global del siglo XXI y las cambiantes relaciones de poder (implícitas en el Informe de 2008), y cuáles son los instrumentos concretos con que cuenta para protegerlos. En ese sentido y sobre todo, ¿cuál es ese papel que la Unión aspira a jugar en el sistema internacional? Tal y como reconoce el Informe de 2008, los europeos tenemos que ser «más estratégicos en nuestro pensamiento». Y hoy por hoy no existe esa gran visión estratégica (ni, por tanto, un acuerdo) de cuál es el rol que la Unión debe jugar en la escena mundial, a pesar de la retórica de los últimos años. La falta de la misma es un factor de incoherencia en la acción exterior de la Unión, y en concreto, de falta de rumbo en cuanto a alcance, toma de decisiones y objetivos últimos de la PESD.

### 3. Contexto global: incertidumbre y multipolaridad

Esa Gran Estrategia que hoy se demanda desde ciertos ámbitos<sup>9</sup> resulta cada vez más necesaria, a la vista del contexto estratégico actual. Europa lleva años ensimismada en su crisis institucional, pero el mundo atraviesa una etapa de importantes cambios. La «aldea global» se encuentra en continua evolución dinámica, produciéndose equilibrios de poder en gran medida en contra de los intereses europeos —y lejos de nuestra influencia—. La narrativa de moda a principios de los 90 que aventuraba, de forma un tanto determinista, el fin de la Historia, entendido como el advenimiento definitivo del liberalismo democrático, está en cuestión. También lo está la idea (con la cual comienzan muchos manuales de relaciones internacionales) en virtud de la cual el final de la Guerra Fría y de la bipolaridad implicaría un impulso definitivo a un multilateralismo centrado en Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad.

---

<sup>9</sup> J. HOWORTH, «The case for an EU Grand Strategy», en *Europe: a Time for Strategy*, Egmont-Royal Institute for International Relations, n.º 27 (enero 2009).

La realidad se impone y el sistema internacional del siglo XXI, que algunos no dudan en calificar como «roto»<sup>10</sup> (idea presente en el Informe sobre la EES de 2008<sup>11</sup>), parece retornar a la lógica de bloques y apunta a la consolidación de diversos *poderes regionales*, estatales y no estatales, con intereses y valores no siempre coincidentes. De hecho, no es descabellado asumir que ya nos encontramos en un sistema multipolar o, incluso, «no-polar»<sup>12</sup>, que presenta algunos elementos anárquicos y en el cual la autarquía vuelve a ser un modelo atractivo de gobierno<sup>13</sup>. En esta situación, las instituciones y normas tendrán un lugar destacado en la toma de decisiones políticas, pero ciertamente no el único. El poder normativo europeo tiene sus límites en circunstancias de tal naturaleza.

Asimismo, aunque es pronto aún para hacer predicciones absolutas sobre las implicaciones de la actual crisis económica y financiera (la más grave desde la Gran Depresión), tendrá consecuencias críticas para la gobernanza mundial, condicionando el marco de seguridad de los próximos años. También va a afectar de forma compleja el contexto interno de muchos Estados (lo cual se puede traducir en conflictos sociales, nacionalismo económico u otras variantes, etc.), contexto siempre determinante para la política internacional. Resulta por tanto muy acertado el mensaje de un responsable de defensa europeo de que estamos asistiendo a una etapa de prolongado «desconcierto estratégico».

En este contexto de pluralidad de actores, a menudo con intereses enfrentados en áreas vitales para Europa (por ejemplo, por recursos), y crisis

---

<sup>10</sup> «Tal y como la Estrategia de Seguridad sugiere, los europeos no pueden tener la seguridad de que el presente sistema internacional es un mecanismo sostenible a través del cual actuar. De hecho muchos de sus elementos están rotos. La situación internacional es fluida y muchas de sus instituciones de seguridad están al borde de la obsolescencia», p. iii, en *Global Europe 01, Effective Multilateralism: Europe, Regional Security and a Revitalised UN* (Foreign Policy Centre-British Council, 2004).

<sup>11</sup> *Ibid.* Por ejemplo, cuando habla de la necesidad de que Europa lidere una «renovación del orden multilateral» (p. 2), afirmando más adelante que «el sistema internacional, creado al final de la Segunda Guerra Mundial, se encuentra ante presiones en diversos frentes» (p. 12).

<sup>12</sup> El término ha sido tomado de R. HAAS, que describe un sistema internacional caracterizado por la coexistencia de diversos centros de poder, ejercido por actores estatales, no estatales, etc. R. HAAS, «The Age of Nonpolarity: What Will Follow U.S. Dominance», en *Foreign Affairs* (mayo/junio 2008),

<sup>13</sup> «La gran expectativa de que el mundo ha entrado una era de convergencia ha resultado errónea. Hemos entrado una era de divergencia... El cambio global hacia la democracia liberal coincidió con un cambio histórico en el equilibrio de poder hacia aquellas naciones y pueblos que favorecían (estas ideas)... Hoy la re-emergencia de grandes poderes autocráticos, junto con la de fuerzas reaccionarias del Islamismo radical, ha debilitado ese orden y amenaza con hacerlo aún más en los años y décadas futuras» (R. KAGAN, en «The End of the End of History: Why the Twenty-first Century will look like the nineteenth», *The New Republic*, 23 de abril de 2008).

en cadena, la Unión corre el riesgo de verse superada por los acontecimientos. Se encuentra además en cierta desventaja, por lo menos en algunos aspectos (por razones demográficas, baja competitividad, crecientes costes de los sistemas sociales, dependencia energética, etcétera)<sup>14</sup>. Es problemático, por tanto y como hacen habitualmente algunos líderes europeos, concebir los objetivos de la PESC/PESD en términos exclusivamente éticos o normativos, como una «fuerza para el bien» y diseñar en consecuencia una respuesta europea ante determinados desafíos, cuando la realidad de las relaciones de poder es otra. La indefinición de los objetivos europeos respecto a Rusia, a la vista de la crisis del Cáucaso el pasado verano o la del gas este mismo invierno, es un buen ejemplo de ello.

La PESD es en gran medida una consecuencia natural de estos factores y, de forma relacionada, de la *creciente dimensión de seguridad* de una Unión ampliada y omnipresente en áreas geopolíticamente conflictivas. Como se ha dicho, la PESD está directamente influida por «los cambios en las placas tectónicas de la historia —9 de noviembre de 1989, 11 de septiembre de 2001 y 7 de agosto de 2008»<sup>15</sup>—; a esta lista cabría añadir la intervención en Kosovo en marzo de 1999 y la incapacidad europea para implicarse de forma definitiva ante crisis en sus propias áreas de interés<sup>16</sup>.

#### 4. Un nuevo marco de relaciones con la OTAN y Estados Unidos

Ante estas perspectivas, el perenne debate sobre el marco institucional para la Defensa Europea, reflejado en la división, algo artificial, entre «atlanticistas» o «europeístas», el énfasis en el carácter «complementario» de la PESD frente a la Alianza Atlántica, etc., comienza a resultar algo desfasado. La idea de una Defensa Europea autónoma sigue, no obstante, suscitando recelos en algunos sectores, recelos que se procura apaciguar con la coletilla de que los compromisos adoptados en la PESD serán

---

<sup>14</sup> De algunas de estas tendencias se hace eco el Informe de la Agencia Europea de Defensa, «An Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs» (octubre 2006), en <http://www.eda.europa.eu/genericitem.aspx?id=146>. El Informe concluye su predicción del contexto global para el 2025 afirmando que conforme Europa «envejece, pierde pre-eminencia económica y deviene más ansiosa sobre su seguridad, podrá también encontrar más complejos los problemas en su periferia».

<sup>15</sup> J. HOWORTH, *supra* nota 9.

<sup>16</sup> Como señala A. BAILES, en la génesis de la PESD, «nadie hablaba de hacer algo por el “bien del mundo”; muchos estaban pensando en el “bien de Europa”: afectados por los eventos de Kosovo y la falta de capacidad de los europeos para dominar esa crisis...». A. BAILES, «The EU and a “better world”: what role for the European Security and Defence Policy?», en *International Affairs* (enero 2008).

compatible con las obligaciones derivadas del Tratado de Washington. El Tratado de Lisboa mantiene esa provisión, añadiendo incluso una referencia explícita a la OTAN como «fundamento de la defensa colectiva y organismo de ejecución de ésta» para los Estados miembros que formen parte de la misma<sup>17</sup>.

Dichas líneas rojas, presentadas como disyuntivas absolutas, son cada vez más discutibles, por varias razones. En primer lugar, la OTAN, como es sabido, es una gran alianza político-militar creada en la Guerra Fría, que tradicionalmente garantiza la defensa colectiva de 21 miembros de la UE (así como la de no miembros como Turquía). En principio, sigue siendo el marco principal de concertación del vínculo transatlántico —aspecto, a su vez, discutido hoy y sobre el cual volveremos más adelante—. Además, establece diversas relaciones con socios tan dispares como Australia, países del Este en el Partenariado por la Paz, etc. *No es misión de la OTAN la defensa de la Unión Europea como tal*. Del mismo modo que nadie se plantea que EEUU delegue toda su responsabilidad defensiva en la Alianza, tampoco es coherente que una Unión que aspira a ser una especie de entidad política supranacional (independientemente de la denominación), y con distintos poderes (desde el ámbito del comercio, la ayuda al desarrollo o la misma protección ante desastres naturales), siga sin decidirse a tomar las responsabilidades de *su propia defensa*.

No cabe tampoco ignorar que la propia OTAN ha venido asumiendo más funciones, más allá de la defensa común de Europa, como refleja su Concepto Estratégico de 1999, objeto de revisión el próximo abril. Por ello es lógico que a veces se cuestione este apego a la idea de la OTAN como «eje de la defensa colectiva europea» cuando esta organización empieza a asumir tareas de seguridad global, entre las cuales la defensa territorial no es ya prioritaria.

La UE es de facto un poder estratégico, con sus propios intereses y prioridades, que algunas veces pueden coincidir con los mínimamente acordados en el seno de la Alianza —donde coexisten a su vez diversos intereses y objetivos, tampoco fácilmente conciliables— y otras podrán ser diferentes. La actual situación ha sido correctamente calificada de *evasión de responsabilidad histórica* por parte de la Unión (o *free-riding*)<sup>18</sup>. Por otra

---

<sup>17</sup> Art. 42 TUE. Ver también el preámbulo del Protocolo sobre la Cooperación Estructurada Permanente, anexo al Tratado de Lisboa.

<sup>18</sup> «Con ya 27 miembros y más esperando en los Balcanes occidentales, la UE no puede presentarse como un pequeño tropel de vulnerables *do-gooders* refugiándose bajo el ala de la OTAN y los Estados Unidos... en un entorno estratégico que ya ha eliminado en gran medida las razones para esta división de trabajo de la Guerra Fría», A. BAILES, «The EU and a “better world”: what role for the European Security and Defence Policy?», p. 119, *supra* nota 16.

parte, en la medida en que esta dimensión de seguridad de la UE crezca y vaya generando sus esferas prioritarias de intervención (como las definidas en la EES y en el Informe sobre su Implementación), se hará todavía más patente el imperativo de poder actuar de forma no-dependiente de la OTAN. Lo cierto es que ya existen determinados escenarios en los cuales es implantable que la Alianza pueda o quiera actuar en un futuro inmediato, y en los cuales la UE puede ser percibida como un actor más neutral y decidir llevar a cabo sus propias operaciones. Algunos conflictos de África son un buen ejemplo de ello, pues ¿cabe acaso pensar que Naciones Unidas pueda en 2009 recurrir a la Alianza Atlántica para una operación-puente en Congo o para desplegar miles de soldados en Chad, como ha hecho la Unión a través de la misión EUFOR Tchad/RCA?<sup>19</sup>.

Asimismo, otro argumento elemental es que para una Alianza ampliada, lógicamente priorizando la atención en la guerra de Afganistán —y desplazada como centro de decisión político clave para determinadas crisis—, es positivo que la UE avance de forma decidida en el desarrollo de sus propias capacidades de defensa.

El contexto político es en parte propicio para adoptar medidas decisivas en favor de la PESD, a raíz de determinados cambios de perspectiva en Washington y en algunas capitales europeas, entre los nuevos miembros en concreto. Por un lado, existe en Estados Unidos un cierto clima más favorable y un mayor interés hacia la Defensa Europea que hace algunos años. Es ya famoso el discurso de la embajadora de EEUU en la OTAN, a principios de 2008, en favor de una mayor capacidad de defensa europea, que permita a Europa actuar de forma independiente<sup>20</sup> (e implícitamente, a Estados Unidos reducir costosos compromisos por todo el mundo). La nueva administración Obama podría ver con buenos ojos una mayor responsabilidad europea en estas cuestiones, en la medida en que dicho país atravesase una inevitable etapa de cierto repliegue, ante la crisis económica, las prioridades en Irak y, sobre todo, Afganistán.

De la misma forma, a nivel de la OTAN, este refuerzo de la Europa de la Defensa era en parte el motivo de la maniobra del presidente francés, N. Sarkozy, en la cumbre franco-británica en marzo de 2008: vincular a los

---

<sup>19</sup> Sí que es cierto, no obstante, que la OTAN ha prestado apoyo logístico en algunas operaciones en África, como la misión AMIS de la Unión Africana (2004-2007), al igual que la UE. En otros escenarios también ha mostrado interés, como es el caso de la piratería en las costas de Somalia.

<sup>20</sup> «Estados Unidos necesita, la OTAN necesita, el mundo democrático necesita, una capacidad de defensa europea más fuerte y capaz... (pues) Una Europa con *soft-power* no es suficiente... La OTAN no puede estar en todas partes», V. NULAND, París, 22 febrero 2008 (en <http://usinfo.state.gov>).

escépticos británicos al proyecto —al igual que en St. Malo, diez años antes— y anunciar el retorno de Francia a la estructura militar de la OTAN, condicionado a un mayor desarrollo de la Defensa Europea en el marco de la PESD<sup>21</sup> —y, por supuesto, a un mayor protagonismo de ese país en la Alianza<sup>22</sup>—. En esa línea, es importante subrayar que en la posterior Cumbre de la OTAN en Bucarest, la declaración final menciona de forma positiva la defensa europea. En fin, el hecho de que 21 Estados pertenezcan a ambas organizaciones debiera generar sinergias constructivas. Los objetivos de generación de fuerzas, criterios de despliegue, sostenibilidad, etc., son prácticamente los mismos, de modo que avances de los Estados miembros en estos terrenos a nivel PESD, en el marco de la AED, beneficiaría a la OTAN y viceversa<sup>23</sup>.

Por estas razones, la falta de una sólida cooperación estratégica OTAN-UE es un profundo error, como lo es la rivalidad no escrita entre ambas organizaciones. Los acuerdos Berlín Plus son una solución temporal, ad hoc, que no aborda la cuestión de fondo. La necesidad de *refundar las bases de la Defensa Europea* se hace cada vez más patente, por lo que, como dice Nick Witney, «invocar el catecismo de la OTAN, “eje de nuestra seguridad”, es un sustituto de un pensamiento estratégico serio»<sup>24</sup>. En este sentido, una opción barajada, aunque ambigua a fecha de hoy, es la llamada «Europeización» de la OTAN, asumiendo los Estados miembros de la UE mayores responsabilidades en la toma de decisiones; incluso se habla sobre una hipotética conversión del Consejo del Atlántico Norte en un Consejo permanente UE-OTAN, como eje de una Defensa Europea fundamentada en dos pilares. Éste es un debate pendiente en la Alianza y sería comprensible que en la medida en que la UE vaya desarrollando sus propias capacidades en el ámbito defensivo, se produzcan transformaciones en el seno de la OTAN<sup>25</sup>. Lo que en cualquier caso los líderes europeos deben rechazar de plano es la posibilidad, aparentemente favorecida por ciertas capitales, de *integrar la*

---

<sup>21</sup> Sobre la cumbre, ver B. LASHERAS y A. EGEEA, «La Cumbre Franco-Británica de Marzo: la importancia de las cumbres bilaterales para la Futura agenda política de la UE post-Lisboa», Memorando OPEX, n.º 76, Fundación Alternativas, Madrid (abril, 2008).

<sup>22</sup> «Francia liderará dos mandos de la OTAN cuando regrese a la estructura militar», *El País*, 4 de febrero de 2009.

<sup>23</sup> Es sintomático, por ejemplo, los problemas que por ejemplo encontró la misión en Chad para dotarse de helicópteros, que, en palabras de un responsable de defensa, «estaban comprometidos para Afganistán». Un mayor avance en materia de capacidades permitiría sin duda solventar algunos de los problemas logísticos que encuentran fuerzas europeas participando en misiones de ambas organizaciones.

<sup>24</sup> N. WITNEY, «The death of NATO», 20 de noviembre 2008, en *Europe's World*.

<sup>25</sup> Algunos expertos critican esta idea de crear una especie de «EU caucus» en la OTAN, como inviable e ineficaz. Ver N. WITNEY, «The death of NATO», 20 de noviembre 2008, en *Europe's World*.



*PESD en la OTAN bajo un mismo mando*: ello conllevaría la disolución de la PESD.

Una refundación de las bases de la seguridad y defensa europeas debería comenzar, en todo caso, por profundizar en el diálogo estratégico entre Estados Unidos y Europa, fortaleciendo *de verdad* la alianza transatlántica. Y para ello, es discutible que el Consejo del Atlántico Norte siga siendo el foro de referencia. Varias propuestas concretas pueden explorarse, como sustituir las cumbres anuales con Estados Unidos —«socio clave» de la Unión, según el Informe sobre la EES— por Cumbres de Seguridad UE-EEUU<sup>26</sup>, que permitan abordar los intereses comunes a ambos lados del Atlántico, solventar las posibles diferencias, etc.; estas cumbres podrían celebrarse acordes con el calendario de los Consejos Europeos.

Lo que es indiscutible es que dicha alianza no puede basarse únicamente en los pilares de 1949 ni en acuerdos provisionales, para responder a los serios desafíos y retos a todos los niveles que presenta el entorno internacional esta segunda década del siglo XXI.

## 5. La «revisión» de la Estrategia Europea de Seguridad en 2008

La Estrategia Europea de Seguridad (EES) de 2003 sigue siendo un documento válido, no tanto como estrategia en sentido estricto, por las razones antes expuestas, pero sí como documento general comprensivo de la acción exterior de la Unión, con un énfasis especial en la política exterior y de seguridad. Documento que relaciona las principales amenazas y desafíos para la UE como actor global (p.ej., crimen organizado, terrorismo, o Estados fallidos); principios y criterios de actuación para hacerles frente, entre ellos, la idea de un multilateralismo eficaz a través de partenariados con diversos actores (como Naciones Unidas u otras organizaciones regionales), una visión holística de las crisis internacionales que permita a la Unión recurrir a distintos instrumentos —incluida la intervención «robusta»— y acciones de la UE en su vecindad inmediata.

A su vez, el mencionado Informe sobre la Implementación de la EES, de diciembre de 2008, como su propio nombre indica, mantiene los elementos esenciales de 2003. Por otra parte, realiza un limitado examen de cam-

---

<sup>26</sup> Parte de estas propuestas están contenidas en «A Future Agenda for the European Security and Defence Policy (ESDP)» (febrero 2009), un trabajo conjunto del autor con expertos de varios *think-tanks* europeos, en concreto, C. KATSIOLIS (Friedrich Ebert Stiftung), J. MAULNY y F. LIBERTI (Institut de Relations Internationales et Stratégiques) y S. BISCOP (Egmont - Royal Institute for International Relations). Próximamente disponible en [www.falternativas.org](http://www.falternativas.org).



bios en algunas áreas tratadas por la EES, incluyendo nuevos *partnerships* (como el Partenariado Oriental o la Unión por el Mediterráneo), y desarrollando retos ya mencionados en 2003 (como la piratería, seguridad energética o cambio climático —el «*threat-multiplier*»—). También incluye novedades importantes como la seguridad humana y el principio de la Responsabilidad de Proteger (R2P), concluyendo con una llamada a la Unión a «hacer más para influir los eventos —y a hacerlo ahora—»<sup>27</sup>.

El 2008, por tanto, no ha presenciado un debate estratégico de calado a nivel de la Unión, en las líneas que hemos planteado antes. El Informe no es una «revisión», como se encarga de dejar claro<sup>28</sup>. Razones de prudencia política parecen haber aconsejado otorgar un mandato limitado al Alto Representante Javier Solana; así, algunos políticos europeos han manifestado de manera informal que la mejor opción era no tocar el documento de 2003 ante el riesgo de provocar divisiones, en el contexto de la crisis de Georgia y la interminable crisis institucional tras el no irlandés al Tratado de Lisboa. Como en tantos otros aspectos del proceso de integración, la valoración dependerá del punto de vista. Para algunos, ha sido una oportunidad perdida y refleja que el grado de consenso entre los europeos sobre algunas de estas cuestiones, particularmente a 27 bandas, es mínimo. Para otros, en cambio, ha permitido una actualización realista, aunque limitada, de la Estrategia.

Desde otro punto de vista, la asignatura pendiente de la Estrategia Europea de Seguridad, como correctamente afirman Sven Biscop y otros y reconoce el documento de 2008<sup>29</sup>, *sigue siendo su implementación*, más que añadir algunas frases o palabras. ¿Cómo puede en los próximos años la acción de la UE en su conjunto y a través de los distintos instrumentos que la componen, ser más coherente, más eficaz y más activa en aras al fin de la responsabilidad global de Europa? ¿Cómo puede orientar de manera efectiva la toma de decisiones?

Algunas propuestas que se han planteado en los últimos tiempos consistirían no en revisar la Estrategia, sino en una *valoración sistemática*, cada cinco años y tras la elección de un nuevo Parlamento Europeo, de los avances en la práctica en cada una de las áreas de la EES (no proliferación,

---

<sup>27</sup> Algunas de las cuestiones tratadas en el Informe se desarrollan en mayor detalle en la «Declaración sobre el refuerzo de la seguridad internacional», adoptada por el Consejo el 11 de diciembre de 2008.

<sup>28</sup> «Este Informe no sustituye la EES, sino que la refuerza», p. 3, «Report on the Implementation of the European Security Strategy - Providing Security in a Changing World», *supra* nota 7.

<sup>29</sup> «A pesar de todo lo que se ha alcanzado, la implementación de la EES sigue siendo “work in progress”». Ver también S. BISCOP, «The European Security Strategy: Now Do It», en *Europe: a Time for Strategy*, *supra* nota 9.

comercio, Política de Vecindad, partenariados, instrumentos de gestión de crisis, etc.). Dicha valoración integraría a las distintas instituciones (el Consejo, la Comisión, el Parlamento), así como, en la medida de lo posible, los foros nacionales de los Estados miembros. Respecto a esto último, no puede dejar de enfatizarse el valor que representaría involucrar a los Parlamentos nacionales en esta tarea (más aún en el ámbito concreto de la PESD, pues son los Parlamentos, el español entre ellos, los que a menudo controlan las decisiones del Gobierno para envío de tropas, presupuestos para misiones en el exterior, etc.). Podría ser liderada por el futuro Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, apoyado a su vez por el Servicio Europeo de Acción Exterior, si Lisboa entra finalmente en vigor<sup>30</sup>.

Paralelamente, la Estrategia requiere su desarrollo a través de distintos documentos o «sub-estrategias», en función de las áreas, actores regionales y organizaciones (por ejemplo, al igual que existe una Estrategia África-UE, de 2007).

Quizás fruto de estos esfuerzos a varios niveles, Europa pueda de alguna forma ir realizando la profunda reflexión estratégica, esa «Gran Estrategia» de la que hemos hablado antes, sobre el papel de Europa frente a los nuevos ejes de poder y la competición de intereses y valores descrita.

## 6. Hacia un Libro Blanco de la Defensa Europea

De entre las áreas que contempla la Estrategia de Seguridad, claramente requieren un desarrollo específico sus implicaciones en materia de Defensa Europea, es decir: *cómo se traduce en el plano de la seguridad y defensa i) la responsabilidad global de la Unión invocada en la EES y ii) los intereses colectivos de sus Estados miembros en la escena internacional*, en el mundo multipolar antes descrito. Si bien la PESD recibe una mayor atención en el Informe de 2008, dado que, como afirma, en los últimos años ha sido una parte de la PESC «en demanda creciente», esto no es suficiente. Los europeos tienen que ser capaces de ponerse de acuerdo sobre los contenidos fundamentales de la Defensa Europea en cuanto a nivel de ambición, prioridades operacionales de las misiones PESD, criterios para intervenir en la gestión de crisis, etc. En suma, cuál puede ser el mejor empleo para los fines de la EES, en *partnership* con la ONU y la OTAN, de los cerca de dos millones de soldados de que disponen los Estados miembros en su conjunto

---

<sup>30</sup> Ver «A Future Agenda for the European Security and Defence Policy (ESDP)», *supra* nota 26.

—de los cuales sólo un 5% se encuentran desplegados en el exterior— y los más de 200 mil millones de euros que, según datos de la AED, dedican anualmente a la defensa.

Es por ello necesario que los responsables políticos de la Unión mantengan el *momentum* de 2008 y trabajen en la elaboración de un *Libro Blanco de la Defensa Europea*. Este Libro Blanco sería una especie de estrategia cívico-militar para la PESD que guiaría, como referencia doctrinal y política, la definición de objetivos y criterios comunes de los Estados de la Unión en el terreno operacional, a la hora de desarrollar capacidades en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente —si Lisboa entra en vigor— u otras formas de cooperación hoy posibles en el marco de la AED, en otro caso.

El Libro Blanco contribuiría a llenar de contenido el compromiso genérico de ir definiendo «progresivamente una política de defensa común», y, en su caso, «una defensa común», junto con la simbólica cláusula de asistencia mutua incorporada por Lisboa<sup>31</sup>. En ese sentido, como aspiración última, el Libro debería recoger el objetivo de la UE de desarrollar *todo el espectro defensivo* en el marco de la PESD, desde misiones expedicionarias en el exterior (esto es, las operaciones PESD a 2009) hasta las respuestas a amenazas contra el territorio europeo o la población (en forma de ataques masivos terroristas, por ejemplo) —escenarios que hoy no se contemplan a la hora de definir objetivos y capacidades de la PESD—. Defensa exterior e interior, por tanto.

Los contenidos específicos de este Libro Blanco de la Defensa Europea debieran ser —y con suerte serán— objeto de intenso debate en el futuro inmediato. Por ahora podemos apuntar una serie de cuestiones que debiera abordar. En primer lugar, coincidiría con el importante desarrollo de revisiones de la defensa nacional que están teniendo lugar desde 2008 en algunos Estados miembros clave, en forma de estrategias de seguridad o libros blancos nacionales: es el caso del Reino Unido (*The National Security Strategy of the UK*), Francia (*Livre Blanc de la Défense Nationale*), Alemania (*Security Strategy for Germany*) y España, en trámites de aprobar la nueva Directiva de Defensa Nacional, parte de una futura Estrategia de Seguridad Nacional que será preparada a lo largo de este 2009 y el 2010. Para algunos de estos documentos, el marco europeo de seguridad y la PESD son consus-

---

<sup>31</sup> En virtud de la cual «si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas». Este precepto añade seguidamente las precisiones habituales dirigidas a los Estados neutrales o no miembros de la OTAN, así como la cláusula de compatibilidad de estos compromisos con la OTAN.

tanciales a la seguridad nacional. Es crítico, de nuevo, establecer sinergias entre los ámbitos nacionales y la Unión, que permita avanzar hacia un consenso común en el ámbito de la Defensa Europea —en vez de tener siempre 27 (o 30, en el futuro) estrategias nacionales—.

Por otra parte, otra de las cuestiones a tratar sería el establecimiento de unos criterios básicos para *una doctrina europea de gestión de crisis*, en concreto, en lo concerniente a intervenciones militares en el exterior. Éste es un tema delicado, para los Gobiernos y la opinión pública y si bien los europeos en efecto despliegan efectivos en escenarios complejos, a menudo en el marco de la OTAN o en coaliciones de varios países, es sabido que son más reacios a hacerlo con la PESD y bajo bandera de la Unión. La mayor parte de las misiones PESD hasta ahora han sido misiones civiles (de *rule of law*, Reforma del Sector de Seguridad, etc.) y las escasas militares han sido en general o bien operaciones de estabilización posconflicto o bien operaciones breves, de reacción rápida —ello a pesar de que las misiones Petersberg, también tras la nueva definición del Tratado, contemplan escenarios de mayor intensidad<sup>32</sup>—. En parte, ello se ha justificado alegando que parece más razonable que una política en fase de legitimación, como es la PESD, comience por misiones de bajo riesgo.

Esta serie de criterios, por tanto, contribuirían a clarificar i) dónde, ii) cuándo, iii) cómo y iv) por qué la Unión intervendría en conflictos mediante el despliegue de una misión militar. Entre ellos, podrían considerarse los siguientes:.

- crisis en regiones con intereses estratégicos para la UE;
- crisis humanitarias en apoyo del principio de la responsabilidad de proteger («R2P») poblaciones frente a crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes contra la humanidad a gran escala (el este de la RDC, en la región de los Kivus, es un buen ejemplo); u
- operaciones en apoyo a misiones de Naciones Unidas, por ejemplo, operaciones-puente (como la misma EUFOR Tchad/RCA) o contribuciones a operaciones de paz de la ONU (en las cuales, salvando UNIFIL en el Líbano, la participación europea es mínima).

Definir una serie de criterios flexibles para las operaciones PESD de gestión de crisis permitirían hacer más comprensibles para la opinión pública las razones por las cuales la UE interviene en escenarios lejos de Europa —teniendo en cuenta la compleja naturaleza de los conflictos asimé-

---

<sup>32</sup> Las operaciones militares por ahora han sido Artemis (Congo), Concordia (Macedonia), EUFOR RD Congo, EUFOR Althea (Bosnia), EUFOR Tchad/RCA y EU-NAVFOR (ATALANTA), en las costas de Somalia. Las tres últimas están en activo.

tricos, con diversas partes enfrentadas, milicias, etc.<sup>33</sup>—. Además, sería un paso adelante para articular el compromiso global al que apela la EES con la inevitable priorización de escenarios y crisis, que reconoce el Informe sobre la Implementación de la Estrategia.

Finalmente, y como consecuencia con lo anterior, el Libro Blanco establecería un nivel de ambición PESD en cuanto a operaciones civiles y militares, en base a dichos objetivos cualitativos —no cuantitativos, como los responsables europeos hacen habitualmente—. El nivel de ambición recogido en la Declaración sobre el Refuerzo de las Capacidades, aprobada por el Consejo el pasado diciembre<sup>34</sup>, puede servir como referencia de partida en cuanto a qué escenarios podrían aspirar los europeos colectivamente a través de la PESD<sup>35</sup>.

## 7. Inclusividad y Europa de la Defensa a varias velocidades

La pregunta que surge inmediatamente es cómo articular esta revisión estratégica en el plano práctico y preparar la PESD para el difícil contexto global en que nos encontramos. En suma, cómo traducir la idea de una Defensa Europea autónoma en compromisos concretos, a la vista de los actuales límites de la PESD (en materia de financiación, estructuras de mando y control, capacidades limitadas, etc.). Y cómo hacerlo en una Unión inmersa aún en la incertidumbre sobre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y con sus Estados miembros azotados por la crisis económica y financiera

---

<sup>33</sup> Como afirma el Informe de la AED «An Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs», las operaciones para las cuales las fuerzas europeas deberían prepararse principalmente en el futuro requerirán fuerza aplicada en opacas circunstancias, contra un oponente tendente en esconderse entre la población civil, bajo exigentes reglas de enfrentamiento y un escrutinio mediático las 24 horas».

<sup>34</sup> Según el mismo y en resumen, «en los años que vienen» la UE debería ser capaz, «además de desplegar 60.000 tropas en el plazo de 60 días para una gran operación», de planear y llevar a cabo simultáneamente dos grandes operaciones de estabilización y reconstrucción, con un adecuado componente civil, apoyado por hasta 10.000 tropas por al menos dos años; dos operaciones de respuesta rápida y duración limitada usando inter alia los Grupos de Combate; una operación de emergencia para la evacuación de nacionales europeos en menos de diez días; una misión de vigilancia/interdicción marítima o aérea; una operación cívico-militar de asistencia humanitaria de duración de hasta 90 días, y en torno a una docena de misiones civiles PESD junto con una gran misión (con hasta 3000 expertos) que pudiera durar varios años. Consejo de 11 de diciembre 2008.

<sup>35</sup> No obstante, como señala S. BISCOP, es una muestra del desacuerdo político sobre el uso de la fuerza en misiones PESD que la Declaración apenas contempla escenarios de riesgo elevado u operaciones a gran escala (a pesar de cierto lenguaje en ese sentido en el nuevo Tratado de Lisboa).

—y por crecientes conflictos sociales (como estamos viendo en Grecia, Reino Unido o Francia)—.

En general, parte de la respuesta estribará en establecer un equilibrio adecuado entre la idea de inclusividad de la Defensa Europea —como política en interés colectivo de todos los Estados miembros, todos debieran participar de alguna forma— con la idea de la Europa a varias velocidades (*multi-speed Europe*), una realidad del proceso de integración en otras áreas y subyacente en algunas disposiciones del Tratado de Lisboa sobre la ahora denominada Política Común de Seguridad y Defensa (como la Cooperación Estructurada Permanente). Esta idea, sensible en el terreno político, se refleja en la legitimidad de algunos «grupos pioneros» de Estados miembros de avanzar más rápido en un área de interés común como es la Defensa Europea, del mismo modo que otros están en su derecho de no participar —sin tampoco frenar constantemente a aquéllos<sup>36</sup>—. No hay que olvidar que la defensa sigue siendo una de las áreas intergubernamentales por excelencia, a todos los efectos. A continuación exponemos un resumen de algunas de las opciones posibles, en el marco actual, o potenciales si finalmente el Tratado de Lisboa es ratificado por todos los Estados miembros<sup>37</sup>.

### 7.1 Propuestas a nivel de la UE en su conjunto

En primer lugar, existen una serie de áreas en las cuales debiera ser posible para los Estados miembros avanzar en conjunto, como las siguientes:.

- En el ámbito primordial de la formación y armonización de la doctrina militar, con el fin de mejorar la interoperabilidad entre las distintas fuerzas nacionales y su capacidad de trabajar unidas. Tal y como afirma la AED, la interoperabilidad «es clave no sólo para el equipamiento, sino también para el desarrollo de todas las capacidades, desde el lenguaje hasta procedimientos y formación»<sup>38</sup>. No tiene sentido insistir en la creación de unidades europeas supuestamente

---

<sup>36</sup> Al hablar de la necesidad de pasar en Defensa Europea de un «sistema convoy» a estos «*pioneer groups*», N. WITNEY sostiene que «de la misma forma que ningún Estado miembro debería ser obligado a hacer cosas en defensa en contra de su voluntad, ninguno debería impedir a otros que quieran desarrollar su cooperación» ... «o insistir en un sitio en la mesa si no están preparados para contribuir de forma real». N. WITNEY, «Re-energising Europe's Security and Defence Policy», European Council of Foreign Relations (julio 2008).

<sup>37</sup> Para más detalles y criterios concretos sobre las propuestas que se exponen a continuación, ver «A Future Agenda for the European Security and Defence Policy», supra nota 26.

<sup>38</sup> Agencia Europea de Defensa, «An Initial Long-Term Vision for European Defence Capability and Capacity Needs» (Octubre 2006).

multinacionales, como algunos «*Battlegroups*», si previamente no se dedican esfuerzos serios a superar la presente situación de heterogeneidad que caracteriza a las fuerzas europeas, mediante más doctrinas comunes, ejercicios conjuntos en Europa o en el exterior, etc. Es más, puede resultar muy arriesgado en escenarios de combate.

En la medida en que la Unión pretende avanzar en la coherencia de las distintas políticas exteriores a nivel diplomático —por ejemplo, mediante la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior que prevé Lisboa— es igualmente lógico que esa armonización tenga lugar a nivel militar, como instrumento de una política de seguridad. Además de las iniciativas lanzadas por la Presidencia francesa de la UE, como reforzar el Colegio Europeo de Seguridad y Defensa o programas de intercambio para oficiales (a modo del programa Erasmus), una opción en el futuro sería la creación de una Escuela Militar Europea, a nivel de oficiales, y vinculada al Colegio.

- La financiación de las operaciones PESD es clave. Si tal y como se afirma habitualmente —y reiteran los Tratados— la PESD es un instrumento de la PESC, es incoherente que la primera, como plasmación operacional de la segunda, esté excluida del presupuesto común. El sistema actual es un disincentivo absoluto: los Estados que contribuyen tropas son además los que cubren prácticamente todos los gastos —salvo un escaso 10% de los costes adicionales definidos como «comunes», uno por uno y por unanimidad del Consejo, en virtud del Mecanismo Athena—.

Es necesario avanzar hacia la financiación común. Además de la reforma del citado mecanismo, si entra en vigor el Tratado de Lisboa una de las posibilidades interinas sería la puesta en marcha, a propuesta del Alto Representante, del fondo inicial previsto en el art. 41.3 TUE, previsto únicamente para actividades preparatorias. Una meta alcanzable sería la creación de un Fondo Europeo para misiones PESD.

- Una estructura adecuada y permanente para el planeamiento de operaciones PESD. El actual sistema fragmentado de mando y control ha sido criticado desde diversos sectores, entre otras razones, por la división entre planeamiento civil y militar (cuando la Estrategia insiste en las virtudes de la visión integrada de gestión de crisis); los problemas de todo tipo que genera acudir, caso por caso, a un cuartel de operaciones nacional o de la OTAN, en el marco de los Acuerdos Berlín Plus, etc. Una de las propuestas hoy es la creación de un Cuartel Integrado de Operaciones de la Unión (EU-OHQ), para las misiones civiles y militares. Sería por tanto distinto a la iniciativa de algunos Estados miembros, de Tervuren, en 2003, para una cuartel

- general puramente militar que tantos reparos suscitó en plena crisis por la guerra de Irak.
- En el plano de las capacidades, el acuerdo que se va generando entre los Estados miembros es la necesidad de avanzar, en el marco de la Agencia y su Plan de Desarrollo de Capacidades, a través de la puesta en común (*pooling*), la especialización, la adquisición conjunta de equipamientos, mayores inversiones en tecnología, reducción de costes de personal, etc.<sup>39</sup>. Ello permitiría ahorrar en costes, evitar duplicidades, y en general tener las capacidades necesarias para cumplir los objetivos de la PESD (en vez de tener miles de tanques inutilizables y equipamientos incompatibles, pero no tener transporte estratégico ni suficientes helicópteros, etc.). Como subraya la Agencia, no es tanto un tema de números (e.d., de número de tropas o *boots on the ground*), sino de las capacidades necesarias para lograr un efecto militar, junto con el dominio de la inteligencia y tecnología. Paralelamente, como acordó el Consejo Europeo del pasado diciembre, la creación de un mercado de defensa común y de una sólida Base Industrial y Tecnológica de la Defensa Europea es una «necesidad estratégica y económica».
  - Igualmente, crear un cuerpo de reservistas civiles para las misiones PESD de esta naturaleza, que permita superar los problemas con que hoy se encuentran (para cubrir plazas de expertos, lentitud de los trámites nacionales, etc.).

Para adoptar e implementar decisiones en las áreas señaladas, otras que puedan surgir, y como corolario lógico a una Política Común de Seguridad y Defensa de que habla Lisboa, sigue siendo necesaria tratar la creación de un Consejo en formato de Ministros de Defensa, además de las actuales reuniones del Comité Director de la AED y de la sesión conjunta con Ministros de Asuntos Exteriores.

## 7.2. Opciones para determinados grupos de Estados pioneros

Algunas de estas propuestas son, cierto, más fáciles de ir poniendo en marcha en el futuro inmediato que otras. Entretanto, nada empece a que determinados grupos de *Estados pioneros* decidan avanzar más rápido en el marco institucional actual (básicamente, el Tratado de Niza y la concertación en el

---

<sup>39</sup> Ver la Declaración del Consejo Europeo sobre el Refuerzo de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), anexa a las Conclusiones de la Presidencia (12 de diciembre de 2008), así como la Declaración sobre el Refuerzo de Capacidades.



seno de la AED), sin esperar a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —y, por lo tanto, dé la posibilidad de establecer una Cooperación Estructurada Permanente (CEP) o una Cooperación reforzada «en el marco de la política exterior y de seguridad común», novedades que introduce dicho Tratado<sup>40</sup>—.

Así, distintos grupos de Estados podrían acordar entre ellos el establecimiento de proyectos concretos de cooperación, bajo la guía de la AED y su Junta Directiva, en base a criterios más restrictivos, p.ej., en materia de inversiones en equipamiento, en R&T, capacidades de despliegue y sostenibilidad de fuerzas, cooperaciones en las capacidades clave identificadas por la AED —como transporte aéreo estratégico, etc.—. Una de las lecciones de la Presidencia francesa de la Unión es que es más factible ir avanzando a base de proyectos concretos, en esta especie de «*CEP caso por caso*».

De hecho, estos criterios permitirían sentar las bases para el posterior establecimiento de la Cooperación Estructurada Permanente prevista en Lisboa<sup>41</sup>, para aquellos Estados «que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes». Como dice N. Witney, de estos *diversos grupos* especializados podrá derivarse *el grupo único* previsto por Lisboa<sup>42</sup>, en base a los que contribuyan más en más aspectos de la Defensa Europea. La legitimidad de este «grupo núcleo» por tanto no vendrá predeterminada (en base, por ejemplo, a los denominados *Big Six* —Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España y Polonia), sino dependerá de los compromisos futuros (y, por tanto, de esfuerzos) con la PESD—. Ello permitirá solventar parte de la división política ante un grupo elitista, a la par que avanzar de forma objetiva en defensa y en el marco institucional de la Unión.

Estos grupos pioneros<sup>43</sup>, así como la continuidad en los programas de capacidades lanzados por la Presidencia Francesa, serían una forma de concertación necesaria para el establecimiento de la Cooperación Estructurada Permanente —cuyo impulso, en gran medida español, fue frenado por el no irlandés al Tratado de Lisboa—. Por otro lado, existe también acuerdo —y voluntad en algunos Ministerios de Defensa europeos— en que los crite-

---

<sup>40</sup> Para un análisis legal e institucional de estos mecanismos de integración diferenciada, ver M. URREA CORRES, «Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», en *Cuadernos Europeos de Deusto* n.º 39/2008.

<sup>41</sup> Art. 46 TUE y Protocolo sobre la Cooperación Estructurada Permanente.

<sup>42</sup> N. WITNEY, «Re-energising Europe's Security and Defence Policy», *supra* nota 36.

<sup>43</sup> La idea de avanzar por grupos pioneros está implícita en otras previsiones del TUE; p.ej., el art. 44, que permite al Consejo encomendar «la realización de una misión a un grupo de Estados que lo deseen y posean las capacidades necesarias», el art. 45.2, que habla de la formación en el seno de la AED de «grupos específicos» para cooperar en proyectos conjuntos, etc.

rios del Protocolo son en cualquier caso una referencia útil para la puesta en marcha de estas distintas formas de cooperación, incluso si la incertidumbre institucional se prolonga en 2010 por los votantes irlandeses —o la crisis interna entre los poderes checos—.

Además de la CEP, sobre la mesa de algunas capitales europeas está también la posibilidad, excluida en Niza, pero permitida por Lisboa, de una cooperación reforzada en este ámbito, conforme al Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Es cierto que prevé para su establecimiento requisitos más exigentes que la CEP (como un número mínimo de Estados miembros<sup>44</sup> o la unanimidad<sup>45</sup>, entre otros). Sin embargo, a diferencia de aquella, no tiene por qué estar limitada al ámbito del desarrollo de capacidades, por lo que los Estados interesados podrían definir un alcance más amplio de la misma, dando cabida institucional a las opciones de *vanguardia política* en la defensa europea. Por supuesto, opciones más exigentes en cuanto a criterios y compromisos, pero que permitan la futura incorporación de otros Estados. De nuevo y en general, el dilema reside en cómo garantizar la inclusividad, que exigen los Tratados, sin diluir las mayores ambiciones que por definición implica participar en grupos pioneros.

Indudablemente, podrán presentarse problemas de interpretación legales a la hora de tomar las decisiones necesarias (¿es realmente el último recurso para acordar los objetivos de la Unión? ¿es coherente con la PESC y las demás políticas de la Unión?, etc.). Pero la Unión necesita este debate político —además de mayor liderazgo y habilidad diplomática—. Si una masa crítica de Estados decidiera iniciar el procedimiento para la consecución más rápida de la Defensa Europea (que es tanto un «objetivo» como un «interés» de la Unión, conforme a los Tratados), sería contraproducente el bloqueo de la decisión en el Consejo, pues no es del todo descartable que algunos Estados rechazaran en lo sucesivo la vía institucional para avanzar *de facto* por su cuenta. El papel del Alto Representante en estas negociaciones políticas no puede ser más relevante —ni más difícil, vistas las diversas obligaciones que le impondrá el nuevo marco institucional—.

## 8. Conclusión

Este artículo ha procurado reflexionar sobre algunas de las grandes cuestiones estratégicas que la Unión Europea debe tratar urgentemente, en un contexto global incierto como el que presenta la segunda década del si-

---

<sup>44</sup> Nueve, según el art. 20.2 TUE.

<sup>45</sup> Art. 329.2 TFUE.

glo XXI, y que determinarán su capacidad efectiva de ser un actor global. La evolución de la PESD hacia una Defensa Europea autónoma debe ser la consecuencia necesaria de este replanteamiento general, pasando página de algunos dilemas (como la disyuntiva OTAN-PESD o divisiones entre *hard power* y *soft power*), superados por la realidad de los hechos. Entre otras cosas, Europa debe dotarse de un Libro Blanco Europeo de la Defensa, que plasme las aspiraciones de la Estrategia Europea de Seguridad y el Informe sobre su Implementación, en el plano de la seguridad y defensa modernas.

En el marco de esta refundación de la Defensa Europea (que es en el fondo una cuestión política), los Estados miembros podrían aplicar de las diversas propuestas presentadas para que la UE avanza en su conjunto y, dentro de ella, determinados grupos de Estados pioneros. Muchas de estas opciones son factibles en el marco institucional actual, aunque se verían reforzadas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Como dice el reciente Informe sobre la Implementación de la Estrategia, la Unión Europea tiene hoy mayores responsabilidades que en ningún otro momento de su historia, ante una globalización que está acelerando cambios de poder y está mostrando diferencias en valores. Ello *no quiere decir que la Unión deba convertirse en un poder militar como tal*; por el contrario, la posibilidad de recurrir a distintos instrumentos para la gestión de crisis es una de sus virtudes. Pero sí quiere decir que debe dotarse de una capacidad real para asumir su propia defensa, que, como recuerda la Estrategia, comienza en el exterior, en terrenos distantes. Y en esta tarea, es fundamental que los responsables políticos involucren a la opinión pública.

Es difícil ser optimista en este campo. Algunas perspectivas en efecto no son muy alentadoras, como el Informe «Global Trends 2025», elaborado por las agencias de inteligencia norteamericanas, en el que, bajo el significativo título «Perdiendo Influencia en 2025», se describe a la Unión como un gigante «jorobado», distraído por disputas internas, y en gran medida incapaz de ejercer una influencia global. Poco diferente al gigante económico (aunque entonces lo será menos), enano político y pigmeo militar del que hablaba cierto diplomático francés.

Quizá, no obstante y como otros informes de inteligencia, no esté en lo cierto y, en palabras del mencionado Informe sobre la Implementación de la EES, la Unión terminará afrontando debidamente los grandes desafíos que tiene ante sí.



# Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea

David Ordóñez Solís\*

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

**Sumario:** I. Introducción.—II. Los presupuestos constitutivos de la Unión Europea antes del Tratado de Lisboa. 1. La esencia de la «constitución europea» hasta el Tratado de Lisboa: el mercado, la moneda y el ciudadano de la Unión. 2. El sustrato ideológico-político de la construcción europea hasta el Tratado de Lisboa: la Unión con vocación federal y el equilibrio institucional. a) Los niveles de gobierno en la Unión Europea y el federalismo. b) El sistema institucional europeo: equilibrio institucional y legitimidad democrática. 3. Las bases jurídico-constitucionales de la construcción europea en la jurisprudencia comunitaria hasta el Tratado de Lisboa. a) El efecto directo, la primacía y la responsabilidad en la aplicación del Derecho de la Unión Europea. b) La ponderación de las libertades económicas fundamentales y de los derechos humanos.—III. La reforma de la Unión Europea y el procedimiento de revisión en el Tratado de Lisboa. 1. Los elementos clásicos del procedimiento de reforma constitucional en Europa: la revisión intergubernamental de los Tratados constitutivos. 2. Los intentos de corregir el intergubernamentalismo en la revisión de la Unión Europea: el Tratado constitucional europeo y el Tratado de Lisboa. 3. El nuevo procedimiento de reforma constitucional después del Tratado de Lisboa.—IV. El alcance de la revisión constitucional europea en el Tratado de Lisboa. 1. Lo que se perdió del Tratado constitucional de 2004: las cesiones de los amigos de la Constitución. a) La renuncia a la «constitucionalización» de la integración europea. b) La pérdida de simplicidad, de claridad y de precisión. 2. Lo que se «mejoró» con el Tratado de Lisboa para la satisfacción a los referendos negativos de Francia y de los Países Bajos. a) ¿Menos competencia de mercado y más democracia en el Tratado de Lisboa? b) ¿Nuevas competencias en el Tratado de Lisboa: cambio climático e interconexión de redes energéticas? 3. Lo que se «rebajó» con el Tratado de Lisboa por exigencias del Reino Unido y de Polonia. a) Las

---

\* Este artículo constituye la base de la ponencia que pronuncié en Bilbao el 24 de noviembre de 2008 en el seminario internacional, *La UE ante la reforma de sus textos fundacionales: análisis y valoración del Tratado de Lisboa*, organizado por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto; agradezco a su Directora, Beatriz Pérez de las Heras, y a los demás profesores y miembros del Instituto la invitación y la cálida acogida.

objeciones «británica» y «polaca» a la protección judicial de los derechos fundamentales. b) La excepcionalidad británica del espacio de libertad, seguridad y justicia. c) Las limitaciones a la mayoría cualificada exigidas por Polonia.—V. Conclusión.

---

**Resumen:** El Tratado de Lisboa de 2007 constituye una nueva etapa de la construcción europea, tiene como referencia el malogrado Tratado constitucional de 2004 y se apoya en los fundamentos de la Unión Europea: el mercado, la moneda única y la ciudadanía. Las reformas adoptadas en Lisboa se asientan en una determinada concepción política de la integración europea, en un peculiar reparto horizontal y vertical del poder, probablemente de carácter federal, y en los caracteres supranacionales atribuidos por el Tribunal de Justicia al Derecho comunitario. Después de analizar el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos, se rinde cuenta de lo que en Lisboa se salvó del naufragio de la Constitución europea poniendo de manifiesto, en primer lugar, las renunciaciones de los «amigos de la Constitución» a la constitucionalización, a los símbolos europeos y a la simplificación de los Tratados; valorando, en segundo lugar, las pequeñas mejoras introducidas en materia de legitimidad democrática y de ampliación de competencias en materia de cambio climático y de redes energéticas; y en fin, lamentando las rebajas impuestas por el Reino Unido y Polonia en cuanto se refiere al desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, y a la aplicación de determinados derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

**Palabras clave:** Integración europea; Unión Europea; Constitución; Tratado de Lisboa; reforma institucional; revisión constitucional; Tratado CE; Tratado UE.

**Abstract:** *The Treaty of Lisbon (2007) constitutes a new stage of the European construction; it has the failed Constitutional Treaty (2004) as a reference and is based on the grounds of the European Union: the market, a single currency and citizens. The decisions taken in Lisbon are based on a certain political conception of the European integration, on a particular horizontal and vertical distribution of powers, probably with a federal character, and on the supranational characters conferred on the Community Law by the European Court of Justice. After analysing the revision procedure of the constituent Treaties, there is an explanation of what could be saved in Lisbon from the European Constitution failure. Firstly, this highlights the «Constitution's friends'» waivers of constitutionalization, European symbols and the Treaties simplification. Secondly, it values the small improvements introduced with regard to democratic legitimacy and more powers as regards climate change and energy networks. Finally, it regrets the reductions enforced by the United Kingdom and Poland regarding the development of the space of freedom, security and justice, and also the implementation of certain rights of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.*

**Keywords:** *European integration, European Union, Constitution, Treaty of Lisbon, Institutional reform, Constitutional revision, Treaty establishing the European Community, Treaty on European Union.*

---

## I. Introducción

A medida que es más visible el progreso en la sociedad europea o incluso mundial, paradójicamente más cerca nos encontramos de revivir una nueva Edad Media: no el Medioevo que tan oscuro y tenebroso se ha descrito hasta hace poco, sino el abierto y el cosmopolita donde se viajaba de un extremo a otro de Europa en el marco de una gran república cristiana, por más que ahora la religión común y laica que una a los europeos sea la de los derechos humanos; con una *lingua franca* donde en nuestros días el inglés hace las veces del latín; cuando la *lex mercatoria* la imponen los intereses económicos no tanto de los reinos sino de los comerciantes e incluso de los consumidores; y donde los movimientos de personas, turistas y trabajadores migrantes, rememoran la fe en el consumo y las penalidades de los antiguos peregrinos. Parece que ha tenido que pasar Europa por el Renacimiento y la Reforma en el siglo XVI, la Contrarreforma y el Barroco del Seiscientos, el Siglo de las luces y la Revolución burguesa en Francia durante el siglo XVIII, los movimientos obreros del XIX y las Guerras Mundiales del convulso siglo XX, para ensayar a mediados del pasado siglo un nuevo modelo de sociedad europea que se erige como «la innovación política más reseñable en las relaciones internacionales desde la invención del Estado-Nación»<sup>1</sup>.

El último peregrinaje en busca de la esencia política del Viejo Mundo se inicia en La Haya en 1948 y pasa por París en 1951, Roma en 1957, Maastricht en 1992, en Ámsterdam en 1997 y en Niza en 2001; con la vuelta a Roma en 2004 y recalca, por último, en Lisboa en diciembre de 2007. El primer impulso del Congreso de La Haya fue especialmente ambicioso y constituyó el embrión de lo que hoy es Europa: el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas. El segundo y más duradero logro se consiguió a partir de los Tratados comunitarios de París y de Roma que encarnaron la recuperación económica y los intentos de construir no sólo un mercado pensado para los mercaderes sino también un espacio para los trabajadores, primero, y luego para los ciudadanos. La moneda única se utilizó en Maastricht como nueva divisa del éxito de la integración económica europea, pero no se olvidó la necesidad de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, no sólo para los ciudadanos de la Unión sino también para los nacionales de terceros países como se quiso en Ámsterdam. Parecería que la última etapa ya sólo consistiría en dar forma jurídica al invento europeo y extender la receta incluso más allá de los actuales 27 socios europeos; así se intentó con el Tratado constitucional, firmado en Roma el 29 de oc-

---

<sup>1</sup> Ulrich BECK, «Las raíces cosmopolitas de la democracia: el caso de la Unión Europea», *Sistema* n.º 208, 2008, p. 13.

tubre de 2004; y en lo que no deja de ser un trasunto de éste, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

Abordar la cuestión sobre los elementos constitutivos de la Unión Europea desde la perspectiva del Tratado de Lisboa requiere un enfoque interdisciplinar que combine, en la medida de mis posibilidades, aspectos históricos, políticos, económicos, jurídicos, etc. Pero mi objetivo siempre será de carácter eminentemente práctico con el fin de determinar qué significado tiene la constitucionalización de Europa, qué efectos prácticos produce, cuáles son los signos de este proceso histórico, por cuanto ha pretendido ser una inflexión en la historia de Europa; político, en tanto que afecta a nuestra vida diaria como ciudadanos; económico, en cuanto que es relevante para los operadores económicos, sean las empresas o los consumidores; o, en fin, jurídico porque modela de una manera decisiva nuestra convivencia.

Por esa razón propongo un examen del Tratado de Lisboa que tenga en cuenta tres aspectos: en primer lugar, el contexto constitucional en el que se adopta, es decir, qué se ha hecho antes del Tratado de Lisboa en la Unión Europea; con este examen pretendo recordar una serie de consideraciones históricas, políticas y jurídicas sobre la constitucionalización europea que, a pesar de ser bien conocidas por todos, resultan útiles para comprender el significado de la revisión de Lisboa; en segundo lugar, el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos seguido en Lisboa poniéndolo en relación con lo que se había hecho hasta ahora y refiriéndome también al procedimiento establecido para después de Lisboa; y, por último, el alcance sustantivo de la reforma constitucional adoptada en Lisboa en 2007 en relación con el malogrado Tratado constitucional de 2004 y con el fin de valorar lo que su entrada en vigor, acaso en 2009, podría suponer para Europa. Se trata, a mi juicio, de una historia en la que se han creado, como diría Jean Monnet, solidaridades de hecho, en la que se ha conseguido dar cuerpo a las ideas sobre Europa en un mercado, en una moneda, en un espacio; sorprendentemente, los pequeños fracasos derivan de la gran dificultad de adjetivar esta tarea sea comunitaria, sea federal sea constitucional; Europa ya tiene un nombre pero no se atreve a elegir el adjetivo que más le conviene. Pues bien, el Tratado de Lisboa es un intento de calificar y perfeccionar simultáneamente una integración europea ya encauzada.

## **II. Los presupuestos constitutivos de la Unión Europea antes del Tratado de Lisboa**

El proceso de constitucionalización de la integración europea no es una cuestión que sólo tenga una dimensión jurídica como pudiera pensarse a primera vista, sino que, en realidad, encubre un fenómeno histórico de gran



alcance como revelan los hitos históricos de la realización del mercado común (1952-1985), del mercado interior (1986-1992), de la moneda única (1993-1999), del espacio de libertad, seguridad y justicia (1999-2004), cuya coronación parecía que iba a ser el Tratado constitucional de 2004 o lo que queda del mismo, es decir, lo que se salvó en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

A tal efecto propongo explicar someramente qué significa esta constitucionalización de Europa desde un punto de vista histórico haciendo referencia a los hitos clave de la integración europea; pero también es necesario determinar desde la perspectiva ideológica qué significa constitucionalmente Europa en cuanto se refiere, de manera fundamental, a la estructura federal de la Unión y al equilibrio entre los poderes de las instituciones europeas. Por último, la misma elaboración del concepto jurídico de constitución corresponde al Tribunal de Justicia pero tiene un alcance tan simple como profundo en cuanto revela la naturaleza de la relación del Derecho de la Unión con los Derechos constitucionales de sus Estados miembros.

### 1. *La esencia de la «constitución europea» hasta el Tratado de Lisboa: el mercado, la moneda y el ciudadano de la Unión*

Al analizar la evolución constitucional de Europa en la segunda mitad del siglo XX pueden observarse tres hitos relevantes: la creación de un mercado común tal como se estableció en el Tratado de Roma, la adopción de una moneda única en los términos que resultan del Tratado de Maastricht y el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia tal como fue diseñado en Tratado de Ámsterdam. Ciertamente, el proceso no es lineal sino que se aprecia un solapamiento de estas etapas pues en el mercado común ya se había dejado sitio para que los nacionales comunitarios no fuesen meros factores de producción sino también ciudadanos; la moneda única no es más que el perfeccionamiento del mercado interior donde ya circulan libremente los capitales, y que se había adaptado en Maastricht al mismo tiempo que se daba paso al nuevo concepto de ciudadanía de la Unión.

Pero, quizás, la idea más importante es el efecto desbordante que tienen estos conceptos tan genéricos e incluso tan poco gratos ideológicamente, especialmente el mercado único y su corolario, la moneda única, y que, sin embargo, constituyen los fundamentos del espacio de libertad, seguridad y justicia, y de la propia Unión Europea<sup>2</sup>. Asimismo, debe constatarse que,

---

<sup>2</sup> Una visión menos optimista la aporta, por ejemplo, Gonzalo MAESTRO BUELGA, «Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.º 8, julio-diciembre de 2007,

por motivos bien distintos, el mercado es por ahora la única realización común a toda la Unión Europea, a la Europa de los 27, pues el euro sólo ha sido adoptado hasta 2008 por quince Estados miembros y el espacio de libertad, seguridad y justicia no integra con plenitud al Reino Unido, a Irlanda ni a Dinamarca.

La realización del mercado común europeo implicó una dimensión social y ha tenido efectos extraordinariamente beneficiosos en el mismo control del poder. Así lo refleja, como ejemplo del primer efecto, la expansión del principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras y su consolidación como derecho humano fundamental en la Unión Europea; pero también las distintas políticas comunitarias tienen por finalidad que el mercado común responda a las exigencias de cohesión económica y social, de protección medioambiental y de los consumidores, etc. Pero, por otra parte y como ejemplo del segundo efecto del mercado, lo podemos apreciar en la configuración de los principios de publicidad, objetividad y transparencia en la adjudicación de los contratos públicos.

En los primeros momentos de la construcción europea la realización del mercado común implicó la consagración, en los términos que resultaban de la redacción inicial del artículo 119 del Tratado CEE, de un derecho a la igualdad salarial de los trabajadores masculinos y femeninos. Los desarrollos legislativos mediante directivas y su aplicación jurisprudencial han supuesto la plena consolidación de un derecho fundamental de igualdad entre hombres y mujeres que ya es autónomo y que no requiere una fundamentación meramente económica. La aplicación de este principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos es sólo un ejemplo significativo de las políticas de cohesión económica y social, a través de un modesto presupuesto europeo pero que se preocupa por el equilibrio regional europeo y mediante la adopción de directivas europeas de aproximación de las legislaciones nacionales.

Asimismo, el efecto combinado de las libertades económicas comunitarias, la armonización de las legislaciones nacionales en materia de mercado interior y una expansiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia han permitido reforzar el control de los poderes públicos o de los poderes privados con privilegios públicos en materia de adjudicación de los contratos públicos; es un ámbito en el que está en juego una parte realmente importante del poder público que se mide en más del 15% del PIB de toda la Unión Europea. De este modo y en materia de contratación pública se so-

---

pp. 43-73, donde expone cómo «la atenuación de los contenidos universales en el futuro Tratado de la Unión y el peso determinante que, en el Tratado de funcionamiento de la Unión, tiene la dimensión económica, hace que la Constitución económica siga configurándose como el núcleo del constitucionalismo europeo».

mete a los poderes adjudicadores a reglas precisas que garantizan la publicidad, la objetividad, la transparencia y la no discriminación.

Sin embargo, esta dimensión «mercantil» de Europa es la que plantea mayores problemas de comprensión incluso para los propios defensores del proceso de integración europea que se lamentan de otros déficit que, desde luego, no son incompatibles o contradictorios respecto de las libertades económicas fundamentales<sup>3</sup>.

## 2. *El sustrato ideológico-político de la construcción europea hasta el Tratado de Lisboa: la Unión con vocación federal y el equilibrio institucional*

Resulta apasionante investigar cuáles son las raíces ideológicas de la construcción europea porque de este modo se pueden delinear sus rasgos más definidos<sup>4</sup>, sin embargo, sólo quisiera recordar dos aspectos controvertidos en el debate político europeo: por una parte, el vinculado al modelo organizativo de la Unión, sus Estados, sus Regiones, etc., que me permito centrar alrededor del «federalismo» en cuanto que puede considerarse como una mera técnica de organización social; y, por otra parte, la legitimidad democrática del reparto del poder entre las instituciones comunitarias europeas identificada principalmente con el reiterado debate sobre el déficit democrático de la integración europea.

No obstante y como es frecuente en este tipo de debates políticos, los términos utilizados no son neutros sino que están cargados de un valor especialmente peyorativo: de este modo si decimos que la construcción europea recuerda de manera muy aproximada la técnica federal no faltará quien nos acuse inmediatamente de pretender crear un super-Estado europeo que para éstos constituye la representación totalitaria de todos los males; si, al mismo tiempo, negamos que el Parlamento Europeo pueda tener en la Unión Europea un poder equivalente a los parlamentos nacionales, porque es distinto el

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, Ulrich BECK, «Las raíces cosmopolitas de la democracia: el caso de la Unión Europea», ob. cit., pp. 3-20, señala con más demagogia que argumentos: «La creación de un mercado europeo, una unión monetaria europea y un sistema jurídico europeo anula precisamente el ideal de subsidiariedad que legitimó este proyecto europeo al sentimiento nacional de los pueblos, desencadenando así una gran cantidad de reflejos defensivos nacionalistas. Bajo el estandarte de la “integración de mercado”, se ha desatado un proceso de modernización que socava las fronteras y los cimientos y que anula las premisas nacionales de democracia parlamentaria, el Estado del Bienestar y el compromiso de clase. Los neoliberales no comprenden la violenta historia del capitalismo» (p. 17).

<sup>4</sup> El estudio más completo y actualizado en español sobre los fundamentos ideológicos de la integración europea es el realizado por Nicolás MARISCAL, *Teorías políticas de la integración europea*, Tecnos, Madrid, 2003.

equilibrio de poderes en juego, será instantánea la acusación del déficit democrático de la construcción europea. En todo caso lo que para unos supone una experiencia política remarcable y adecuada, para otros viene cargada de los peores males para la sociedad que puedan imaginarse.

#### a) LOS NIVELES DE GOBIERNO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL FEDERALISMO

Las Comunidades Europeas surgen como tres organizaciones internacionales clásicas pero que desde el primer momento, como revela la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), ofrecen rasgos innovadores que se traducen en los Tratados de Roma en la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) con elementos bien definidos de una integración supranacional. De hecho, en los años 60 los desencuentros entre el presidente de Gaulle con el Consejo y con la Comisión —la crisis de la «silla vacía» fue un primer pulso a la adopción por mayoría cualificada de las decisiones del Consejo y la falta de sintonía del jefe de Estado francés con el presidente de la Comisión Europea Walter Hallstein, manifestada en las reticencias del general frente a un fortalecimiento inaceptable de un mero órgano burocrático europeo que debía estar al servicio de los Gobiernos estatales— no son más que un adelanto de las batallas ideológicas en los 80 entre la primera ministra británica, Margaret Thatcher, y el presidente de la Comisión, Jacques Delors; continuadas, ciertamente en los 90 y más recientemente pero con menos brillo, por sus sucesores.

La crisis económica de los años 70 supuso un parón en la integración europea y despertó especiales suspicacias de los Estados miembros; sin embargo, la elección por sufragio universal del Parlamento Europeo a partir de 1979, la adhesión de los tres países mediterráneos, Grecia (1981), España (1986) y Portugal (1986), y la presidencia de la Comisión Europea en manos de Jacques Delors permitieron una refundación del mercado común (1985-1992) a partir del Acta Única (1986) y se alcanzó el punto culminante, pero con una Unión dividida a partir de Maastricht, al adoptarse la moneda única (1993-1999). La necesidad de contar con nuevas bases constitucionales para adoptar la moneda única propició que se resguardara a las Comunidades Europeas bajo el paraguas de la Unión Europea en el Tratado de Maastricht. Y es en este tratado constitutivo donde se plasmaron algunos elementos que reflejan la evolución de la integración europea: los poderes regionales empiezan a hacerse oír (Comité de las Regiones), la ciudadanía de la Unión supondrá el impulso definitivo del espacio de libertad, seguridad y justicia; la mayor participación del Parlamento Europeo cristaliza en el procedimiento de adopción de decisiones, etc. Asimismo, la ampliación de las Comunidades Europeas, primero de

los 6 Estados fundadores hasta doblar el número en los años 80 y su crecimiento a 15 en 1995 hasta alcanzar en 2007 los 27 Estados miembros, aumentó la complejidad de las relaciones entre las Comunidades Europeas y sus Estados; y también en algunos de estos socios era visible la emergencia de nuevos poderes regionales frente al protagonismo del Estado, es decir, ya la integración supranacional y la descentralización territorial era una tarea inaplazable ya no sólo en los países fundadores como Alemania, Bélgica o Italia, sino también en los nuevos socios como Reino Unido, España o Austria<sup>5</sup>.

El federalismo es una mera técnica de organización social y, en este sentido, en Maastricht en 1991 el proyecto de Tratado de Unión Europea había incluido un artículo en el que se aludía a la Unión Europea «con vocación federal». Sin embargo, el debate sobre el «federalismo», especialmente en el Reino Unido, fue uno de los elementos que más rechazo produjo en la opinión pública británica lo que determinó que, finalmente, se suprimiese esta referencia. Asimismo, en el proyecto de Tratado constitucional de 2003 se intentó incluir el adjetivo «federal» para referirse al ejercicio de las competencias atribuidas lo que finalmente se sustituyó por el adjetivo «comunitario» en el artículo I-1 del Tratado constitucional de 2004<sup>6</sup>. El Tratado de Maastricht consagró un principio de subsidiariedad que trataba de resolver las relaciones entre los distintos niveles de gobierno: el europeo, los nacionales, los regionales, etc. En cada uno de estos niveles la subsidiariedad era interpretada interesadamente con lo que se difuminó su potencialidad como elemento para asegurar la intervención del nivel de gobierno más apropiado en cada caso concreto.

Al tiempo que se reafirmaba la necesidad de aplicar el principio de subsidiariedad, cada vez era más necesario reforzar el viejo principio de la propia integración europea, de cohesión entre los Estados miembros y con las instituciones europeas y con la misma raigambre federal: el principio de cooperación, de buena fe o de lealtad federal, en los términos ya consagrados

---

<sup>5</sup> Un ejemplo muy significativo de lo que significa la aplicación del Derecho de la Unión Europea lo constituye la gestión de la política agrícola por los Estados miembros y, en particular, la canalización de las ayudas de los fondos agrarios; así, por ejemplo, en 2006 el número de los organismos pagadores del FEOGA-Garantía ascendía a 98 autoridades nacionales; por ejemplo, en España un organismo estatal y 17 autonómicos (*Informe Anual del Tribunal de Cuentas sobre la ejecución presupuestaria relativo al ejercicio 2006, acompañado de las respuestas de las instituciones*, DOUE n.º C 273, de 15 de noviembre de 2007, pp. 80-81).

<sup>6</sup> Sean VAN RAEPENBUSCH, «La réforme institutionnelle du Traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne», *Cahiers de droit européen* n.º 5-6, 2007, p. 579, explica que el cambio de «federal» por «comunitario» lo exigió el Reino Unido apoyado por un importante número de representantes de los países escandinavos y de los futuros Estados miembros.

por el Tratado CE<sup>7</sup> y que, de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, reconociera el Tratado de la Unión Europea<sup>8</sup>.

## b) EL SISTEMA INSTITUCIONAL EUROPEO: EQUILIBRIO INSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

El Tribunal de Justicia tuvo que resolver desde bien pronto las querellas de las instituciones europeas y hubo de conjurar el riesgo de recurrir a los sistemas políticos nacionales para trasladarlos al sistema institucional comunitario. Por ello, el Tribunal comunitario consagró desde un primer momento el denominado «equilibrio institucional» consistente simplemente en que cada una de las instituciones ejerza sus competencias sin invadir las de las demás. De este modo y después de cada revisión constitucional corresponde al Tribunal de Justicia constatar el equilibrio institucional resultante<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> El artículo 5.2 del vigente Tratado CE consagra el principio de subsidiariedad en estos términos: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». Asimismo, el artículo 10 del vigente Tratado CE dispone: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado».

<sup>8</sup> En la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, después de la reforma de Lisboa, el artículo 5.3 enuncia el principio de subsidiariedad con este tenor: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo». Asimismo, el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la cooperación tendrá la siguiente redacción: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

<sup>9</sup> TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 de mayo de 2008, Parlamento / Consejo (anulación de la Directiva 2005/85/CE sobre refugiados) (C-133/06, *Rec.* p. I-, apartado 57). Esta doctrina la inició el Tribunal de Justicia con sus sentencias de 13 de junio de 1958, *Meroni &*

Así como no hay duda de la conveniencia de llevar a cabo en el sistema institucional europeo una apropiada separación de los poderes de decisión y de ejecución entre el Consejo, el Parlamento y la Comisión, el equilibrio institucional resultante no es y probablemente no deba ser una mera trasposición de los esquemas estatales.

En efecto, por una parte el poder legislativo ha estado siempre en manos del Consejo que poco a poco ha incorporado al Parlamento Europeo en la codecisión gracias a las batallas sucesivas del Acta Única, del Tratado de Maastricht, de Ámsterdam y de Niza, pero no hay duda de que es el Consejo el que tiene la última palabra en las decisiones importantes.

El déficit democrático en el sistema institucional europeo se entiende, por lo general, como la falta de una mayor participación de los representantes elegidos democráticamente — sean del Parlamento Europeo o de los Parlamentos nacionales — en el proceso de adopción de decisiones en beneficio de los representantes de los Gobiernos nacionales — tanto en el ámbito de la Unión por lo que se refiere al Consejo y al Consejo Europeo como en los ámbitos estatales por la intervención de los Gobiernos nacionales y regionales—. En este sentido se han criticado, con la buena intención de colmar el déficit democrático, distintos aspectos del sistema institucional comunitario que, a mi juicio, nada tienen que ver con la participación democrática de los ciudadanos<sup>10</sup>. En efecto, la legitimidad democrática procede no sólo del Parlamento Europeo sino también del Consejo Europeo y del Consejo. De hecho, la institución más importante en la Unión ha resultado ser la del Consejo Europeo que de un modo informal se ha erigido en el verdadero constituyente europeo y en el ámbito de negociación supremo donde se superan todos los obstáculos a las negociaciones llevadas a cabo en las instituciones europeas, sea en el propio Consejo, en el Parlamento e incluso en

---

Co., Industrie Metallurgiche, SPA / Alta Autoridad de la CECA (9/56 y 10/56, Rec. 1958, vol. IV, pp. 44 y 81-82, respectivamente), conforme a las cuales si bien cabe admitir algunos tipos de delegación en favor, por ejemplo, de la Comisión, por esta vía no se pueda alterar el equilibrio de poderes característico de la estructura institucional de la Comunidad que constituye una garantía fundamental para los particulares. A juicio del Tribunal comunitario «esta disposición [el artículo 3 del Tratado CECA] permite ver en el equilibrio de facultades, característico de la estructura institucional de la Comunidad, una garantía fundamental concedida por el Tratado, en particular a las empresas y asociaciones de empresas a las que se aplica» (*Rec. edic. esp.* 1954-1960, p. 123); en estos dos asuntos las referidas empresas italianas impugnaban sendas decisiones individuales de la Alta Autoridad que reclamaba el cobro de una contribución a la «Caja de compensación de chatarras importadas», entidad de Derecho privado, con sede en Bruselas y en cada uno de los Estados miembros, a la que se le había delegado por Decisión la función de compensación de chatarras importadas.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, Ulrich BECK, «Las raíces cosmopolitas de la democracia: el caso de la Unión Europea», *ob. cit.*, p. 8, señala: «El déficit democrático sigue siendo el talón de Aquiles del proyecto europeo».

la Comisión. Con el Tratado de Lisboa se ha intentado clarificar esta doble legitimidad democrática procedente de los ciudadanos y manifestada directamente a través del Parlamento Europeo y a través de los Estados miembros representados en el Consejo Europeo y en el Consejo<sup>11</sup>.

Del mismo modo y por lo que se refiere al poder ejecutivo en la Unión Europea, también existe una cierta confusión entre los poderes conferidos, por una parte al Consejo y a la Comisión, y, por otra parte, a los Estados miembros. Las Comunidades Europeas intentaron llevar a cabo en las dos o tres primeras décadas de la integración europea una ejecución centralizada puesta en manos de la Comisión y bajo la supervisión mediante el procedimiento de comitología de las distintas políticas comunitarias. Sin embargo, la ampliación de las Comunidades Europeas y las notables insuficiencias de la Comisión en materia de personal, así como la presión del Parlamento Europeo para participar en el procedimiento de comitología, han obligado a restringir tal método de ejecución centralizada incluso en políticas tan significativas como la política de la competencia. Por eso la regla general en materia de ejecución sea la de encomendarla a las Administraciones nacionales<sup>12</sup>.

### *3. Las bases jurídico-constitucionales de la construcción europea en la jurisprudencia comunitaria hasta el Tratado de Lisboa*

El Tribunal de Justicia ha sido uno de los factores más importantes de la integración europea hasta el punto de que los hitos de la jurisprudencia europea constituyen pasos irreversibles hacia una unión cada vez más estrecha y cada vez más perfecta de Europa. La tarea realizada por el Tribunal de Justicia en la constitucionalización de la Unión Europea ha sido extraordinaria en la medida en que la ha entendido como un procedimiento de crea-

---

<sup>11</sup> El artículo 10.2 de la versión consolidada del futuro Tratado de la Unión Europea dispone: «Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos».

<sup>12</sup> El artículo 291 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como resultará si entra en vigor el Tratado de Lisboa, resume esta evolución al señalar en el apartado 1: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión». Y a continuación en el apartado 2 del artículo 291 dispone: «Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo».



ción y de aplicación de todo el ordenamiento jurídico a partir de una norma jurídica suprema interpretada judicialmente.

La jurisprudencia comunitaria no se ha hecho de golpe, sino poco a poco; unas veces por delante y otras a remolque de los acontecimientos. Y en todos los casos, una vez asentada la *auctoritas* del Tribunal de Justicia, no ha dejado de recibir avisos de otros poderes judiciales nacionales reclamando su legitimidad a la hora de determinar quién es el guardián de las esencias constitucionales, quién tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales, de soberanía, etc.

#### a) EL EFECTO DIRECTO, LA PRIMACÍA Y LA RESPONSABILIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia, como cualquier tribunal que se precie, hubo de conferir fuerza al Derecho que decía y con el que resolvía los litigios. Como en muchos casos estas controversias se planteaban entre particulares o entre particulares y poderes públicos, el Tribunal de Justicia ha tenido que inclinarse por unos o por otros lo que, en muchos casos sin embargo, exigía que la solución a la que llegara judicialmente fuese efectiva, no una mera declaración de intenciones; o que la interpretación que proponía de acuerdo con el Derecho comunitario tuviese más fuerza que la que se inspiraba en los Derechos de los Estados miembros; o que, en fin y simplemente, esta solución no fuese una mera victoria pírrica y tuviese consecuencias, por ejemplo, desde el punto de vista económico.

Este es, a mi juicio, el origen del constitucionalismo europeo adoptado por el Tribunal de Justicia en la medida en que los conflictos que tenía que resolver eran reales y afectaban a los ciudadanos que querían una respuesta judicial; y la esencia de la solución que aportaba el Tribunal desde Luxemburgo radicaba en su efecto directo, es decir, en que lo resuelto de conformidad con el Derecho comunitario también tuviese vigor en los ámbitos nacionales; en su primacía, dado que la aplicación del Derecho comunitario no podía quedar supeditada a la aquiescencia previa de cada uno de los Derechos nacionales; o, en fin, en que en determinados supuestos la violación del Derecho comunitario implicase el derecho de indemnización de los particulares frente a las autoridades públicas incumplidoras de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

El reconocimiento del efecto directo propició que el Tribunal de Justicia se extendiese no sólo a determinadas disposiciones de los Tratados constitutivos o de los reglamentos sino también de las directivas o de los acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades Europeas. Pronto el Tribunal de Justicia recibió las críticas sobre la pretensión de extender más allá de lo acordado los efectos del Derecho europeo. En cambio, el propio

Tribunal de Justicia ha considerado hasta ahora que determinados acuerdos internacionales, como los de la Organización Mundial del Comercio, no tienen efecto directo ni las resoluciones del órgano de solución de controversias pueden ser invocadas por los particulares frente a las instituciones comunitarias ni, por lo general, generan responsabilidad por su incumplimiento<sup>13</sup>.

La primacía del Derecho comunitario también se reconoció en los primeros momentos de la integración europea y sólo poco a poco ha ido superando los obstáculos para su aplicación: la aplicación prioritaria del Derecho comunitario sobre las leyes e incluso sobre las constituciones nacionales<sup>14</sup>. En este caso, la contestación de los tribunales nacionales ha sido más fuerte aún que en relación con el efecto directo y resulta en estos momentos una cuestión, al menos por lo que se refiere al nivel constitucional, que no está claramente zanjada por los jueces nacionales<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Véase, por todas, la sentencia de 9 de septiembre de 2008, FIAMM y FIAMM Technologies/Consejo y otros (C-120/06 P y C-121/06 P, *Rec.* p. I-, apartados 111 y 112) conforme a la cual «Respecto a los acuerdos OMC más en concreto, es jurisprudencia reiterada que, teniendo en cuenta su naturaleza y su sistema, esos acuerdos no forman parte en principio de las normas respecto a las cuales el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias [...] Tan sólo en el supuesto de que la Comunidad tenga el propósito de cumplir una obligación particular asumida en el marco de la OMC o cuando el acto comunitario se remita expresamente a disposiciones precisas de los acuerdos OMC, corresponderá al Tribunal de Justicia controlar la legalidad del acto comunitario de que se trate en relación con las normas de la OMC...».

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de julio de 2007, Lucchini SpA (C-119/05, *Rec.* p. I-6199, apartado 61) se refiere a la reiterada jurisprudencia conforme a la cual «el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, *Rec.* p. 629, apartados 21 a 24; de 8 de marzo de 1979, Salumificio di Cornuda, 130/78, *Rec.* p. 867, apartados 23 a 27; y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, *Rec.* p. I-2433, apartados 19 a 21)».

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional español en pleno ha propuesto, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 4), relativa a la constitucionalidad del Tratado constitucional de 2004 con la Constitución española, la distinción entre «primacía del Derecho de la Unión» y «supremacía de la Constitución española» explicándola en estos términos: «La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado».

En cuanto al derecho a ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia de la violación del Derecho comunitario, sólo se desarrolló en una jurisprudencia de los años 90 a partir de la sentencia Francovich y esta doctrina constituye el corolario de la aplicación judicial del Derecho europeo. De este modo, el Tribunal de Justicia considera, por una parte, que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado»; y, por otra parte, el Tribunal comunitario sostiene que «los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños así causados [...] son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas [...] La apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación»<sup>16</sup>.

#### b) LA PONDERACIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los tuteos en la integración europea no son exclusivos de los Gobiernos nacionales, del Consejo, de la Comisión o del Parlamento Europeo, sino que también el Tribunal de Justicia ha tenido que rectificar su jurisprudencia relativa a los derechos humanos. En efecto, mientras que en un principio el Tribunal de Justicia parecía considerar que una integración meramente económica no tenía por qué atender cuestiones como las relativas a los derechos humanos, frente a la contestación de los Tribunales constitucionales alemán e italiano, recapacitó y se ha erigido desde 1974 en el abanderado de la protección de los derechos humanos, aunque sólo sea, como algunos maliciosamente han pretendido, con el fin de asegurar la primacía del Derecho de la Unión<sup>17</sup>.

En su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha partido de su consideración como principios generales del Derecho que deduce de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos Humanos tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Estrasburgo. La adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en Niza en diciembre de 2000 ha per-

---

<sup>16</sup> TJCE, sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani (C-261/95, *Rec.* p. I-4025, apartados 24 y 25).

<sup>17</sup> TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold / Comisión (4/73, *Rec.* p. 491); para más detalles remito a mi estudio «Cómo hacer cosas con casos. Derechos fundamentales, integración europea y jueces», *Revista Aranzadi Unión Europea*, marzo de 2007, pp. 25-40.

mitido que, poco a poco y sin dejar de tener en cuenta las tradiciones constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia acuda a una fuente de interpretación autónoma donde de un modo avanzado y omnicompreensivo se consagra un elenco completo de derechos fundamentales. Ahora bien, el Tribunal de Justicia se enfrenta a una *iusfundamentalización* del ordenamiento jurídico europeo hasta tal punto de que ya es frecuente que en todos los ámbitos de la integración europea, incluido el de las libertades económicas, se plantee la observancia de los derechos humanos fundamentales<sup>18</sup>.

En este estadio de integración europea se aprecia la necesidad de adoptar técnicas para superar la gran cuestión sobre quién tiene la última palabra: si los tribunales constitucionales nacionales o el tribunal constitucional europeo, el Tribunal de Justicia desde Luxemburgo; o, por qué no, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde Estrasburgo<sup>19</sup>.

En los asuntos El Kadi y Al Barakaat International Foundation se ha planteado este problema ante el Tribunal de Primera Instancia y luego ante el Tribunal de Justicia por lo que se refiere a la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mientras que el Tribunal de Primera Instancia se mostró deferente hacia el Derecho internacional general, tanto el abogado general en sus Conclusiones como el Tribunal de Justicia en su sentencia pusieron de manifiesto la falta de garantía de los derechos fundamentales cuestionados. Para el abogado general Póiares Maduro no hay duda alguna de la superioridad del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del Convenio Europeo y del Tribunal de Estrasburgo<sup>20</sup>. En cambio, el Tribunal de Justicia ha sido mucho más respetuoso

<sup>18</sup> TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien (C-244/06, Rec., p. I-)*.

<sup>19</sup> Sabino CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari, 2006; más recientemente, «La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n.º 3/2007, pp. 609-626; y así lo desarrollo en mi estudio *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global. Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

<sup>20</sup> Conclusiones del abogado general Miguel Póiares Maduro, de 16 de enero de 2008, *Kadi / Consejo y Comisión (C-402/05 P, apartado 37)*; y en los mismos términos en sus Conclusiones, de 23 de enero de 2008, *Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión (C-415/05 P, apartado 37)*. Concretamente el pasaje que me parece especialmente polémico es aquel donde el abogado general portugués explica: «Ciertamente es correcto afirmar que, a la hora de garantizar la observancia de los derechos fundamentales en la Comunidad, el Tribunal de Justicia se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, subsisten importantes diferencias entre ambos Tribunales. La misión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Contratantes en virtud del Convenio. Aunque la finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamen-

con la posición del Tribunal Europeo y sólo ha reafirmado su poder jurisdiccional reiterando: «la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, ya que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y este último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones». Declaración de principios que sustenta la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia conforme al cual: «con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido»<sup>21</sup>.

### III. La reforma de la Unión Europea y el procedimiento de revisión en el Tratado de Lisboa

La clave del proceso de constitucionalización europea, como por lo demás ocurre en los ámbitos constitucionales estatales, radica en el mismo procedimiento de revisión constitucional, en el procedimiento de reforma de los Tratados constitutivos. Después del Tratado de Niza se ensayó un procedimiento de reforma que, sin embargo, no acabó con el éxito que se esperaba del Tratado constitucional de 2004, dado que, como ha advertido Jacqué, la negociación del Tratado de Lisboa ha supuesto la necesidad

---

tales, está concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional. Confirma lo anterior el mecanismo del Convenio para garantizar su ejecución intergubernamental. En cambio, el Tratado CE ha instaurado un ordenamiento jurídico autónomo, que genera directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos. La misión del Tribunal de Justicia es actuar como tribunal constitucional del ordenamiento jurídico específico que constituye la Comunidad. Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia son únicos en cuanto a su competencia *ratione personae* y en cuanto a la relación de su respectivo sistema jurídico con el Derecho internacional público. Así pues, el Consejo, la Comisión y el Reino Unido pretenden establecer un paralelismo precisamente allí donde finaliza la analogía entre ambos Tribunales».

<sup>21</sup> TJCE (Gran Sala), sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I, apartados 281 y 326).

de volver al «método comunitario» después de haber fracasado el «método constitucional»<sup>22</sup>.

En estos momentos, las dos características más notables de los procedimientos de reforma de la Unión Europea están vinculadas al presidencialismo y a la celebración de los referendos nacionales. En cuanto al presidencialismo, el poder de revisión de los Tratados constitutivos se confiere al Consejo Europeo, de modo que los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 se erigen en los árbitros supremos del debate constitucional europeo; presidencialismo que tiene su origen precisamente en los distintos ámbitos estatales y que, por lo general, supone un empobrecimiento de la vida democrática y una postergación manifiesta de los Parlamentos, nacionales, regionales y europeo<sup>23</sup>. Y, por otra parte, paradójicamente los referendos nacionales constituyen en Europa el último escollo que deben superar los líderes europeos para revisar la Unión Europea, tal como lo atestiguan las experiencias negativas de Dinamarca (1992) respecto del Tratado de Maastricht; de Irlanda (2001) al ratificar el Tratado de Niza; de Francia (2005) y Holanda (2005) en relación con la Constitución europea; o nuevamente Irlanda (2008) respecto del Tratado de Lisboa. En los primeros dos supuestos el escollo del referéndum negativo hubo de superarse con cierto maquillaje del Tratado de Maastricht y un nuevo referéndum en Dinamarca (1993) y un segundo referéndum sobre el Tratado de Niza en Irlanda (2002). En cambio, los referendos francés y neerlandés de 2005 requirieron una estrategia también de camuflaje pero de más amplio alcance para convertir el Tratado constitucional en el Tratado de Lisboa, ya sin necesidad de repetir los referendos. Y, en fin, la negativa irlandesa al Tratado de Lisboa habrá de seguir alguno de los anteriores modelos, probablemente un segundo referéndum que deberá, obviamente, ser positivo.

---

<sup>22</sup> Jean-Paul JACQUÉ, «Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation)», ob. cit., p. 830. Mucho más crítico se muestra Agustín José MENÉNDEZ, «Esperando a la Constitución europea», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 72, septiembre-diciembre de 2004, pp. 87-118, señalaba: «Quizá ello exija concluir que la manera correcta de entender el Tratado constitucional sea negar simultáneamente su condición de constitución y tratado, y afirmar que se trata de un texto que presenta características de ambos».

<sup>23</sup> Araceli MANGAS MARTÍN, «Un Tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 30, mayo-agosto de 2008, pp. 335-348, se queja amargamente de que «el panorama de los dirigentes nacionales es desolador. A su mediocridad se une la falta de voluntad política y de "fe" en la importancia del proceso mismo de la integración, a diferencia de la generación de políticos de los años noventa (Mitterand, Kohl, González, Dehaene...) que expresaban un gran voluntad y ambición política para sus Estados y para Europa confiando sus propósitos en otra personalidad no menor a la de los dirigentes nacionales como era el Presidente Delors. La medianía de los dirigentes actuales es un fenómeno generacional del que sólo se salva el primer ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, y la Canciller Angela Merkel» (p. 346).

En todo caso, la combinación del presidencialismo y de los referendos nacionales seguirá, en mayor o menor medida, siendo la clave de los distintos procedimientos de revisión constitucional: el tradicional y de carácter intergubernamental utilizado hasta el Tratado de Niza; el innovador sistema de revisión ensayado con el Tratado constitucional de 2004 que, finalmente, fracasó; el expedito método adoptado en la negociación del Tratado de Lisboa de 2007 que por ahora ha encallado en las costas irlandesas; y, finalmente, las nuevas previsiones constitucionales sobre reforma de los Tratados constitutivos en el caso de que el Tratado de Lisboa pudiese llegar finalmente a puerto.

### 1. *Los elementos clásicos del procedimiento de reforma constitucional en Europa: la revisión intergubernamental de los Tratados constitutivos*

La constitución de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea y sus sucesivas reformas se han llevado a cabo mediante el sistema tradicional de las relaciones internacionales aunque con algunas peculiaridades de la integración supranacional: son los Gobiernos nacionales los que negocian los tratados constitutivos y el proceso interno para autorizar la ratificación pasa por los Parlamentos nacionales o incluso por un referéndum. No obstante, este método tradicional ha estado adaptado en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea de tal modo que la iniciativa de reforma se confiere a los Gobiernos nacionales o a la Comisión Europea; a continuación debe emitir, previo el informe del Parlamento Europeo y en su caso de la Comisión, un informe favorable el Consejo<sup>24</sup>.

Con este procedimiento se reformaron los Tratados comunitarios y es el mismo procedimiento que se ha seguido a partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea el 1 de noviembre de 1993<sup>25</sup>. Presenta,

---

<sup>24</sup> De acuerdo con el artículo 236 del Tratado CEE: «El Gobierno de cualquier Estado miembro o la Comisión podrá someter al Consejo proyectos encaminados a la revisión del presente Tratado. Si el Consejo, después de haber consultado a la Asamblea y, en su caso, a la Comisión, emitiera un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, a fin de adoptar de común acuerdo las enmiendas que deban introducirse en el presente Tratado. Las enmiendas entrarán en vigor tras haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

<sup>25</sup> El artículo 48 del Tratado de la Unión Europea introducido en Maastricht dispone: «El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las

básicamente, dos deficiencias: por una parte, la negociación en la Conferencia Intergubernamental impide un debate democrático apropiado; y, por otra parte, el innegable marchamo democrático de la ratificación mediante o previo referéndum ha provocado especiales contratiempos desde las negativa de Dinamarca respecto del Tratado de Maastricht y de Irlanda en relación con el de Niza y, desde luego, constituye una persistente amenaza el probable resultado negativo del que sería segundo referéndum británico sobre su pertenencia a la Unión Europea.

## 2. *Los intentos de corregir el intergubernamentalismo en la revisión de la Unión Europea: el Tratado constitucional europeo y el Tratado de Lisboa*

El Tratado de Lisboa constituye una reforma del Tratado de la Unión Europea y modifica el Tratado de la Comunidad Europea rebautizándolo como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>26</sup>. La gestación del Tratado de Lisboa se remonta al Tratado de Niza y, en realidad, es el intento de salvar lo más posible del Tratado constitucional. En este proceso desde Niza hasta Lisboa fueron dos los obstáculos que se intentaron superar: el presidencialismo, atenuándolo con una participación más amplia a través de la convención tal como ocurrió con el procedimiento de adopción de la Constitución europea; y los referendos, rebajando a los ojos de la opinión pública los cambios constitucionales para evitar nuevos referendos en Francia y en los Países Bajos, como ocurrió con el Tratado de Lisboa. En ambos casos la revisión constitucional continuó en manos del Consejo Europeo que tuvo la última palabra tanto en la adopción del Tratado constitucional de 2004 como en la firma del Tratado de Lisboa; y también, aun cuando sea a título simbólico, el pueblo irlandés parece haber parado momentáneamente y con su referéndum negativo la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

El Tratado de Niza, que como consecuencia de los contratiempos por los referendos irlandeses (el negativo de 7 de junio de 2001 y el positivo de 16 de octubre de 2002) entró en vigor el 1 de febrero de 2003, preveía el procedimiento que debía seguirse para la futura revisión de los Tratados

---

modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo. Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales».

<sup>26</sup> Ricardo ALONSO GARCÍA, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pp. 21-100.



constitutivos, tal como se recoge en la Declaración n.º 23 sobre el futuro de la Unión. Por un parte, alentaba expresamente a «un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea» y establecía un calendario muy preciso: «En 2001, las Presidencias sueca y belga, en colaboración con la Comisión y con la participación del Parlamento Europeo, favorecerán un amplio debate con todas las partes interesadas: los representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, los representantes de la sociedad civil, etc. Se asociará a este proceso a los Estados candidatos según modalidades por definir». Y, a continuación en Niza, se fija una fecha para convocar la Conferencia Intergubernamental en 2004: «La Conferencia acuerda que, una vez terminado este trabajo preparatorio, se convoque una nueva Conferencia de los 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».

Siguiendo este procedimiento y respetando el calendario, la Convención europea, presidida por Giscard d'Estaing, se constituyó en febrero de 2002, contó con 105 miembros y en junio y julio de 2003 presentó el proyecto de Tratado constitucional; la Conferencia Intergubernamental convocada en el otoño de 2003 culminó con la firma del nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en Roma el 29 de octubre de 2004<sup>27</sup>.

A pesar de haber mejorado el procedimiento de negociación y adopción del Tratado constitucional, los referendos negativos en Francia (29 de mayo de 2005) y los Países Bajos (1 de junio de 2005) obligaron a renegociar el Tratado constitucional y a rebajar, al menos ante la opinión pública, sus pretensiones<sup>28</sup>. De este modo, el Tratado de Lisboa surge de la necesidad de salir del atolladero en que se había sumido la integración europea como consecuencia de los referendos francés y neerlandés. La iniciativa partió de la presidencia alemana del Consejo en el primer semestre de 2007 y se materializó de una manera eficazísima en la presidencia portuguesa del segundo semestre de 2007 en una conferencia intergubernamental

---

<sup>27</sup> Véanse más detalles del proceso de negociación y adopción del Tratado constitucional en el estudio dirigido por Enoch ALBERTÍ ROVIRA y coordinado por Eduard ROIG MOLÉS, *El proyecto de nueva Constitución europea*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Aonòmics i Locals, Institut d'Estudis Autonòmics y Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>28</sup> Sobre el contexto de estos dos referendos negativos de 2005 remito al estudio de Jacques ZILLER, «La ratificación de los tratados europeos tras los referendos negativos: ¿Qué nos dicen el precedente danés y el precedente irlandés?», *Cuadernos de Derecho Público* n.º 24, enero-abril de 2005, pp. 133-142.

cuyo objetivo era, tal como lo ha denominado agudamente Jacqué, la «cuadratura del círculo que los negociadores debían realizar», que consistió en «dar satisfacción a Francia y a los Países Bajos sin enojar a los Estados que habían ratificado [el Tratado constitucional y autodenominados “amigos de la Constitución”] y encontrar las soluciones a las reivindicaciones nuevas de algunos Estados como fue el caso sobre todo de Polonia y del Reino Unido»<sup>29</sup>.

El mandato del Consejo Europeo del 21 y 22 de junio de 2007 resultaba absolutamente preciso y dejaba poco margen a la Conferencia Intergubernamental convocada el 23 de julio de 2007, ya bajo la presidencia portuguesa y que concluyó sus trabajos el 18 de octubre de 2007, lo que permitió la firma en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 del nuevo Tratado cuya ratificación se pretendía que fuese por vía parlamentaria, con la única excepción de Irlanda, y con la mayor rapidez posible, en el plazo de un año, para que entrase en vigor el 1 de enero de 2009. Es decir, el plan de ratificación del Tratado de Lisboa pretendía evitar los referendos nacionales; por eso, como señalaba Orberdorff, la habilidad política consistente en que el tratado «simplificado» se adoptase por vía parlamentaria era un procedimiento útil a corto plazo para superar un obstáculo en una crisis, pero no ha sido necesariamente el medio de reducir a largo plazo una fractura europea<sup>30</sup>. De hecho, el referéndum negativo celebrado en Irlanda el 12 de junio de 2008 pone nuevamente en tela de juicio el resultado del Tratado de Lisboa y el procedimiento seguido para su ratificación.

### 3. *El nuevo procedimiento de reforma constitucional después del Tratado de Lisboa*

De entrar en vigor el Tratado de Lisboa, la revisión de los Tratados constitutivos tendrá, en términos similares a lo que preveía el Tratado constitucional, varios procedimientos. En efecto, el Mandato de la Conferencia intergubernamental que alumbró el Tratado de Lisboa (CIG de 2007) preveía que se mantuviese lo acordado en la CIG de 2004, es decir, las previsiones del Tratado constitucional, pero con concesiones simbólicas tales como la adopción de un artículo sobre la retirada voluntaria de la Unión y la reagrupación de los tres procedimientos de revisión de los Tratados de-

---

<sup>29</sup> Jean-Paul JACQUÉ, «Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation)», *Revue du droit public* n.º 3, 2008, p. 825.

<sup>30</sup> Henri OBERDORFF, «Le Traité de Lisbonne: une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* n.º 3, 2008, p. 783.

biendo dejar claro que en el procedimiento ordinario los Tratados pueden revisarse para aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión<sup>31</sup>.

A tal efecto, el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, tal como ha sido modificado en Lisboa, establece tres procedimientos de revisión: uno ordinario y dos simplificados.

El procedimiento ordinario no tiene ningún tipo de límite y constituye una consagración del «método comunitario» dado que atribuye la iniciativa de revisión a los Estados, al Parlamento y a la Comisión; no obstante, el protagonismo de la revisión se encomienda al Consejo Europeo al que corresponde convocar una Convención que debe adoptar por consenso una recomendación dirigida a la Conferencia intergubernamental; en casos determinados cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique podrá decidirse por el Consejo Europeo con el acuerdo del Parlamento no convocar la Convención. Lo acordado por la Conferencia intergubernamental debe ser sometido a la ratificación de todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Para el caso de bloqueo en la ratificación y siempre que cuatro quintas partes de los Estados lo hayan ratificado, el Consejo Europeo examinará la cuestión.

Los procedimientos simplificados pueden ser de dos tipos: el primero se refiere únicamente a la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativa a las políticas y acciones internas de la Unión y el segundo está relacionado con el cambio de la unanimidad a la mayoría cualificada en la adopción de decisiones en el Consejo bien en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o en materia de política exterior y de seguridad común.

En el procedimiento simplificado para la revisión de las políticas y acciones internas de la Unión, y siempre que no aumente las competencias atribuidas a la Unión, la decisión se encomienda al Consejo Europeo que se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento y a la Comisión, y en su caso al Banco Central Europeo. Esta revisión se somete a la aprobación por los Estados miembros de conformidad con las respectivas normas constitucionales.

El procedimiento simplificado con el fin de cambiar de la unanimidad a la mayoría cualificada, con la excepción de las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa, así como para calificar como ordinarios los procedimientos legislativos especiales, se encomienda al Consejo Europeo. En este caso los Parlamentos nacionales gozan individualmente de derecho de veto. La revisión se adoptará por el Consejo Euro-

---

<sup>31</sup> Consejo de la Unión Europea, *Mandato de la CIG de 2007*, Bruselas, 26 de junio de 2007 (OR: en) 11218/07 POLGEN 74, apartado 16.

peo por unanimidad y con la aprobación previa por mayoría del Parlamento Europeo.

Sea como fuere y a falta de saber si finalmente el Tratado de Lisboa entrará en vigor, la futura revisión de los Tratados constitutivos ya la puso en marcha el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2007 constituyendo el denominado «Grupo de reflexión sobre el horizonte 2020-2030», compuesto por nueve personalidades europeas nombradas por el Consejo Europeo de Bruselas de octubre de 2008 y presidido por Felipe González, al que el Consejo Europeo le encarga: «determinar las cuestiones y las evoluciones fundamentales a las que tendrá que responder probablemente la Unión y a analizar de qué modo se les puede hacer frente. Cabe destacar a este respecto, en particular los siguientes aspectos: el fortalecimiento y la modernización del modelo europeo de éxito económico y responsabilidad social, la mejora de la competitividad de la UE, el Estado de derecho, el desarrollo sostenible como uno de los objetivos principales de la Unión Europea, la estabilidad mundial, las migraciones, la energía y la protección del clima así como la lucha contra la inseguridad mundial, la delincuencia internacional y el terrorismo. Debe prestarse particular atención a los modos de entrar mejor en contacto con los ciudadanos y responder a sus expectativas y necesidades»<sup>32</sup>.

#### IV. El alcance de la revisión constitucional europea en el Tratado de Lisboa

A la vista del estadio de integración europea alcanzado y teniendo en cuenta el contexto antes descrito, procede ahora realizar el balance de lo que supone el Tratado de Lisboa que inevitablemente supone una comparación con el Tratado constitucional de 2004: por una parte, lo que se perdió definitivamente con el naufragio de la Constitución europea y, por otra parte, lo que se logró salvar siempre y cuando el propio Tratado de Lisboa entre en vigor, para lo cual habrá de superarse imaginativamente el referéndum negativo de Irlanda<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Consejo Europeo, *Conclusiones de la Presidencia de 14 de diciembre de 2007*, Bruselas, 14 de febrero de 2008 (18.02) (OR. en) 16616/1/07 REV 1 CONCL 3.

<sup>33</sup> La metáfora del naufragio del Tratado constitucional y de lo que era preciso rescatar, es decir de la tarea realizada por el Tratado de Lisboa, ha sido utilizada por Araceli MANGAS MARTÍN, «El rescate del Tratado Constitucional: ¿qué y cómo se puede salvar?», *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), n.º 17, 12 de febrero de 2007 [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org); y siguiendo con el símil ha elaborado su estudio Enrique GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, «Lo que se salvó del naufragio de la Constitución europea: del Tratado constitucional de Roma de 2004 al Tratado de Lisboa en 2007», *Noticias de la Unión Europea*, 2009 (en prensa; agradezco al autor que me haya facilitado antes de su publicación una copia de su magnífico estudio).

Ciertamente, el balance que se haga del Tratado de Lisboa resulta muy personal y difícilmente puede ser exhaustivo. En este sentido y a título de ejemplo ha de tenerse en cuenta la valoración globalmente positiva, aunque no exenta de preocupaciones, del Parlamento Europeo<sup>34</sup> y de la mayoría de los comentaristas<sup>35</sup>. Ahora bien y dado que las consideraciones sólo pueden ser generales y no de detalle me parece muy significativo el método de Jacques cuando examina el Tratado de Lisboa en función de los objetivos mantenidos por los tres frentes de la negociación: por una parte, los «amigos de la Constitución» que ceden en algunas cuestiones propugnadas por el Tratado constitucional de 2004; por otra parte, las «compensaciones» a los negociadores más comprometidos, es decir, los franceses y neerlandeses que trataban de satisfacer la negativa de sendos referendos; y, por último, las exigencias particulares de los británicos y de un actor menos singular como Polonia<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Parlamento Europeo, *Informe sobre el Tratado de Lisboa*, A6-0013/2008, de 29.1.2008 (2007/2286 (INI)), Comisión de Asuntos Constitucionales, ponentes: Richard Corbett e Íñigo Méndez de Vigo; aprobado por el Parlamento Europeo el 20 de febrero de 2008 por 525 votos a favor, 115 en contra y 29 abstenciones. En un magnífico ensayo de síntesis, la Resolución del Parlamento Europeo agrupa bajo el epígrafe de «preocupaciones» las que pueden considerarse como rebajas o renunciaciones del Tratado de Lisboa con respecto al Tratado constitucional de 2004: «Es consciente de que mucha gente lamenta que, tras los resultados de los referendos en Francia y en los Países Bajos, para alcanzar un acuerdo entre los 27 Estados miembros, resultara necesario; —desistir del enfoque constitucional y de algunas de sus características, como la noción de una Unión basada en la voluntad de sus ciudadanos y Estados miembros, la de tener un texto nuevo, único y estructurado, una terminología más clara para designar los instrumentos legislativos, la consagración en el Tratado de la bandera y del himno y el nombre de “Ministro de Asuntos Exteriores” en lugar de Alto Representante; —aplazar la aplicación de importantes elementos del nuevo Tratado, como la entrada en vigor del nuevo sistema de votación en el Consejo (acompañada de algunas disposiciones especiales para el aplazamiento de los votos, conocido como el compromiso de Ioannina) y añadir mecanismos restrictivos como por ejemplo los “frenos de emergencia” al procedimiento legislativo ordinario aplicado en algunos ámbitos de competencia; —incorporar al Tratado medidas destinadas a responder a planteamientos específicos de algunos Estados miembros, como la ampliación de las normas relativas a la participación (“opt-in”) en la cooperación policial y el Derecho penal de dos Estados miembros, el Protocolo que limita las consecuencias de la Carta para el Derecho nacional de dos Estados miembros o el escaño suplementario concedido a un Estado miembro como excepción al principio de proporcionalidad decreciente; —modificar los términos de determinadas partes del Tratado, o de los protocolos y declaraciones adjuntas al mismo, lo que implica un matiz negativo injustificado que da una impresión de falta de confianza con respecto a la Unión y sus instituciones y, por ende, envía una mala señal a los ciudadanos» (apartado 6).

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, el balance de Gurutz JÁUREGUI y Juan Ignacio UGARTEMENDÍA, «Europa en el lecho de Procusto: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 79, septiembre-diciembre de 2007, pp. 105-124.

<sup>36</sup> Jean-Paul JACQUÉ, «Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d’une négociation)», ob. cit, pp. 825-830.

El Tratado de Lisboa puede entenderse como un intento por mantener los logros de lo conseguido con el Tratado constitucional pero, no obstante y en primer lugar, ha requerido renunciaciones de los amigos de la Constitución europea; al mismo tiempo y por otra parte, el Tratado de Lisboa ha supuesto alguna compensación, generalmente pequeños gestos destinados a aplacar a los votantes descontentos en Francia y en los Países Bajos y que básicamente se manifiesta en alguna mejora «democrática» o en la ampliación testimonial de las competencias de la Unión en materia de medio ambiente, con referencia expresa al cambio climático, y de energía, mencionando la interconexión de las redes. Y, en fin, como ya viene siendo habitual en las revisiones de los Tratados constitutivos, algunos representantes políticos, en particular los británicos y los polacos, han aprovechado la renegociación para abrir nuevos frentes de involución en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales o el espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>37</sup>. En definitiva, la negociación del Tratado de Lisboa ofrece la doble cara de las labores de construcción europea dado que, por una parte, es preciso contentar a todos en el debate supranacional en Bruselas, y, por otra parte, todos y cada uno de los líderes pretenden presentarse en sus respectivos países y ante su electorado nacional como ganadores de la pugna europea; el esfuerzo colectivo de todos se diluye al tener que presentarlo cada uno como victoria unilateral frente a los demás.

### *1. Lo que se perdió del Tratado constitucional de 2004: las cesiones de los amigos de la Constitución*

El Tratado de Constitución de 2004 representaba la culminación de un proceso de negociación y reforma tal como quedó fijado en el mismo Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, en vigor el 1 de febrero de 2003. Fue el propio Tratado de Niza el que fijó en su Declaración n.º 23 relativa al futuro de la Unión el objetivo de la siguiente reforma constitucional, de lo que luego sería el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que, con las rebajas que comentaré, constituye la razón de ser del Tratado de Lisboa.

Por una parte, en Niza ya se enuncian cuestiones horizontales que deben abordarse en la siguiente revisión o reforma de los Tratados constituti-

---

<sup>37</sup> Jean-Victor LOUIS, «Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007», *Cahiers de droit européen* n.º 5-6, 2007, pp. 567-568, destaca en particular los elementos nuevos del Tratado de Lisboa, unos positivos y otros netamente negativos; de los positivos en relación con el Tratado constitucional son raros y limitados; en cambio, los nuevos elementos negativos, son poco numerosos pero significativos.

vos; programa que ahora es preciso contrastar con lo conseguido en Lisboa y cuyo contenido preciso era el siguiente:.

- la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad;
- el Estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia;
- la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión, sin cambiar su significado;
- la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea.

Y, por otra parte, en Niza se indica que al tratar estas cuestiones se tenga presente, en particular, «la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros».

El Tratado constitucional de 2004 cumplió satisfactoriamente el programa de revisión del Tratado de Niza en la medida en que profundizó en la integración europea y simplificó de forma notoria los Tratados constitutivos; bien es verdad que el resultado seguía siendo formidable porque se trataba de una Constitución europea de 448 artículos, estructurados en cuatro partes, de las cuales la primera —60 artículos— y la cuarta —12 artículos— son el núcleo del Tratado de la Unión Europea, la segunda parte la constituía la Carta de los Derechos Fundamentales —54 artículos— y la tercera se refería a las políticas y el funcionamiento de la Unión —322 artículos—<sup>38</sup>.

El Tratado de Lisboa supone una modificación de los Tratados constitutivos que, en su versión consolidada, implica un Tratado de la Unión Europea de 55 artículos, lo que, si se me permite la comparación meramente cuantitativa, supone una rebaja de 17 artículos en relación con la Constitución europea; y un Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 358 artículos, es decir, en Lisboa se añadirían 36 artículos más de lo que era la tercera parte de la Constitución europea. Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales se incorpora por referencia en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. En definitiva y con la prevención con que debe tomarse el intento de valorar textos constitutivos en función del recuento de sus artículos, de la comparación resulta, por una parte, que el Tratado

---

<sup>38</sup> Por lo que se refiere al contenido del Tratado constitucional de 2004, remito, entre la importante bibliografía existente, al monográfico consagrado por el n.º 250, de noviembre de 2005, de *Noticias de la Unión Europea*.

constitucional tiene 448 artículos, mientras que el Tratado de Lisboa llega a 413 artículos, a los que habría que sumar los 54 artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales, es decir, 467 artículos, o sea, de entrar en vigor el Tratado de Lisboa los Tratados constitutivos tendrían 18 artículos más que si se hubiese mantenido el Tratado constitucional europeo de 2004<sup>39</sup>. Es decir, la primera impresión «numérica» sería que, salvo los arañazos en el casco y la parafernalia exterior del buque, se han logrado salvar casi todos los muebles del naufragio, aunque se hayan tenido que traspasar a los dos viejos buques, ciertamente remozados —el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea—, pero que han quedado aquejados de un manifiesto desorden que, por lo demás, tampoco había podido remediar totalmente el flamante navío que fue botado en Roma el 29 de octubre de 2004 y que, sin embargo, embarrancó irremediablemente en las costas francesa y neerlandesa.

#### a) LA RENUNCIA A LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Probablemente el signo formal más relevante de lo que se perdió en el Tratado de Lisboa en relación con el Tratado constitucional es el de la «desconstitucionalización» del nuevo Tratado que se presenta, simplemente, como modificador del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea.

Esta renuncia básica que caracteriza de manera sustancial al Tratado de Lisboa y que lo diferencia en relación con lo conseguido en la Constitución europea se confiesa abiertamente en el *Mandato* de la CIG de 2007 cuyo primer punto tiene el siguiente tenor: «Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. El Tratado de reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a las precisiones que figuran a continuación».

La rebaja sustancial consistente en desconstitucionalizar el proceso se completa con la eliminación de cualquier simbolismo que recuerde a las constituciones nacionales por lo que el *Mandato* prescribe en su apartado 3:

---

<sup>39</sup> Aun cuando sea excesivamente rudimentario el cálculo y, sobre todo, su significado jurídico sea muy impreciso, puede comprobarse al comparar la extensión del Tratado de Lisboa, que en su integridad representa 201 páginas del *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 306 de 17 diciembre 2007, mientras que los nuevos Tratados consolidados suponen 359 páginas del *Diario Oficial* n.º C 115 de 9 de mayo de 2008; en ambos casos habría que sumar las 35 páginas que ocupa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 publicada en el *Diario Oficial* n.º C 303 de 14 diciembre 2007.



«El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término “Constitución”, el “Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión” pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y se abandonarán las denominaciones “ley” y “ley marco”, al conservarse las de “reglamento” “directiva” y “decisión” actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa). En cuanto a la primacía del Derecho de la UE, la CIG adoptará una declaración en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE»<sup>40</sup>.

Con un claro mensaje a la opinión pública crítica con la integración europea, se trata de despojar los Tratados constitutivos de términos o símbolos que recuerden a las constituciones nacionales. Por lo que se refiere a los términos, se destierra de los Tratados constitutivos todo lo vinculado a la Constitución, sea el propio adjetivo constitucional u otros términos de la misma raigambre estatal como ley, ministro, etc. Y en cuanto a los símbolos se suprimen las inocentes consagraciones de la bandera, el himno, la divisa, la moneda o la festividad europea.

La eliminación de estos elementos altamente simbólicos conduce a una definitiva ilegibilidad de los Tratados constitutivos al abandonar el objetivo de simplicidad —más de un tratado constitutivo—, claridad —remisiones a textos esenciales fuera del articulado de los tratados constitutivos, por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión—; o precisión —complicando extremadamente determinados ámbitos sometidos en los propios Tratados constitutivos a cooperaciones reforzadas, etc.—.

De este modo, el Tratado de Lisboa intenta superar, como ya ocurrió cuando se negoció el Tratado de Maastricht, respecto de la configuración de una Unión con vocación federal que los británicos consiguieron suprimir en el Tratado de 1992, el temor a pronunciar palabras que tienen, por razones históricas, unas connotaciones al parecer comprometedoras: si en Maastricht fue el adjetivo «federal» («*the f-word*») en Lisboa le ha tocado el turno al adjetivo «constitucional»<sup>41</sup>. De hecho, se ha reproducido el mismo debate con dos términos aparentemente distintos; en este sentido y tal como ha apuntado Oberdorff, «la “desconstitucionalización” del tratado [de Lisboa] no es únicamente el rechazo de algunos símbolos sino que sig-

<sup>40</sup> Consejo de la Unión Europea, *Mandato de la CIG de 2007*, antes citado, apartados 1 y 3.

<sup>41</sup> Colette MAZZUCELLI, *The Road not Taken. Why the Dutch Referendum on Constitutional Treaty 'Made All the Difference' for Europe*, Working Paper 2005/W/08, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, 2005, p. 17, en [www.eipa.eu](http://www.eipa.eu) <consultado el 14 de noviembre de 2008>.

nifica también sea un cierto retroceso de la idea de una federación, sea la emergencia de una nueva concepción de la Unión»<sup>42</sup>. Así pues, en el Tratado de Lisboa ya no aparecen el término «federal» —como se intentó en Maastricht—, pero tampoco el término «comunitario» —tal como quería el Tratado constitucional—, ni, desde luego, el adjetivo «constitucional», la palabra nefanda para el vocabulario de los antieuropeístas.

En cambio, el Tratado de Lisboa ha logrado salvar otros tesoros esenciales del Tratado constitucional pero lo ha hecho de una manera pudorosa o incluso vergonzante; o mejor dicho, por emplear la expresión de Martín y Pérez de Nanclares, la tarea llevada a cabo ha consistido en «la desaparición de todo atisbo constitucional: de cómo hacer que no parezca lo que realmente es»<sup>43</sup>. Así ocurre con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que ya no se recoge en su integridad en el Tratado de la Unión Europea sino que en su artículo 6.1 se hace referencia a la misma tal como fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, como una versión adaptada en el Tratado constitucional de la Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000. Por si quedase alguna duda, la incorporación por remisión de la Carta al Tratado de la Unión Europea significa que tendrá «el mismo valor jurídico que los Tratados».

Ahora bien, la supresión de algunos elementos significativos del proceso de constitucionalización se ha visto atenuada en las Declaraciones adjuntas a los nuevos Tratados de la Unión y de Funcionamiento que suscriben todos los Estados o sólo algunos de ellos. Me refiero a dos ejemplos paradigmáticos: el de la primacía y el de los símbolos.

En el primer caso, es la Conferencia Intergubernamental la que se pronuncia en la Declaración n.º 17 aneja al Acta final del Tratado de Lisboa en estos términos: «con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Y, a continuación, se incorpora de manera incomprensible el texto del Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 donde se recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la primacía y se cita la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64), puntualizando «El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo

<sup>42</sup> Henri OBERDORFF, «Le Traité de Lisbonne: une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus», ob. cit., p. 776.

<sup>43</sup> José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estudio preliminar del Tratado de Lisboa*, [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007) <consultado el 10 de noviembre de 2008>.

alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

En cambio, la Declaración n.º 52 suscrita por los 16 de los 27 Estados miembros, con la significativa ausencia, por distintas razones, del Reino Unido, Francia, Países Bajos, Dinamarca o Polonia, relativa a los símbolos europeos, se expresa así: «Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia declaran que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del “Himno a la Alegría” de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, la divisa “Unidad en la diversidad”, el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta».

En suma, no puede considerarse que la pérdida de lo fletado con el Tratado constitucional haya sido esencial y debe considerarse, únicamente, que se trata de aspectos ya resueltos desde un punto de vista práctico, como pudiera ser la cuestión relativa a la primacía o incluso a los símbolos europeos, que, por lo demás, no dejan de ser aspiraciones futuras cuando madure el proyecto de integración europea.

#### b) LA PÉRDIDA DE SIMPLICIDAD, DE CLARIDAD Y DE PRECISIÓN

De manera casi consustancial al objetivo de dotar a Europa de una Constitución se pretendía que ésta fuese un texto sencillo, claro y preciso que, en definitiva, resultase inteligible para los ciudadanos que pudiesen comprenderla para estimarla más. Al adoptarse el Tratado constitucional se había conseguido simplificar y aclarar un poco, aun cuando siguiese siendo un texto extremadamente complejo y a pesar de que la propia Constitución europea tampoco previese la extinción del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y siguiese teniendo numerosísimos e indescifrables Protocolos y Declaraciones.

En el Tratado de Lisboa la complejidad no se ha podido conjurar ni siquiera en la medida en que se había logrado en el Tratado constitucional y sólo una consolidación de los textos revisados en Lisboa permite alcanzar, al menos en parte, el objetivo de simplificación y claridad; empañado, como también en el Tratado constitucional, con unos Protocolos y unas Declaraciones incluso más complejas. En este caso mantener la complejidad de los Tratados constitutivos ha sido también un procedimiento un tanto vergonzante para salvar la situación frente a un electorado enfrentado a sus líderes, especialmente en Francia, en los Países Bajos y, desde luego, en el Reino Unido.

La necesidad de superar el primer veto irlandés, probablemente con un nuevo referéndum pero necesariamente con una matización constitucional mediante la consabida decisión del Consejo Europeo y la correspondiente declaración del Estado díscolo a la disciplina de voto, como ya sucedió con anterioridad respecto de Dinamarca o de la propia Irlanda, complicará la comprensión de los textos constitutivos, aunque, en definitiva y en atención a sus efectos reales, no dejará de ser una mera concesión a la galería<sup>44</sup>.

## 2. *Lo que se «mejoró» con el Tratado de Lisboa para la satisfacción a los referendos negativos de Francia y de los Países Bajos*

El procedimiento seguido en la Unión Europea para superar un referéndum negativo real —como ocurrió en Dinamarca, Irlanda, Francia y Países Bajos— o potencialmente evidente —como parece ser el caso del Reino Unido— respecto de una reforma de los Tratados constitutivos se ha traducido en hacer concesiones específicas a favor del país donde ha surgido el escollo o donde se preveía la oposición más contundente. Así se explican los Protocolos a favor del Reino Unido y Dinamarca en relación con cuestiones como la política social o la unión económica y monetaria en Maastricht, el espacio de libertad, seguridad y justicia en Ámsterdam, etc., que no se lograron superar totalmente en el Tratado constitucional de 2004.

Por esa razón, los referendos negativos de Francia y de los Países Bajos supusieron una renegociación del Tratado constitucional que condujo no sólo a renunciaciones en algunos aspectos constitucionales sino también exigió satisfacciones expresas a favor de determinados países e incluso en determinados supuestos se pretendió un mayor impulso de la legitimidad democrática y aparentemente una ampliación o más bien una precisión respecto de nuevas competencias vinculadas al cambio climático o a la interconexión de las redes energéticas.

### a) ¿MENOS COMPETENCIA DE MERCADO Y MÁS DEMOCRACIA EN EL TRATADO DE LISBOA?

En el Tratado de Lisboa se ha intentado potenciar la legitimidad democrática pero también de soslayo se ha pretendido rebajar el objetivo del mercado común y de la libre competencia. En efecto, en la renegociación del

<sup>44</sup> Prácticamente en los mismos términos se pronuncian Jacques ZILLER, «La ratificación de los tratados europeos tras los referenda negativos: ¿Qué nos dicen el precedente danés y el precedente irlandés?», ob. cit., pp. 135-139; y Araceli MANGAS MARTÍN, «Un Tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo», ob. cit., p. 339.

Tratado de Lisboa se aprecian algunos riesgos de involución en el acervo comunitario que se manifiestan en el intento de socavar el concepto de libre competencia en el mercado interior. De manera complementaria pero con un signo bien distinto se procura fortalecer la cohesión económica y social.

La alerta procede de lo que se puede considerar una rebaja de la libre competencia consustancial al mercado común y pretendida por los representantes franceses. El artículo I-3 del Tratado constitucional se refería como objetivo de la Unión a «un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada»; en cambio, el artículo 3.3 de la versión dada en Lisboa al Tratado de la Unión Europea dice más abiertamente «la Unión establecerá un mercado interior».

Ahora bien y frente al razonable desánimo entre los más convencidos europeístas<sup>45</sup>, los riesgos parece que han sido conjurados por el Protocolo n.º 27 sobre el mercado interior y competencia en virtud del cual «las Altas Partes Contratantes, considerando que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, han convenido en lo siguiente: A estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Y en un mismo sentido integrador, el Protocolo n.º 28 sobre la cohesión económica, social y territorial constituye un recordatorio de la necesidad de potenciar los fondos estructurales y el Fondo de Cohesión, y de la conveniencia de revisar a favor de los Estados menos prósperos el régimen de recursos propios de la Unión.

Con más optimismo puede acogerse el propósito de conseguir una mayor legitimidad democrática, especialmente a través de una participación más intensa de los parlamentos nacionales. Así lo señalaba el *Mandato* del Consejo Europeo: «Los parlamentos nacionales tendrán una función aún mayor que la acordada en la CIG de 2004». Y en tal sentido lo aprecia Jacques, probablemente con más optimismo del que permite el texto convencional, para quien «a la Europa pretendidamente tecnocrática la sucede una Europa democrática»<sup>46</sup>.

El mayor protagonismo de los parlamentos nacionales se plasma en el artículo 12 del Tratado de la Unión Europea en virtud del cual se prevé: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión» y, a continuación detalla los procedimientos de participación: información en el procedimiento legislativo, control de la subsidia-

<sup>45</sup> Especialmente sonora y autorizada fue la voz de alarma dada por Santiago MARTÍNEZ LAGE, «Sarkozy, Francia y la competencia», *Cinco Días*, 20 de julio de 2007, p. 19.

<sup>46</sup> Jean-Paul JACQUÉ, «Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation)», ob. cit., p. 827.

riedad y la proporcionalidad, evaluación del espacio de libertad seguridad y justicia, revisión de los Tratados constitutivos, información sobre la adhesión a la Unión y cooperación interparlamentaria y con el Parlamento Europeo. No obstante, ha de tenerse en cuenta que salvo la mayor visibilidad del nuevo artículo 12 del Tratado de la Unión Europea apenas existe innovación alguna respecto del Protocolo n.º 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y del Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que se mantienen, con ligeras adaptaciones, en Lisboa tal como se redactaron en el Tratado constitucional.

b) ¿NUEVAS COMPETENCIAS EN EL TRATADO DE LISBOA: CAMBIO CLIMÁTICO E INTERCONEXIÓN DE REDES ENERGÉTICAS?

También es significativo que el Tratado de Lisboa haya añadido algunas precisiones en cuanto se refiere a la competencia de la Unión Europea en materia de cambio climático dado que se especifica como elemento integrante de la política del medio ambiente en su dimensión internacional también la «lucha contra el cambio climático» en los términos que resultan del artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; previsión que no se recogía en el artículo III-233 del Tratado constitucional.

Por último y también como muestra de atenciones específicas del Tratado de Lisboa puede resaltarse la inclusión en la política energética de la Unión de un nuevo objetivo, ausente del artículo III-256 del Tratado constitucional, y que ahora reproduce el artículo 194.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «fomentar la interconexión de las redes energéticas».

Como puede comprobarse no se trata de nuevas competencias sino de nuevas referencias específicas de los desarrollos encomendados a la Unión europea en materia de medio ambiente y de la política energética.

3. *Lo que se «rebajó» con el Tratado de Lisboa por exigencias del Reino Unido y de Polonia*

Además de lo que se obligó a retroceder con respecto al Tratado constitucional y que se puede resumir en la «desconstitucionalización» llevada a cabo en los términos que ya he analizado, dos países, Reino Unido y Polonia, fueron protagonistas en la negociación del Tratado de Lisboa al exigir limitaciones de lo que se había conseguido en el Tratado constitucional; se trata de exigencias y limitaciones en materia de derechos fundamentales, en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, y respecto de la adopción de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo.

En el Tratado de Lisboa se vuelve a plantear un problema recurrente en la integración europea cuyos inicios pueden observarse al adoptarse la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores en 1989 y que cristaliza de manera paradigmática en el Tratado de Maastricht en relación con la política social (Reino Unido) y la moneda única (Reino Unido, Dinamarca y, *de facto*, Suecia); y en el Tratado de Ámsterdam con el espacio de libertad, seguridad y justicia (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). Así pues, parece una vía fácil para superar los obstáculos a las reformas constitucionales europeas consagrar constitucionalmente una Europa a varias velocidades, pero no deja de plantearse la duda de si es posible y hasta qué punto se puede generalizar una Europa a varias velocidades constitucionales, es decir, hecha a medida, por ahora, del Reino Unido, de Dinamarca o de Irlanda; pero, más adelante, de Polonia, de la República Checa o de cuantos estén ávidos de dar la nota.

En el Tratado de Lisboa se ha planteado lo que, a mi juicio, sería un falso intento de consagrar una cooperación reforzada constitucional en materia de derechos fundamentales de la que pretenden quedar fuera Reino Unido y, en menor medida, Polonia. En cambio y aun cuando se ha intentado acabar con la doble velocidad en el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Reino Unido ha establecido en el Tratado de Lisboa nuevos límites a su participación. Por último, es preciso hacer referencia a la objeción polaca al procedimiento de adopción de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo.

#### a) LAS OBJECIONES «BRITÁNICA» Y «POLACA» A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La preocupación de los negociadores británicos y polacos en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales tenía distinto objetivo: mientras el Reino Unido pretendía rebajar aún más la Carta y, en especial, los derechos sociales degradados a meros principios; Polonia se preocupaba de no comprometerse en relación con los efectos de la Carta en cuanto al aborto y a la familia, al tiempo que mostraba su especial sensibilidad con la protección europea de los derechos sociales.

A tal efecto y en relación con la aplicación diferenciada de la Carta de Estrasburgo en unos Estados miembros respecto de otros, parece que no dejará de ser una aspiración insatisfecha de Reino Unido y, en menor medida, de Polonia. Ciertamente, el Protocolo n.º 30, adoptado en Lisboa, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido recoge en términos especialmente ambiguos una previsión como la de su artículo 1.2 conforme al cual: «nada de lo dispuesto en el título IV [referido a los derechos y principios de solidaridad]

de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». No obstante, Polonia ha tenido que hacer dos Declaraciones anejas al Tratado de Lisboa, la n.º 62 y la n.º 63 donde formula reservas a la Carta en cuanto se refiere a la legislación estatal en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral; en cambio, a continuación Polonia se desmarca del Reino Unido en cuanto se refiere al respeto pleno de los derechos sociales y del trabajo en sintonía con la tradición del movimiento social «Solidaridad» y su notable contribución a la lucha por estos derechos.

Sin embargo y como ha subrayado J.-V. Louis, el alcance práctico de estos «*opt outs*» podría ser bastante limitado<sup>47</sup>; en efecto, la salvaguarda de los británicos, bien distinta de las intenciones de los polacos, está justificada en su preocupación por una eventual modificación de su modelo social a través de la jurisprudencia comunitaria europea, de ahí la distinción, contenida ya en la Carta de Niza y reiterada en el preámbulo de este Protocolo del Tratado de Lisboa, entre derechos y principios, por una parte, y entre las «disposiciones de carácter civil y político» y las de «carácter económico y social», por otra<sup>48</sup>.

Asimismo, en la Declaración n.º 53 al Tratado de Lisboa la República Checa se pronuncia sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de un modo paradójico en cuanto hace gala de un cierto nacionalismo atenuado a su vez por un confesado europeísmo e internacionalismo. Se trata, por tanto, de una nueva declaración unilateral con poca sustancia y menos efectos en la práctica en la medida en que reitera las prevenciones y las precauciones de los textos convencionales y de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De hecho y en estos momentos el 24 de noviembre de 2008 es el único país, aparte de Irlanda, que queda por ratificar el Tratado de Lisboa dado que el Parlamento checo espera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional precisamente en relación con el nivel de protección de los derechos fundamentales.

<sup>47</sup> Jean-Victor LOUIS, «Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007», ob. cit., pp. 568-569; y en términos similares, subrayando la perplejidad que el Protocolo n.º 30 producirá en el juez europeo o en los jueces británicos y polacos, se pronuncia Sean VAN RAEPENBUSCH, «La réforme institutionnelle du Traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne», ob. cit., pp. 573-621.

<sup>48</sup> Sobre las consecuencias jurídicas de la distinción entre «derechos» y «principios» en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, remito a mi estudio *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Comares, Granada, 2006.



Por último, conviene referirse a la precisión introducida en el Tratado de Lisboa tal como le indicaba el Mandato: «En el artículo relativo al procedimiento para celebrar acuerdos internacionales, se añadirá que el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos será celebrado por el Consejo, por unanimidad, y con la ratificación de los Estados miembros». De este modo, el artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé en su apartado 8 que la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos sea por unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo; y que sólo entrará en vigor después de la ratificación por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Si damos por descontada la tradición europea de respeto de los derechos fundamentales y de compromiso con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, estas prevenciones exigiendo tal unanimidad parece que reflejan más que otra cosa los temores a que por la vía de la protección de los derechos humanos se cuele definitivamente, para horror de algunos Estados miembros como pudiera ser el Reino Unido y algunos discipulos aventajados, una temible e indeseada supranacionalidad.

#### b) LA EXCEPCIONALIDAD BRITÁNICA EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Las constantes inquietudes británicas por la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, lo que incluye sus vivos deseos de no quedar al margen, se han reflejado en los nuevos límites que el Tratado de Lisboa impone a su desarrollo<sup>49</sup>.

El Reino Unido ha continuado socavando el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia manteniendo su régimen excepcional, tal como

---

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de diciembre de 2007, Reino Unido / Consejo (Reglamento de creación de Frontex y Reglamento sobre pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros) (C-77/05 y C-137/05, *Rec.* p. I-11459 y p. I-11593, respectivamente) donde el Tribunal de Justicia (Gran Sala) rechaza que la denunciada exclusión de los británicos del procedimiento de adopción de estos Reglamentos fuese contrario al Protocolo de Schengen; como señala la sentencia del asunto C-77/05: «En la medida en que el Reino Unido e Irlanda eran los únicos Estados miembros que no son partes de los Acuerdos de Schengen, que constituyen el fundamento de dicha cooperación reforzada, estos dos Estados se hallaban en una situación especial que el protocolo de Schengen tuvo en cuenta en un doble sentido. Por una parte, como establece el artículo 4 del Protocolo de Schengen, éste otorga a los dos Estados miembros referidos la facultad de solicitar, en todo momento, su participación en únicamente una parte de las disposiciones del acervo vigentes en la fecha de la solicitud de participación. Por otra parte, con arreglo a su artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, ese mismo Protocolo otorga a dichos Estados miembros la facultad de no tomar parte en las propuestas ni en las iniciativas basadas en el acervo mencionado (apartados 57 y 58).

lo había conseguido en el Tratado de Ámsterdam y lo había mantenido en el Tratado constitucional, e impidiendo su desarrollo por los demás pues sólo permitió en el Tratado constitucional una comunitarización del espacio europeo a costa de mantener un cierto intergubernamentalismo y de disfrutar del privilegio del *opting-in* en los supuestos que le interesara. Posición del Reino Unido, disimulada por el régimen similar conferido por motivos distintos a Irlanda y a Dinamarca.

Del mismo modo, los británicos prorrogan su exclusión parcial del espacio de libertad, seguridad y justicia a través de los correspondientes Protocolos n.º 19, 20 y 21 sobre el acervo de Schengen, sobre entrada y salida en el Reino Unido e Irlanda y sobre la aplicación a estos dos países del espacio de libertad, seguridad y justicia. Ahora bien, las Declaraciones de los distintos Estados miembros en relación con el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, por ejemplo mostrando su intención general, como la n.º 56 de Irlanda, o su propósito particular en relación con la adopción de sanciones financieras contra el terrorismo, como es el caso del Reino Unido en la Declaración n.º 65, corroboran la existencia de una Europa a la carta en beneficio de algunos Estados miembros.

### c) LAS LIMITACIONES A LA MAYORÍA CUALIFICADA EXIGIDAS POR POLONIA

Los representantes polacos reabrieron en Lisboa las cuestiones relativas a la adopción de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo hasta el punto de resucitar el fantasma del compromiso de Luxemburgo, redivivo en Ioannina por méritos atribuibles en aquel momento a España. A tal efecto, Polonia ha conseguido aplazar la aplicación automática de la doble mayoría en el voto por mayoría cualificada hasta 2017 y a partir de ese momento, de tal modo que «el Consejo hará cuanto esté en su mano para lograr [...] una solución satisfactoria para responder a las preocupaciones expuestas por los miembros del Consejo [que queda cerca de alcanzar la minoría de bloqueo]»<sup>50</sup>. Como ha comentado agudamente J.-V. Louis «para algunos el anhelo de tener la posibilidad de bloquear una decisión resulta más importante que la preocupación de aumentar la eficacia del mecanismo de adopción de decisiones»<sup>51</sup>.

No podría terminar este apartado de arreglos de cuentas que aprovechan países singulares sin hacer referencia a la solución que finalmente se elija para superar el referéndum negativo en Irlanda. De las opciones que se barajan la que parece imponerse es la celebración de un nuevo referéndum y,

<sup>50</sup> Véanse el Protocolo n.º 9 y la Declaración n.º 7 del Tratado de Lisboa.

<sup>51</sup> Jean-Victor LOUIS, «Bilan d'une réforme. De l'Acte unique européen à la CIG 2007», ob. cit., p. 568.

eventualmente, podría acompañarse de un maquillaje protocolar al estilo de la solución dada a Dinamarca como consecuencia del referéndum negativo sobre el Tratado de Maastricht; en este último caso, el camuflaje sería nuevamente un ejercicio vergonzante de una construcción europea que complicaría, nuevamente, el ya complejo Tratado de Lisboa.

## V. Conclusión

En Europa ya tenemos constitución como así lo acreditan los datos históricos, políticos y jurídicos. Y la esencia de esta constitución europea son el mercado, la moneda y el ciudadano. También la evolución de más de medio siglo de funcionamiento de las Comunidades Europeas y de más de tres lustros de Unión Europea han delineado un reparto de poder entre los niveles de gobierno europeo, estatal y regional bastante nítido; se ha conseguido un equilibrio entre las instituciones europeas más sensible con las reivindicaciones democráticas; en fin, los jueces europeos, principalmente el Tribunal de Justicia, han configurado un ordenamiento jurídico de la Unión Europea que permite que sea operativa la integración europea al asegurar la primacía, el efecto directo y la responsabilidad de los poderes públicos en la aplicación del Derecho.

Ahora bien, después de importantes revisiones de los Tratados constitutivos en virtud del Acta Única, del Tratado de Maastricht, del Tratado de Ámsterdam y del Tratado de Niza, parecía conveniente ordenar, simplificar y definir más precisamente y por escrito los logros de la integración europea: el Tratado constitucional de 2004 era un intento bastante equilibrado de continuidad y de tímida innovación; sin embargo, los referendos negativos en Francia y en los Países Bajos obligaron a renunciar a algunos aspectos de la simplificación y de la innovación lo que se plasmó en un Tratado de Lisboa que, a pesar de que también corre peligro de no entrar en vigor, es un intento de alcanzar los mismos objetivos con algunas renunciaciones. En definitiva, el Tratado de Lisboa de 2007 es lo mismo que el Tratado constitucional de 2004 pero con algunas pérdidas que no pueden considerarse sustanciales. O si se quiere, el nivel de integración propiciado por el Tratado de Lisboa, si se compara con la ambición del Tratado constitucional, es razonablemente alto. De hecho, puede considerarse que el Tratado de Lisboa es un Tratado constitucional maquillado por exigencias de presentación democrática para superar dos referendos negativos y que algunos Gobiernos, en especial el británico y en menor medida el polaco, han aprovechado para congraciarse con su electorado —en el caso británico, temeroso de más avances europeos, y respecto de Polonia, dicen sus dirigentes que preocupado de que se pongan en peligro algunos valores sedicentemente nacionales—.

Otra cosa bien distinta es lo que tanto el Tratado constitucional como el Tratado de Lisboa —un tratado constitucional rebajado ciertamente— supongan en la historia constitucional europea. En este sentido la esencia constitucional europea no se ve alterada pero, asimismo, el horizonte de la integración europea sigue siendo particularmente amplio y difuso ante los temores de algunos Estados miembros y de algunos electorados nacionales de encauzar definitivamente a Europa hacia un proyecto más definido y más acabado de integración supranacional que implique una mayor renuncia a las míticas soberanías nacionales, pretendidamente salvadoras de esencias nacionales y, sin embargo, en agónica retirada crepuscular en la era de la sociedad global<sup>52</sup>. Pero también debe subrayarse que cualquier revisión o reforma, por pequeña que parezca, puede tener unos efectos extraordinarios. Basta recordar que el anodino cambio terminológico en el Acta Única de mercado común por mercado interior impulsó a la postre un relanzamiento de la consecución del mercado único europeo que culminó con la adopción del euro. Y lo mismo se puede decir de la introducción del nuevo concepto de ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht que, sin duda, propició la creación en Ámsterdam del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Así pues, el Tratado de Lisboa no es más que un intento de consolidar una Europa sustantiva que sigue nutriéndose del mercado común, de la moneda única y del espacio de libertad, seguridad y justicia. Hubiese sido interesante empezar a definir, después de más de medio siglo, un poco mejor este proyecto que primigeniamente ha sido «comunitario», que tiene rasgos «federales» y que, decididamente, responde a una tarea «constitucional», pero no debemos impacientarnos por no haber encontrado el adjetivo más apropiado y que, desde luego, complazca a todos, porque, y eso es lo que importa, seguimos teniendo el nombre: Europa. Y, en suma, a los inicios del siglo XXI no hay duda de que la integración supranacional europea constituye el único modo de hacer frente a los desafíos de la globalización de tal manera que si la Unión Europea no existiese habría que ponerla inmediatamente en marcha. La ventaja de Europa como continente y como idea es que nos hemos preparado para la nueva sociedad global con medio siglo de adelanto y, por tanto, el Tratado de Lisboa no será más que un hito, confío en que memorable, del camino que hacemos todos juntos en una sociedad más compleja y sometida a un cambio vertiginoso.

---

<sup>52</sup> El título del estudio de Nicolás MARISCAL es expresivo de esta evolución «dialéctica» de la integración europea: «25 de marzo de 1957: el proceso confirma el proyecto. 25 de marzo de 2007: el proceso cuestiona el proyecto», *Revista Aranzadi Unión Europea*, marzo de 2007, pp. 19-24.

## La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de Lisboa: un cauce adecuado a la espera de contenidos

Martín Ortega Carcelén

Director del Gabinete de Análisis y Previsión de Política Exterior  
en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid

**Sumario:** Introducción.—1. Del proyecto de Constitución al Tratado de Lisboa.—2. Disposiciones relevantes sobre la PESC.—3. Instituciones y procedimientos.—4. Balance.

---

**Resumen:** Este artículo examina las disposiciones sobre Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) en el Tratado de la Unión Europea, tal y como quedará reformado tras el Tratado de Lisboa. Todos los analistas que comentan los avances en este texto coinciden en señalar que la regulación de la PESC representa un progreso con respecto al pasado, ya que contiene los instrumentos necesarios para reforzar esa política. En este artículo se suscribe el mismo juicio general, pero, al mismo tiempo, se introduce una nota de cautela. Aunque el cauce por el que debe discurrir la PESC se ha mejorado y existen algunos mecanismos más eficaces para su puesta en práctica, como el reforzamiento del Alto Representante, los contenidos concretos de esa política dependen de la voluntad de los estados miembros. La necesidad de consenso entre 27 (o más en el futuro) estados soberanos, seguirá operando, por lo que la calidad de la política exterior de la Unión dependerá de la capacidad de los gobiernos para construir consensos.

**Palabras clave:** Política exterior de la Unión Europea; Tratado de Lisboa; Alto Representante; unanimidad; problemas globales.

**Abstract:** *This article examines the provisions on Common Foreign and Security Policy (CFSP) in the Treaty on European Union, just as it will be modified after the Treaty of Lisbon. All the analysts that comment the advances in this text agree that the regulation of the CFSP represents a progress regarding the past, as it contains the necessary instruments to reinforce that policy. The same general opinion is endorsed in this article, but, at the same time, a warning is introduced. Although the path for the CFSP has been improved and there are a number of more effective mechanisms for its implementation, like the reinforcement of the High Representative, the specific contents of that policy depend on the will of the Member States. The need for agreement among 27 (or more in the future) sovereign Member States will still apply. That is why the quality of the European Union's foreign policy will depend on the governments' capability to reach agreements.*

**Keywords:** *European Union's foreign policy, Treaty of Lisbon, High Representative, Unanimity, Global problems.*

## Introducción

Desde su creación en el Tratado de Maastricht, la Unión Europea es un nuevo tipo de actor internacional, completamente desconocido hasta ese momento. Durante siglos, la escena internacional estuvo dominada por los estados, que hacían la guerra entre ellos o mantenían relaciones de paz. Las organizaciones internacionales aparecen tímidamente a finales del siglo XIX y se ven reforzadas tras la Segunda Guerra Mundial, pero no se sitúan en el mismo nivel de los estados, sino que son por definición subsidiarias a la voluntad soberana de sus miembros. Este panorama cambia con la Unión Europea. Al suplementar la integración comercial y económica con una integración política en la década de 1990, los europeos generan un nuevo tipo de entidad internacional con una personalidad propia, que recibe el nombre de unión de estados. Esto genera grandes expectativas entre algunos europeos, también provoca desconcierto e incluso inquietud entre otros acerca del papel futuro de la Unión con respecto a los estados miembros y, fuera de Europa, cierta admiración en las regiones del mundo que piensan en emular el proceso. En todo caso, todos reconocen el gran potencial de proyección exterior que representa esta nueva figura en las relaciones internacionales.

Este nuevo tipo de actor tiene al menos dos rasgos característicos muy interesantes. Por un lado, nace haciendo tabula rasa con respecto a las hipotecas históricas de los estados. A diferencia de lo que ha ocurrido con los estados a lo largo de la historia, la Unión Europea no mantiene ambiciones territoriales, ni tiene una voluntad expansionista, ni persigue la creación de unas fuerzas armadas propias ni, por supuesto, una carrera armamentística en la que pueden incluirse las armas de destrucción masiva. Al contrario, sus objetivos declarados desde el mismo origen son establecer unas relaciones de cooperación con los demás actores internacionales. Por otro lado, el nuevo tipo de actor es constitutivamente multilateral, es decir, su voluntad colectiva es definida a partir de las contribuciones de los diversos estados en un proceso de debate en su mayor parte público y abierto. El papel de la Unión Europea en el mundo es la suma de las posiciones de sus estados miembros. La naturaleza colectiva de este actor se enriquece con las visiones de cada estado dentro de la Unión, de manera que los países del sur de Europa llamarán la atención sobre la importancia del Mediterráneo, mientras que los del Este señalarán a Rusia y a las relaciones con todo el espacio euroasiático como prioridades. Esta puesta en común supone un ejercicio novedoso en el que la política exterior no se basa en herencias nacionales sino que obliga a todos a «sentir europeo» y a «pensar europeo». Ahora bien, esto representa una dificultad añadida que a veces conduce al bloqueo. Cuando las posiciones de los estados miembros son más o menos coincidentes, se definen posturas colectivas y puede existir una política ex-

terior común; por ejemplo, la política comercial o las acciones para limitar el calentamiento global. En cambio, cuando los gobiernos están enfrentados, como ocurrió durante la crisis de Iraq en 2002 y 2003, la Unión Europea se queda sin voz propia en la escena internacional y son los estados los que retoman el protagonismo de la acción exterior. Si los casos de disenso prevalecen, entonces el gran potencial de actuación en el mundo que tiene la Unión Europea se ve diluido.

Este problema de base se ha visto acentuado en los últimos años a raíz de sendas evoluciones históricas de gran trascendencia. Primero, la ampliación a diez nuevos miembros operada en 2004 ha multiplicado las posibilidades de configuraciones políticas de los gobiernos de los 27 estados miembros. Como la política exterior de la UE se decide por unanimidad, las probabilidades de falta de consenso crecen lógicamente con el número de miembros del club. Segundo, a lo largo de los dos mandatos del Presidente George W. Bush no ha existido una coincidencia profunda entre Estados Unidos y los países europeos sobre muchas cuestiones globales. Hasta las elecciones presidenciales en Estados Unidos de noviembre de 2008, que han supuesto un marcado cambio de tendencia política, muchas de las actitudes de Washington con respecto al multilateralismo, al papel de las instituciones internacionales y del Derecho Internacional, al medio ambiente, a los derechos humanos, a la llamada guerra contra el terror, etcétera, han dividido a los europeos, que seguían de manera desigual el liderazgo norteamericano muy influido por la ideología neo-conservadora. Ante ese liderazgo divisivo, los europeos no plantearon alternativas propias, sino que su política exterior común se vio muchas veces privada de contenidos.

## 1. Del Proyecto de Constitución al Tratado de Lisboa

En estas circunstancias, se elaboró el proyecto de Constitución para la Unión Europea a partir de la Convención de 2002 hasta su rechazo en los plebiscitos francés y holandés de 2005. El sucesor a ese proyecto, el Tratado de Lisboa, ha encallado también en la ratificación irlandesa tras el referéndum negativo en este país de junio de 2008, y a la hora de escribir estas páginas, en noviembre de 2008, no puede saberse todavía de qué manera podrá superarse este inconveniente y cuándo entrará en vigor el Tratado de Lisboa.

Todos los analistas que comentan los avances de esos dos textos coinciden en señalar que la regulación de la Política Exterior y de Seguridad Común representa un progreso con respecto al pasado, y que en el Tratado de Lisboa se contienen los instrumentos necesarios para reforzar la PESC. En este artículo, donde se examinan las disposiciones concretas sobre la PESC en dicho Tratado, se suscribe ese juicio general, pero, al mismo tiempo, se

introduce una nota de cautela. Aunque el cauce por el que debe discurrir la PESC se ha mejorado y existen algunos mecanismos más eficaces para su puesta en práctica, los contenidos de esa política dependen de la voluntad de los estados miembros, y la mera existencia de instrumentos mejores no supondrá necesariamente una política exterior europea más acabada. Concretamente, la primera traba señalada, que hace referencia a la necesidad de consenso entre 27 (o más) estados soberanos, seguirá operando. Por lo que se refiere al segundo obstáculo, es evidente que la nueva Administración del Presidente de los Estados Unidos Barack Obama será más favorable al multilateralismo y a la cooperación con los socios europeos y, por lo tanto, no introducirá en principio divisiones indeseables entre los miembros de la UE sobre cuestiones de política exterior, como ocurría en el pasado.

El Tratado de Lisboa contiene muchas de las disposiciones en materia de PESC que se elaboraron para el proyecto constitucional. De hecho, el Tratado de Lisboa presta una gran atención a la política exterior, de seguridad y de defensa de la Unión, como ocurría con el proyecto constitucional. El resultante Tratado de la Unión Europea tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa dedica el mayor número de artículos a esta materia y a la Política Común de Seguridad y Defensa (antes llamada PESD, ahora PCSD). El Título V del Tratado de la Unión Europea (TUE) en su versión consolidada tras Lisboa, que regula la PESC y la PCSD, comprende de los artículos 21 al 46, es decir 25 artículos de un total de 55 en el TUE.

Esta regulación se complementa en el Tratado de Funcionamiento de la UE (que se añade al TUE tal y como establece el Tratado de Lisboa para conformar el nuevo marco constitucional de la Unión Europea), con disposiciones sobre la acción exterior de la Unión en los campos comercial, de sanciones económicas y de acuerdos con terceros estados. En concreto, el Tratado de Funcionamiento de la UE regula en su quinta parte la política comercial común (artículos 206 y 207), la cooperación para el desarrollo (artículos 208-211), la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países (artículos 212-213), la ayuda humanitaria (artículo 214), las medidas restrictivas o sanciones económicas (artículo 215), los acuerdos internacionales (artículos 216-219), así como normas básicas sobre las relaciones de la UE con terceros países y organizaciones internacionales a través de sus delegaciones en el mundo (artículos 220-221).

## 2. Disposiciones relevantes sobre la PESC

Algunos aspectos constitucionales de la regulación de la PESC en el Tratado de Lisboa merecen atención prioritaria. En primer lugar, toda la acción exterior, de seguridad y defensa de la Unión se cimenta en unos princi-



pios bien establecidos en el artículo 21. Tras la mención que se hace a estos principios en el artículo 3.5, el artículo 21 declara que la acción de la Unión en la escena internacional se basará en principios tales como «la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional». El inciso segundo del mismo artículo especifica los objetos de la acción exterior de la Unión basados en el antiguo artículo 11 de la versión anterior del TUE, como son defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad, consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del derecho internacional, mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, apoyar el desarrollo sostenible de los países en desarrollo, fomentar la integración de la economía mundial, contribuir al desarrollo sostenible, ayudar a aquellos que se enfrenten a catástrofes y promover un sistema basado en una cooperación multilateral sólida. Una proclamación de principios internacionales tan extensa es desconocida en las constituciones de los estados, y demuestra la nueva naturaleza de la Unión como actor internacional. Es evidente que la UE no podrá actuar en contra de estos principios y objetivos y, si alguna vez lo hace, la consagración de estos valores con rango constitucional será un argumento muy fuerte para contrarrestar las posibles desviaciones.

En segundo lugar, la Unión se dota de una serie importante de instrumentos para llevar a cabo la PESC. Un nuevo instrumento jurídico es la adquisición de personalidad jurídica propia por parte de la Unión en el artículo 47 de la versión consolidada del TUE, lo que facilitará su acción exterior. El instrumento institucional más importante es el reforzamiento del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y de Política de Seguridad (en su nueva denominación), que ahora no está solo ligado al Consejo, como antes, sino que, además, se convierte en vicepresidente de la Comisión con una situación de supervisión de otros Comisarios que realizan funciones exteriores, como por ejemplo el de Cooperación. Esta figura, que se desarrolla más abajo, contará también con un nuevo servicio exterior.

En tercer lugar, hay que destacar el papel de la política de defensa europea como instrumento de la PESC. La defensa europea tiene una dimensión más interna y otra exterior, que es la que interesa aquí. En el plano más interno, el nuevo TUE, con la reforma de Lisboa, introduce una cláusula de solidaridad entendida como asistencia militar. El artículo 42.7 establece que «si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de

Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros». Este artículo es casi idéntico al artículo 5 de la Organización del Tratado del Atlántico Norte salvo por la omisión del posible uso de la fuerza armada y, sin embargo, tampoco lo desecha, por lo que cabría preguntarse si la Unión Europea se ha convertido en una organización de defensa. Pero tal y como señalan Wolfgang Wessels y Francisca Bopp, el propio artículo 42.7 del TUE reconoce la importancia de la OTAN al señalar que, para los Estados que forman parte de la misma, ésta seguirá siendo el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de su ejecución<sup>1</sup>. Para estos autores, la Unión Europea como organización de seguridad y defensa se encuentra todavía dando sus primeros pasos.

En su dimensión más exterior, la política de defensa de la UE asegura un método privilegiado para llevar a cabo la PESC. Con el Tratado de Lisboa, asistimos a un aumento de las tareas de las llamadas misiones Petersberg, puesto que el artículo 43 incluye toda una amplia gama de medidas en materia de desarme, de misiones humanitarias y de rescate, de misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, de misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz o de misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos.

### 3. Instituciones y procedimientos

Sobre la base de estas tres grandes innovaciones de la PESC, existen multitud de aspectos más concretos que hay que reseñar igualmente. El artículo 25 prevé que la Unión define las orientaciones generales de la PESC y adopta las decisiones, posiciones y las modalidades de ejecución de las acciones. El antiguo instrumento de la estrategia común ha sido suprimido; sin embargo, el artículo 26 dispone que «El Consejo Europeo determinará los intereses estratégicos de la Unión, fijará los objetivos y definirá las orientaciones generales». El artículo 28 añade que, cuando una situación internacional exija una acción operativa de la Unión, el Consejo adoptará las decisiones necesarias, fijando los objetivos, el alcance, los medios que haya que facilitar a la Unión, las condiciones de su ejecución

---

<sup>1</sup> Wolfgang WESSELS and Franziska BOPP, *The Institutional Architecture of CFSP after the Lisbon Treaty – Constitutional breakthrough or challenges ahead?*, CEPS, Research Paper N. 10, Bruselas, junio 2008, véase texto completo en [http://shop.ceps.eu/downfree.php?item\\_id=1677](http://shop.ceps.eu/downfree.php?item_id=1677).

y, en caso necesario, su duración. La PESC seguirá siendo financiada por el presupuesto de la Unión, salvo las operaciones con implicaciones militares y de defensa, y en los casos en el que el Consejo decida por unanimidad otra cosa. Cuando los gastos no corran a cargo del presupuesto de la Unión, correrán a cargo de los Estados miembros según su producto nacional bruto. La mayor novedad en este ámbito se encuentra en la garantía de un acceso rápido a los créditos del presupuesto de la Unión destinado a la financiación urgente de iniciativas en el marco de la política exterior y de seguridad común (artículo 41.3).

Por lo que se refiere a las innovaciones institucionales, el Alto Representante debe consultar periódicamente al Parlamento Europeo sobre los aspectos principales y las opciones fundamentales de la política exterior y de seguridad común (artículo 36), y dos veces al año se organizarán debates en el Parlamento sobre política exterior en donde también se tratará de política común de seguridad y defensa.

El Tratado de Lisboa divide el antiguo Consejo de Relaciones Exteriores y Asuntos Generales en dos órganos separados: el Consejo de Asuntos Generales, que velará por la coherencia de los trabajos del Consejo y preparará las reuniones del Consejo Europeo, y el Consejo de Asuntos Exteriores, que elaborará la acción exterior de la Unión. Para asegurar el seguimiento de las situaciones internacionales de riesgo y para coordinar la acción de los Ministros de Asuntos Exteriores en los Consejos se confirma la importancia del Comité Político y de Seguridad (COPS), donde se sientan los Embajadores de los estados miembros. El COPS actuará no sólo por mandato del Consejo sino también por el del Alto Representante, y tendrá que trabajar bajo la responsabilidad de ambas instituciones (artículo 38) ejerciendo el control político y la dirección estratégica de las operaciones de gestión de crisis.

Junto al Alto Representante, el Presidente del Consejo Europeo, figura creada por el Tratado de Lisboa, tendrá relevancia en la PESC. Elegido por dos años y medio, entre las funciones del Presidente del Consejo Europeo establecidas en el artículo 15, cabe destacar que asumirá la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común sobre todo en ocasiones solemnes, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante. Surge de inmediato el problema del solapamiento de funciones entre las dos instituciones puesto que cabe preguntarse, por ejemplo, quién será el encargado de liderar las conversaciones con terceros países ya que no está claro hasta qué punto la representación exterior será compartida por estas dos instituciones.

No obstante, el nuevo cargo de Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad es sin duda la más importante contribución a la PESC, siendo el eje central en el área de la Acción Exte-

rior y reforzando sus funciones y los medios a su disposición. Elegido y cesado por mayoría cualificada por el Consejo y con la aprobación del Presidente de la Comisión (artículo 18), el Alto Representante es responsable ante la Comisión, el Consejo (el Presidente del Consejo puede pedir su dimisión) y ante el Parlamento Europeo puesto que éste deberá someterse obligatoriamente a su voto de aprobación al formar parte de la Comisión. El Alto Representante contribuirá con sus propuestas a elaborar las políticas dentro de la PESC, lo que implica una labor de influencia en el desarrollo de la política exterior y de promoción del consenso entre los Estados miembros. Asimismo, el artículo 30 establece que el Alto Representante podrá plantear, con el apoyo de la Comisión, cualquier cuestión relacionada con la política exterior y presentar iniciativas o propuestas al Consejo. Además, en los casos que requieran una decisión rápida, el Alto Representante convocará, a petición de un Estado miembro, una reunión extraordinaria del Consejo. El artículo 27, por otra parte, prevé que el Alto Representante se encargará de ejecutar las decisiones adoptadas por el Consejo, dirigirá el diálogo político con terceros y presentará la posición de la Unión en las organizaciones y conferencias internacionales.

El Servicio de Acción Exterior Europeo, introducido en el artículo 27.3 del TUE tras Lisboa, se concibe como el instrumento de apoyo principal del Alto Representante. Este servicio trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros y estará compuesto por funcionarios de los servicios dependientes de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión y por personal en comisión de servicio de los servicios diplomáticos estatales. Aunque su funcionamiento y estructura interna se encuentran sin precisar en el Tratado, algunos autores han previsto que la creación de un servicio exterior europeo será complicada por las reticencias nacionales<sup>2</sup>. El nombramiento de Representantes Especiales de la UE en conflictos o procesos de paz, o también para cuestiones transversales de importancia, es otra medida que hasta ahora ha tenido un resultado bastante positivo y que puede explotarse más en el futuro<sup>3</sup>.

En cuanto a la adopción de decisiones en el Consejo en materia de PESC, la unanimidad sigue siendo el método común (artículo 31). Se introduce no obstante la abstención constructiva, a menos que un tercio de los Estados miembros que se abstengan reúnan como mínimo a un tercio de la

---

<sup>2</sup> Friedrich EBERT STIFTUNG, «The EU needs a Foreign Affairs Minister with an effective European External Action Service», Working Paper on European Integration, mayo 2005, texto en <http://library.fes.de/pdf-files/id/02853.pdf>.

<sup>3</sup> Véase Giovanni GREVI, *Pioneering Foreign Policy, the EU Special Representatives*, EU Institute for Security Studies, Paris, Chaillot Paper N. 106, octubre 2007, texto en <http://www.iss.europa.eu/fileadmin/fichiers/pdf/chaillot/chai106.pdf>.

población de la Unión, lo que impide la decisión. Como excepción a la unanimidad nos encontramos con la mayoría cualificada, que tendrá aplicación únicamente cuando se trate de una decisión que establezca una acción o una posición de la Unión a partir de una decisión del Consejo Europeo relativa a los intereses y objetivos estratégicos de la Unión, una decisión que establezca una acción o una posición de la Unión a partir de una propuesta presentada por el Alto Representante de la Unión en respuesta a una petición específica que el Consejo Europeo le haya dirigido, o la designación de un representante especial. También el artículo 41.3 propone otro caso de mayoría cualificada como es el acceso rápido al fondo inicial destinado a la financiación urgente de iniciativas en el marco de la política exterior.

Hay que tener en cuenta, además, que la mayoría cualificada prevista en el Tratado puede echarse atrás. Si por motivos vitales y explícitos de política nacional, un Estado tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. Tiene la obligación de actuar como mediador el Alto Representante y, si no se halla solución, se remite al Consejo Europeo para que adopte al respecto una decisión por unanimidad. Esta disposición implica volver al llamado Compromiso de Luxemburgo de los años 1960 en asuntos que afectan de manera directa a la soberanía nacional.

#### 4. Balance

Algunos autores expresan un optimismo moderado en cuanto a los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa en este campo de la PESC. Gerrard Quille, investigador en el Parlamento Europeo<sup>4</sup>, y Sophie Dagand del ISIS Europe hacen buenos análisis de los avances del Tratado de Lisboa, subrayando la existencia de los nuevos mecanismos de acción de la PESC<sup>5</sup>. Otros apuestan incluso por el «potencial integrador» de sus disposiciones, ya que el nuevo TUE puede profundizar el «proceso de Bruselización» de la política exterior europea<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Gerrard QUILLE, «The Lisbon Treaty and its implications for CFSP/ESDP», Briefing Paper to the European Parliament, febrero 2008, texto en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200805/20080513ATT28796/20080513ATT28796EN.pdf>.

<sup>5</sup> Sophie DAGAND, «The impact of the Lisbon Treaty on CFSP and ESDP», ISIS Europe, marzo 2008, texto disponible en [http://www.isis-europe.org/pdf/2008\\_artrel\\_150\\_esr37tolmar08.pdf](http://www.isis-europe.org/pdf/2008_artrel_150_esr37tolmar08.pdf).

<sup>6</sup> Arnout JUSTAERT and Skander NASRA (College of Europe), *EU Foreign Policy: Exploring the integrative potential of the Lisbon Treaty*, IIEB Working Paper 32, Universidad de Lovaina, julio 2008, véase el texto completo en <http://soc.kuleuven.be/iieb/docs/wp/IIEBWP032.pdf>.

El balance político que se hace aquí de las disposiciones del Tratado de Lisboa sobre la PESC es más moderado. Aún aceptando el carácter más exhaustivo de la regulación y la aparición de instrumentos muy importantes, como la nueva configuración del Alto Representante, el Servicio Exterior Europeo y la figura de los Representantes Especiales, la capacidad de la Unión para adoptar medidas y decidir operaciones en un amplio espectro, desde las operaciones civiles y de policía hasta las militares, el hacer funcionar efectivamente todas esas estructuras no está garantizado, sino que dependerá en cada caso de la voluntad de los estados miembros.

El Tratado de Lisboa leído en su conjunto demuestra que la corriente general no está a favor de una mayor integración política, sino más bien apunta hacia un mayor peso de los estados en diversos campos. Y esto se hace sentir también en la política exterior. Tres pruebas son muy llamativas: la desaparición de los símbolos europeos que habían sido identificados por el proyecto constitucional, la insistencia del Tratado en varias ocasiones sobre el hecho de que las competencias no atribuidas a la Unión corresponden a los estados miembros (artículos 4.1, 4.2, y 6.1), y la reaparición de los parlamentos estatales en la escena europea, cuando el Parlamento Europeo quería ver reforzados su papel y su legitimidad. Por este motivo, con mucha razón dice Nicolás Mariscal Berástegui que el Tratado de Lisboa recoge una útil reforma institucional pero «sin aliento constitucional»<sup>7</sup>.

Esto es aplicable plenamente a la PESC. La resolución de conflictos en el mundo, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo de los países menos avanzados, la mejora de la gobernanza y las instituciones multilaterales y, en definitiva, el cumplimiento de los diversos principios y objetivos marcados en el artículo 24 del Tratado de la Unión en su versión consolidada tras Lisboa requieren una acción exterior de la Unión Europea más firme y comprometida. La Unión está llevando a cabo una acción muy positiva en muchas regiones y asuntos internacionales, y la información existente sobre sus actuaciones es muy abundante<sup>8</sup>. Ahora bien, esto no es percibido como suficiente. Muchos de los problemas más graves del mundo, como las guerras en Oriente Medio, la falta de desarrollo en todo el continente africano, los tráfico ilegales o la degradación del medio ambiente, no han entrado en una fase de resolución en los últimos años. La Unión Europea podría hacer más. Esto es lo que piden la mayoría de los ciudadanos eu-

---

<sup>7</sup> Nicolás MARISCAL BERÁSTEGUI, «Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional», *Cuadernos Europeos de Deusto*, N. 39/2008, páginas 103-135.

<sup>8</sup> Los portales internet de la Comisión ([http://ec.europa.eu/external\\_relations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/external_relations/index_en.htm)) y del Consejo ([http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_fo/showPage.asp?id=248&lang=EN&mode=g](http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=248&lang=EN&mode=g)) sobre la acción Exterior de la EU contienen una rica información, sobre todo en inglés.

ropeos en sucesivas encuestas de opinión, y también lo que reclama la mayoría de los interlocutores de la Unión en el mundo.

Sin embargo, la formación de una voluntad colectiva a través de la unanimidad en el seno de la Unión Europea pone de relieve las posiciones individuales de los estados frente a esas necesidades y retarda la adopción de políticas más decididas. Es de esperar que los líderes europeos utilicen los nuevos mecanismos que el Tratado de Lisboa ha puesto a su disposición para llevar a cabo una política exterior dirigida hacia una realización más acabada de los principios internacionales que los europeos proclamamos y defendemos.





# La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo

José Palacio González

Administrador principal de la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>1</sup>

---

**Resumen:** Partiendo de una situación de relativo distanciamiento, en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Estrasburgo no se prestaron una atención excesiva, cuando no se enfrentaron en algunos puntos de sus respectivas jurisprudencias, a partir de los años noventa, coincidiendo con el periodo de expectativa institucional que abarca las sucesivas reformas y proyectos de reforma del Derecho primario, ambos Tribunales ha acabado desarrollando una sensibilidad nueva, de la que surge una voluntad clara de evitar contradicciones con la jurisprudencia del otro, aun a costa de alterar puntualmente los contornos de la propia. Profundizando en esta línea, en alguna de sus sentencias más recientes el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado el Derecho comunitario como parámetro interpretativo del Convenio, e incluso enriquecido la estructura institucional de aquél. De igual manera, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas muestra un cuidado exquisito en el respeto de la doctrina procedente de Estrasburgo, evitando el menor atisbo de conflicto. En este sentido, la previsible adhesión de la Unión al Convenio de Roma supondrá la consagración a nivel normativo de una situación en la que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo constituye, de hecho, una fuente de Derecho de rango prominente dentro del sistema jurídico comunitario.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Estrasburgo; Relaciones entre sus respectivas jurisprudencias; Evolución; Acercamiento progresivo; Voluntad de evitar conflictos; Jurisprudencia procomunitaria del Tribunal de Estrasburgo; Adhesión de la Unión al Convenio de Roma; Consagración a nivel normativo de una situación de hecho.

**Abstract:** *Starting from a situation of relative distancing, in which the Court of Justice of the European Communities and the Court of Strasbourg did not pay each other excessive attention and even confronted each other in a number of points of their respective jurisprudence. However, since the 1990s, and coinciding with the period of institutional expectation that covers the successive modifications and projects of Primary Law modification, both Courts have ended up developing a new sensibility, willing to avoid conflicts with each other's jurisprudence, even at the expense of changing their own outlines at times. Emphasising this line, in some of its most recent sentences the Court of Strasbourg has used Community Law as the*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo refleja únicamente la opinión personal del autor.

*Convention interpretative parameter, and even enriched its institutional structure. Similarly, the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities shows an exquisite care in the respect of the doctrine from Strasbourg, avoiding the slightest sign of conflict. In this respect, the foreseeable accession of the European Union to the Convention of Rome will imply the establishment at a regulating level of a situation in which the jurisprudence of the Court of Strasbourg, in fact, represents a source of prominent rank Law within the community legal system.*

**Keywords:** *Fundamental Rights, Court of Justice of the European Communities and Court of Strasbourg, Relations between their respective jurisprudence, Evolution, Progressive approach, Willingness to avoid conflicts, Pro-community Jurisprudence of the Court of Strasbourg, Accession of the European Union to the Convention of Rome, Establishment at a regulating level of a factual situation.*

---

1. El Derecho comunitario enmarca y regula un proyecto de integración, mientras que el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante el Convenio) sienta las bases de una cooperación sectorial, tendente a establecer un parámetro europeo común de reconocimiento y respeto de los derechos que en él se contemplan. Siendo todos los Estados de la Unión Europea partes contratantes del Convenio de Roma, cabe plantearse la hipótesis de que, animadas por distintos talentos y contextos interpretativos, las jurisprudencias de los Tribunales llamados a velar por el respeto del Derecho en cada uno de estos dos ámbitos puedan conducir a interpretaciones divergentes de parcelas normativas comunes, cuando no a enfrentamientos abiertos, en cuanto a la determinación o el alcance de ciertas disposiciones y principios. Otro problema que inevitablemente surge de ese estado de desconexión institucional es el relativo a la enjuiciabilidad de los actos comunitarios a la luz del Convenio. No siendo la Unión Europea parte de este último, ¿cabría afirmar la competencia del Tribunal de Estrasburgo (en adelante TEDH) para conocer de, y eventualmente censurar, la acción normativa de los Estados parte en el Convenio en el seno de las instituciones comunitarias? Una respuesta negativa, ¿no significaría permitir a los Estados miembros de la Unión sustraer del ámbito de protección jurisdiccional del TEDH un haz de competencias tutelares que ellos mismos se había comprometido a respetar?

2. Las jurisprudencias del TJ y del TEDH ofrecen ejemplos de divergencias interpretativas y hasta de algún que otro elemento de fricción. De esta manera, si las sentencias del TJ dictadas en los asuntos *Hoechts*<sup>2</sup>, *Dow Be-*

---

<sup>2</sup> Asuntos acumulados 46/87 y 227/88 (Rec. 1989; p. 2859).

*nelux*<sup>3</sup> y *Dow Chemical Iberica*<sup>4</sup> estimaron que las dependencias empresariales o profesionales no estaban protegidas por un estatuto de inviolabilidad, la sentencia dictada posteriormente por el TEDH en el asunto *Niemitz*<sup>5</sup> falló en sentido contrario, estimando que el artículo 8 del Convenio puede aplicarse a determinadas actividades o a determinados locales profesionales o comerciales.

En las sentencias dictadas en los asuntos *Funke*<sup>6</sup>, *Murray*<sup>7</sup> y *Saunders*<sup>8</sup> el TEDH estimó protegido por el artículo 6 del Convenio el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, en unos términos considerados por un sector de la doctrina menos limitativos que la jurisprudencia comunitaria<sup>9</sup>.

Desde la sentencia dictada en el asunto *Borgers*<sup>10</sup> el TEDH ha mantenido una jurisprudencia constante según la cuál, negar a una parte en un proceso la posibilidad de reaccionar a o presentar observaciones sobre las conclusiones definitivas, eventualmente contrarias a sus pretensiones, con que determinados magistrados, similares en su perfil y funciones a los Abogados Generales del TJ, formulan una propuesta de fallo, cerrando con ello la fase oral, constituye una violación de los derechos de la defensa. Según esta doctrina, el hecho de que este magistrado tenga la última palabra antes de que el litigio entre en fase de deliberación, constituye una violación objetiva del principio de contradicción. En el auto dictado en el asunto *Emesa Sugar*<sup>11</sup> el TJ ha considerado esta doctrina inaplicable al Abogado General.

<sup>3</sup> Asunto 85/87 (Rec. 1989; p. 3137).

<sup>4</sup> Asuntos acumulados 97 a 99/87 (Rec. 1989; p. 3165).

<sup>5</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemitz/Alemania* (las resoluciones dictadas en el presente trabajo han sido consultadas y están disponibles en la página web del TEDH [www.echr.coe.int/echr-jurisprudencia-sistema-de-búsqueda-«HUDOC»](http://www.echr.coe.int/echr-jurisprudencia-sistema-de-búsqueda-«HUDOC»)). La confirmación de esta doctrina por la sentencia del TEDH de 16 de abril de 2002, en el sentido de reconocer «que los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio incluyen el respeto de la sede social de una sociedad, de su agencia o de sus locales profesionales» (asunto *Colas Est/Francia*) motivó que el TJ se plegara definitivamente a ella en la sentencia dictada en el asunto *C-94/00 Roquette* (Rec. 2002; p. I-9011).

<sup>6</sup> Sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke/Francia*.

<sup>7</sup> Sentencia de 8 de febrero de 1996, *Murray/Reino Unido*.

<sup>8</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Saunders/Reino Unido*.

<sup>9</sup> Vease DE HERT, «Le droit au silence des suspects et témoins», *Revue du droit de police*, 1999, N. 2, p. 20. Veanse igualmente las sentencias dictadas en los asuntos 374/87 *Orkem* (Rec. 1989; p. 3283), 27/88 *Solvay* (Rec. 1989; p. 3355), C-60/92 *Otto BV/Postbank* (Rec. 1993; p. I-3) y T-112/98 *Mannesmannröhren-Wurke* (Rec. 2001; p. II-729).

<sup>10</sup> Sentencia de 30 de octubre de 1991, *Borgers/Bélgica*. Veanse igualmente las sentencias de 29 de febrero de 2000, *Kress/Francia*, de 20 de febrero de 1006, *Vermeulen/Bélgica*, y 26 de julio de 2002, *Meftah* y otros/*Francia*.

<sup>11</sup> Asunto C-17/98 *Emesa Sugar NV* (Rec. 2000; p. I-665). Sobre este auto vease F. BE-NOÏT-ROHMER, «L'affaire Emesa Sugar: l'institution de l'Avocat général de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'Homme», *Cahiers de Droit européen*, 2001, n.º 3-4, p. 404.

La sentencia del TEDH de 29 de octubre de 1992<sup>12</sup> resolvió dos denuncias presentadas ante la antigua Comisión del Convenio de Roma por dos asociaciones irlandesas, una de cuyas actividades consistía en ofrecer información a mujeres embarazadas sobre la posibilidad de abortar en clínicas británicas. Contra ambas asociaciones la *Society for the protection of unborn children* había instado un proceso que concluyó con la prohibición de la actividad arriba mencionada. Ante la Comisión las denunciadas alegaron el desconocimiento por las autoridades irlandesas de su derecho a la libertad de información, consagrado por el artículo 10 del Convenio de Roma. El TEDH falló a favor de las denunciadas, estimando que la prohibición objeto del litigio era desproporcionada respecto al objetivo perseguido.

Un año antes<sup>13</sup>, el TJ debió ocuparse de la misma problemática desde la óptica del Derecho comunitario y, en concreto, de la libre prestación de servicios, prevista en los antiguos artículos 49 (antiguo 59) y siguientes del Tratado CE. En su sentencia el TJ estimó que la normativa irlandesa que había servido de base a la prohibición objeto de litigio se situaba fuera del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario, puesto que la información ofrecida por las asociaciones encausadas no se difundía por cuenta de agentes económicos establecidos en otros Estados miembros, de manera que una prohibición de este tipo de informaciones no podía considerarse una restricción de las previstas en el artículo 49 del Tratado. Vemos cómo, con este fallo, el TJ negó a las referidas asociaciones la tutela que un año más tarde les otorgó el TEDH.

Como veremos más adelante, en su jurisprudencia más reciente el TEDH ha llegado incluso a reconocer violaciones del Convenio por comportamientos de Estados miembros de la Comunidad Europea que traen causa del ordenamiento comunitario o que se limitan a cumplimentarlo.

**3.** Siendo el TJ el órgano de control jurisdiccional de un ordenamiento regulador de un proceso de integración, que surgió a mediados de los años cincuenta del pasado siglo como un fenómeno de marcada especificidad institucional y normativa, su jurisprudencia manifestó desde el primer momento un impulso teleológico, tendente a apuntalar los imperativos funcionales del sistema comunitario y a consolidar su progresiva afirmación. No es de extrañar que, partiendo de esta premisa, la problemática relativa a los derechos fundamentales se abordara desde una perspectiva funcional, supeeditada a esa tarea de fortalecimiento de los pilares constitutivos del Derecho surgido del Tratado de Roma.

---

<sup>12</sup> Open Door Counselling Ltd y Dublín Well-Woman Center Ltd/Irlanda.

<sup>13</sup> Asunto C-159/90 The society for the Protection of Unborn Children Ireland contra Stephen Grogan y otros (Rec. 1991; p. I-4685).

De esta manera, si «el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza»<sup>14</sup> el TJ y, si en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, este último debe «inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», así como en determinados actos de Derecho internacional, en cuya elaboración los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, instrumentos que pueden proporcionar igualmente «indicaciones que conviene tener presente en el marchó del Derecho comunitario»<sup>15</sup> estas afirmaciones de principio se matizan muy significativamente en el sentido de que, por un lado, la protección de los derechos fundamentales debe ser garantizada en el marco de la estructura y objetivos comunitarios, y, por otro lado, que dichos derechos no constituyen prerrogativas absolutas, sino que cabe establecer determinados límites a su ejercicio, justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que se respete la sustancia de dichos derechos<sup>16</sup>.

El auto del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974<sup>17</sup>, más conocido por la doctrina como «Solange I», marca un punto de inflexión en esta línea jurisprudencial A partir de dicho auto, en el que el alto Tribunal alemán esbozó la amenaza de un control de la constitucionalidad de los actos comunitarios, en el supuesto de que el ordenamiento comunitario no ofreciera un nivel de garantías equivalente al contemplado en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia del TJ se abre hacia el Convenio de Roma, de tal manera que *el principio del respeto* del catálogo de derechos recogidos en el Convenio pasa a constituir un criterio para la identificación de principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros e, indirectamente, de control de la legalidad comunitaria<sup>18</sup>. Cabe afirmar que, partiendo de este nuevo enfoque, el Convenio de Roma comienza a desem-

---

<sup>14</sup> Se trata de una jurisprudencia clásica. Veanse, a modo de ejemplo, las sentencias dictadas en los asuntos 29/69 Stauder (Rec.1969; p. 419) y 11/70 Internationale Handelsgesellschaft (Rec. 1970; p. 1125).

<sup>15</sup> Vease la sentencia dictada en el asunto 4/73 Nold (Rec. 1974; p. 491), que es la primera en consagrar esta fórmula de estilo.

<sup>16</sup> Vease J. COPPEL y A. O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking rights seriously?», *Common Market Law Review*, 1992, n.º 29, p. 669. Estos autores se refieren a una utilización «ofensiva» o «defensiva», según los casos, de los derechos fundamentales, que en su opinión viene motivada por la búsqueda, no de un nivel adecuado de protección de estos derechos, sino de la consolidación y desarrollo del sistema comunitario.

<sup>17</sup> BVerGE, 37, p. 271.

<sup>18</sup> Veanse las sentencias dictadas en los asuntos 36/75 Rutili (Rec1975; p. 1219) y 98/79 Pescataing (Rec.1980; p. 691), en los asuntos acumulados 154, 205, 206, 226 a 228, 263 y 264/78, 39, 31, 83 y 85/79 Valsabbia y otros (Rec. 1980; p. 907 ) y en los asuntos 63/83 Regina contra Kent Kirk (Rec. 1984; p. 2689) y 222/84 Johnston (Rec.1986; p. 1651)

pañar «en la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia, una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido»<sup>19</sup>.

Esta postura experimentó un desarrollo significativo en los años noventa, coincidiendo con un momento histórico en el que el constituyente comunitario inicia una revisión en profundidad del Derecho primario. La prudencia que, ante esta perspectiva de remodelación drástica de los Tratados constitutivos, comienza a manifestar el TJ respecto de un talante jurisprudencial tradicionalmente favorable a una interpretación generosa del ámbito comunitario de competencias, se ve compensada con una doctrina en la que las implicaciones del respeto de los derechos fundamentales pasa a constituir el eje alrededor del cuál la jurisprudencia comunitaria se abre a nuevas vías de desarrollo, particularmente en los ámbitos de la libre circulación de personas<sup>20</sup> y del respeto de los derechos de la defensa<sup>21</sup>.

**4.** Partiendo de la base de que la Unión Europea no es parte contratante del Convenio de Roma, y de que los ciudadanos europeos no pueden considerarse dependientes de la jurisdicción de los Estados miembros (artículo 1 del Convenio) cuando éstos actúan en el seno de una institución comunitaria, el TEDH ha considerado que «los actos de las instituciones europeas no pueden ser impugnados en tanto que tales ante este Tribunal por que la Comunidad, como tal, no es parte contratante» del Convenio.<sup>22</sup> Por otro lado, dado que la competencia del TEDH se limita a interpretar este último, «no le corresponde controlar el respeto de las obligaciones que incumben (a las partes contratantes) en virtud de otros Tratados interna-

<sup>19</sup> G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, Vol. I, p. 338).

<sup>20</sup> Veanse las sentencias dictadas en los asuntos C-413/99 Baumbast (Rec. 2002; p. I-7091), C-60/00 Carpenter (Rec. 2002; p. I-6279) y C-200/02 Zhu y Chen (Rec. 2004; p. I-9925).

<sup>21</sup> Por lo que respecta al respeto de los derechos de la defensa en los recursos directos, veanse las sentencias dictadas en los asuntos C-49/88 Al-Jubail (Rec. 1991; p. I-3187); C-135/92 Fiskano (Rec. 1994; p. I-2885), T-7/89 Hercules Chemicals (Rec. 1991; p. II-1711), T-30/91 Solvay (Rec. 1995; p. II-1175) y T-36/91 ICI (Rec. 1995; p. II-1901). Tratándose de los poderes que el ordenamiento comunitario otorga directamente a los tribunales internos, merecen citarse las sentencias dictadas en los asuntos C-213/89 factortame (Rec. 1990; p. I-2433) y C-465/93 Atlanta Fruchthandelsgesellschaft (Rec. 1995; p. I-3781) y en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 Brasserie du pêcheur et factortame (Rec. 1996; p. I-29).

<sup>22</sup> Sentencia de 18 de febrero de 1989, Matthews/Reino Unido. El TEDH retoma una práctica constante de la Comisión de Estrasburgo en este sentido. Vease, a título de ejemplo, el Dictamen de esta última de 10 de julio de 1978, CFDT/Comunidad Europea.

cionales o del Derecho comunitario»<sup>23</sup>. Con apoyo en esta doctrina las demandas interpuestas contra la Comunidad son desestimadas como inadmisibles *ratione personae*<sup>24</sup>.

Distinto es el supuesto de las demandas presentadas contra los Estados miembros de la Unión por supuestas violaciones de los derechos recogidos en el Convenio en el ámbito de aplicación de Derecho comunitario. En su Dictamen de 9 de febrero de 1990 la Comisión de Estrasburgo debió pronunciarse sobre un recurso interpuesto por la empresa *M & Co* contra Alemania. La empresa demandante había sido condenada por la Comisión a una multa por infracción de las reglas de la competencia. En sede de plena jurisdicción, el TJ redujo el importe de la multa en unos términos que no satisficieron a la demandante. Frente a la oposición de esta última, que estimaba vulnerado el artículo 6, 2 y 3, c) del Convenio, los tribunales alemanes reconocieron carácter ejecutivo a la resolución sancionadora. Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional federal lo desestimó sin admitirlo a trámite.

En su Dictamen, la Comisión de Estrasburgo comienza admitiendo su competencia de principio para conocer de las eventuales violaciones del Convenio que un Estado parte pueda cometer como consecuencia de las obligaciones asumidas mediante Tratados que impliquen la cesión de competencias estatales. Este traspaso de poderes «no es incompatible con el Convenio, siempre y cuando en la organización de que se trate los derechos fundamentales reciban una protección equivalente». A este respecto, la Comisión observa que «el sistema jurídico de las Comunidades Europeas, no sólo reconoce los derechos fundamentales, sino que también garantiza el control de su respeto». Por otro lado, el TJ «ha elaborado una jurisprudencia por la que se obliga a controlar los actos de las Comunidades sobre la base de los derechos fundamentales, incluidos los consagrados por el Convenio». Al término de este razonamiento, que parece calcado del que apenas cuatro años antes había seguido el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia conocida como «Solange II»<sup>25</sup>, el recurso fue declarado inadmisibile.

La sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews/Reino Unido*, ya citada, se apartó de esa actitud reticente a utilizar el Convenio

---

<sup>23</sup> Veanse las sentencias de 2 de septiembre de 2003, PL/Francia, y de 5 de septiembre de 2000, A. Malard/Francia.

<sup>24</sup> En contra de esta doctrina se alza la significativa voz de Pierre PESCATORE («La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1988, p. 451), que considera que la Comunidad ha sucedido a los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio y que, por consiguiente, las demandas interpuestas contra aquella deben considerarse admisibles.

<sup>25</sup> BVerGE, 75, p. 223.



como parámetro de control de la legalidad de la normativa comunitaria, declarando una violación del Convenio por un Estado miembro de la Comunidad que se había limitado a respetar la obligación de no hacer prevista en una disposición de Derecho primario. En la denuncia que motivó la sentencia, la Sra. *Matthews* alegaba que, no habiendo convocado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, el Reino Unido había infringido el artículo 3 del protocolo n. 1 del Convenio, en virtud del cuál los Estados parte se comprometen a organizar regularmente elecciones libres al «cuerpo legislativo». La línea principal de defensa del Estado demandado consistía en sostener que los actos adoptados por la Comunidad o las consecuencias de su respeto no pueden imputarse a los Estados miembros, especialmente tratándose de elecciones a un órgano constitucional de la propia Comunidad, al que, dado su carácter supranacional, no le sería aplicable la disposición de autos. Apreciando motivos de justeza en este argumento, la Comisión del Convenio había recogido en su Dictamen un parecer favorable a las pretensiones del Reino Unido. Sin embargo, el TEDH estimó que el progresivo realce del status institucional del parlamento Europeo, como consecuencia de las sucesivas modificaciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, en especial la introducida por el Tratado de Maastricht, habían convertido a este organismo parlamentario, independientemente del nivel de sus competencias legislativas, en «el instrumento principal de control democrático y de responsabilidad política del sistema comunitario», haciéndolo con ello merecedor de la condición de «cuerpo legislativo». Así encuadrado el parlamento Europeo dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo n. 1, el Juzgador acabará fallando que el Estado demandado había infringido esta disposición, al no convocar elecciones al parlamento Europeo en Gibraltar, en cumplimiento del Acto de 1976, relativo a la elección de los diputados al Parlamento por sufragio universal directo, anexo a la Decisión 76/787 del Consejo, de 24 de septiembre de 1976.

Salta a la vista lo incómodo de la situación en que esta sentencia dejaba al Reino Unido. Encajonado entre dos ordenamientos con mandatos opuestos, tanto si se conformaba a la sentencia del TEDH como si se atenía a sus obligaciones comunitarias, esta auténtica encerrona normativa sólo podía tener como resultado la vulneración de uno de los dos ordenamientos. Una muestra elocuente de lo paradójico de este estado de cosas es el recurso por incumplimiento que interpuso España contra el Reino Unido, cuando este último optó por ejecutar la sentencia del TEDH<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Asunto C-145/04 España contra Reino Unido (Rec. 2006; p. I-7917). Resulta significativo que en esta sentencia el TJ invoque las obligaciones derivadas del artículo 3 del Protocolo n. 1, tal y como esta disposición había sido interpretada por la sentencia *Matthews*, como causa de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento imputado al Reino Unido por el



Cuando aún no se habían extinguido los ecos de la sentencia *Matthews*, en el asunto *Bosphorus Hava Turizim ve Ticaret Anonim Sirketi/Irlanda*<sup>27</sup> el TEDH tuvo una nueva oportunidad de pronunciarse sobre la enjuiciabilidad a la luz del Convenio de los actos adoptados por los Estados miembros en cumplimiento de una obligación comunitaria. La demandante, una compañía aérea turca había puesto una aeronave a disposición de la compañía yugoslava «Yugoslav Airlines». En mayo de 1993 y al amparo del Reglamento n. 999/93, que daba ejecución en la Comunidad a las sanciones adoptadas por la ONU contra Yugoslavia, las autoridades irlandesas inmovilizaron el avión arrendado por la compañía yugoslava. Un primer recurso interpuesto ante la High Court se saldó con éxito. El alto Tribunal estimó que, en las condiciones del caso de autos, el Reglamento arriba mencionado no era aplicable a la aeronave objeto del litigio. En vía de apelación el TJ, ante el que se había planteado una cuestión prejudicial, desautoriza la primera sentencia y entiende que las autoridades irlandesas habían actuado conforme a Derecho en la inmovilización del aparato turco.

Planteado recurso ante el TEDH, éste, en su sentencia, va a profundizar la línea abierta por la Comisión en su Dictamen *M & Co*, pero en unos términos mucho más estrictos que los recogidos en este último. El Juzgador admite que la voluntad de respetar el Derecho comunitario, que inspira la medida de incautación, «constituye para una parte contratante un objetivo legítimo conforme al interés general, en el sentido propio del artículo 1 del Protocolo n. 1». Ahora bien, la invocación de motivos de interés general no basta para entender amparada por el Convenio una intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales. Se hace igualmente preciso «analizar si y, en su caso, en qué medida, el importante interés general que las autoridades irlandesas asociaban al respeto de sus obligaciones comunitarias puede justificar la merma sufrida por la sociedad demandante en sus derechos de propiedad. Tras recordar que las partes contratantes no quedan exoneradas de sus obligaciones respecto del Convenio por los actos que puedan adoptar en ejecución de los compromisos adquiridos en el seno de una organización internacional, el TEDH, remitiéndose a la doctrina *M & Co*, entiende que una medida adoptada «en ejercicio de semejantes obligaciones debe considerarse justificada cuando la organización de que se trate acuerde a los derechos fundamentales (...) una protección cuando menos equivalente a la

---

Estado demandante. Dado, en efecto, que esta sentencia «declaró contraria al artículo 3 del protocolo n. 1 al Convenio la no celebración de elecciones al parlamento Europeo en Gibraltar (...) no puede reprocharse al Reino Unido que adoptase la normativa necesaria para la organización de tales elecciones en condiciones equivalentes, mutatis mutandis, a las previstas por la normativa aplicable en el Reino Unido».

<sup>27</sup> Sentencia de 30 de junio de 2005.

garantizada por el Convenio». Por «equivalente» no debe entenderse un nivel de protección idéntico al de este último, sino sólo «comparable». Sin embargo, una constatación de equivalencia del tipo aludido no es definitiva, «sino que puede ser reexaminada en función de todo cambio pertinente en la protección de los derechos fundamentales».

Ya en el último eslabón de su *iter* lógico el Tribunal se libra a una enumeración relativamente exhaustiva de las vías de protección jurisdiccional que ofrece el ordenamiento comunitario a los particulares, así como de los hitos que han jalonado la evolución de este Derecho en el ámbito de las garantías fundamentales (Acta Única Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, ampliamente inspirada en el Convenio, una jurisprudencia del TJ atenta a la del TEDH, la futura adhesión al Convenio prevista en el proyecto de Constitución Europea) para concluir que, «en estas condiciones, este Tribunal estima poder considerar que la protección de los derechos ofrecida por el Derecho comunitario es (...) equivalente (...) a la garantizada por el mecanismo del Convenio». Tratándose, en concreto, de la medida de incautación denunciada el TEDH rechaza que «haya habido algún tipo de disfunción del mecanismo de control del respeto de los derechos garantizados por el Convenio» que hubiera podido provocar una «insuficiencia manifiesta» en la tutela de los derechos de la demandante». Así pues, «la presunción de respeto del Convenio por el Estado demandado no ha sido vencida».

Frente a la actitud de inhibición prudente que inspiraba el Dictamen *M & Co*, vemos cómo, aún llegando al mismo resultado, el TEDH se expresa en unos términos más enérgicos y menos apaciguadores. Lo que en aquella era una afirmación pasa a constituir una presunción de equivalencia en los parámetros de respeto de los derechos fundamentales, que, por otra parte, se contempla como potencialmente superable. En esta sentencia planea la sombra del asunto *Matthews*, que cinco años atrás había demostrado que la posibilidad de un conflicto entre las jurisprudencias de Estrasburgo y Luxemburgo era algo más que una mera hipótesis de trabajo.

**5.** Pero las relaciones entre las jurisprudencias del TJ y del TEDH no se reducen a los motivos ocasionales de conflicto que hayan podido surgir entre ambas. Mucho más elocuente sobre el grado de interpenetración enriquecedora entre los dos Tribunales son los ejemplos relativamente numerosos de receptibilidad y apertura de cada uno de ellos a la doctrina del otro, así como a los rasgos específicos de los respectivos sistemas jurídicos.

La diputada europea *Dorothee Piermont*, de nacionalidad alemana e integrante del grupo parlamentario «arco iris», fue expulsada de la Polinesia francesa en marzo de 1986, prohibiendosele igualmente la entrada en el territorio de Nueva Caledonia. Las autoridades francesas invocaron motivos de orden público para justificar estas medidas, cuyo fin era impedir a la

Sra. Piermont expresarse a favor de las organizaciones independentistas de ambos territorios en vísperas de elecciones territoriales y legislativas. Interpuesto recurso ante el TEDH, éste<sup>28</sup> estimó vulnerado el derecho de la diputada europea a la libertad de expresión. Para el juzgador, «la pertenencia de la Sra. Piermont a un Estado miembro de la Unión Europea, especialmente en su calidad de parlamentaria europea, no permitía oponerle el artículo 16 del Convenio; tanto más cuanto que la población de los TOM participa en las elecciones al Parlamento Europeo». De esta manera, la sentencia del TEDH añade un motivo adicional de inmunidad parlamentaria no prevista en el Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas; haciendo con ello gala de una sensibilidad exquisita acerca de las necesidades funcionales del Parlamento Europeo, en tanto que órgano depositario de la soberanía popular en el entramado institucional comunitario.

La esposa de un antiguo dirigente etarra extraditado a España tras permanecer ocho años en las cárceles francesas, con el que había tenido una hija de nacionalidad francesa, denunció a Francia por haberle negado el certificado de residencia y limitarse a extenderle recibos de las sucesivas solicitudes por ella presentadas. Entendía la demandante que esta actitud denegatoria de las autoridades francesas vulneraba el respeto de su vida privada y familiar, en el sentido propio del artículo 8 del Convenio. En su sentencia<sup>29</sup> el TEDH estimó que la no concesión de un certificado de residencia, cuando la demandante residía legalmente en Francia desde hacía más de catorce años y reunía las condiciones exigidas por el Derecho común de extranjería para obtenerlo, constituía incontestablemente una ingerencia en su vida privada y familiar. Pero el Juzgador no se limitó a esta conclusión condenatoria. Esta sentencia es relevante por que en ella va a extraerse del ordenamiento comunitario un argumento adicional en apoyo de las pretensiones de la demandante. Esta, en efecto, dada su condición de nacional comunitaria, ya desde el 1 de enero de 1992, fecha de la conclusión del periodo transitorio para los nacionales españoles, podía disfrutar del derecho de residencia contemplado en el artículo 48 del Tratado, el Reglamento (CEE) 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y la Directiva (CEE) 68/360, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. De esta manera, las disposiciones comunitarias directamente aplicables al caso de autos integran la interpretación del concepto de «ingerencia prevista por la ley» del artículo 8,3 del Convenio.

---

<sup>28</sup> Sentencia de 27 de abril de 1995, Piermont/Francia.

<sup>29</sup> Sentencia de 17 de enero de 2006, Aristimuno Mendizábal/Francia.

Cabe igualmente mencionar la sentencia de 19 de marzo de 1977<sup>30</sup>, que, evocando la vía de recurso prevista en el artículo 228 del Tratado CE, estimó contraria al artículo 6,1 del Convenio la inejecución persistente por las autoridades griegas de una sentencia condenatoria en vía de incumplimiento; así como la de 16 de abril de 2002<sup>31</sup>, que consideró lesionado el derecho de propiedad de la demandante, una sociedad aseguradora, por haber debido satisfacer el IVA, a pesar de la exención que otorga a las operaciones de seguro y reaseguro la Sexta Directiva en la materia. Para el TEDH, el reconocimiento de su falta de competencia «para declarar la incompatibilidad del IVA con la actividad de corretaje de seguros del 1 de enero al 30 de junio de 1998 con las disposiciones del artículo 13,B,a) de la Sexta Directiva» no le impide constatar la violación del artículo 1 del protocolo n. 1 del Convenio, como consecuencia de la inadecuación del Derecho francés a dicho texto comunitario; violación de la que se derivaba una ingerencia en los bienes de la demandante que en modo alguno podía considerarse amparada por el interés general.

Pero no sólo el TEDH se muestra receptivo en su jurisprudencia a la especificidad del ordenamiento comunitario; también el TJ presta una atención cada vez mayor a la doctrina de aquél. Las referencias a las resoluciones del TEDH constituyen hoy en día una práctica frecuente, en aquellos supuestos en los que entra en juego la garantía del respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario. Esta práctica, que comenzó a afirmarse tras el Dictamen 2/94 del TJ, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección e los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>32</sup>, quizás a modo de reacción positiva frente a la postura contraria a la adhesión en él mantenida, supone, de hecho, un cambio de óptica. El respeto de los derechos fundamentales deja de concebirse como un elemento de referencia obligada en la progresiva afirmación del sistema institucional comunitario como Comunidad de Derecho, cuyo valor normativo se extrae principalmente de los valores constitucionales comunes a los Estados miembros, para pasar a constituir, de hecho, un parámetro externo de control del respeto de las garantías fundamentales en sede comunitaria. Una consecuencia de este nuevo enfoque es la desvinculación de los derechos fundamentales de la lógica funcional o de desarrollo del propio ordenamiento comunitario.

---

<sup>30</sup> Sentencia de 19 de marzo de 1997, Hornsby/Grecia.

<sup>31</sup> S. A. Dangeville/Francia.

<sup>32</sup> Rec. p. I-583. Sobre este Dictamen vease: C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, n.º 3, p. 817.

La sentencia dictada en el asunto *Schmidberger*<sup>33</sup> debió pronunciarse sobre si cabía considerar como medida de efecto equivalente, contraria al artículo 28 del Tratado, el comportamiento de las autoridades austriacas consistente en no oponerse a una concentración ecologista que bloqueó la autopista de Brenner durante más de treinta horas. En esta autorización tácita desempeñaron un papel determinante consideraciones relativas al amparo de las libertades de reunión y expresión de los manifestantes. Con base en una jurisprudencia constante, el TJ calificó dicha autorización tácita de medida de efecto equivalente; pero, al mismo tiempo, justificó este obstáculo al libre tráfico de mercancías, al entender que la protección de los derechos fundamentales «constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías». Aceptando, por otra parte, que las libertades previstas en el artículo 10 del Convenio no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de determinadas restricciones por los poderes públicos, el Juzgador afirma que, «en tales circunstancias, es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses». Al término de este examen concluye el TJ que las autoridades austriacas han hecho un uso legítimo de la *amplia facultad de apreciación* de que disponen en este ámbito, dado que «las restricciones impuestas a los intercambios comunitarios (se ajustaban) a la finalidad legítima perseguida, a saber, en el caso de autos, la protección de los derechos fundamentales».

Lo interesante de esta sentencia es la manera cómo el TJ justifica una infracción del artículo 28 del Tratado CE. Frente a una jurisprudencia consolidada que eleva a la condición de pilar fundamental del ordenamiento comunitario el principio de la libre circulación de mercancías, cuya aplicación estricta sólo puede verse limitada por determinadas exigencias imperativas de interés público, de interpretación y aplicación sumamente restrictivas, la sentencia de 13 de junio de 2003 reconoce a los Estados miembros un amplio poder de apreciación, en el ámbito específico del respeto de los derechos fundamentales, como posible causa justificativa de una vulneración del artículo 28 del Tratado CE. Vemos, por consiguiente, cómo la voluntad de evitar un eventual conflicto con el TEDH puede llegar a alterar los perfiles de una jurisprudencia acuñada.

Ya en el terreno de la libre prestación de servicios, la sentencia del TJ de 23 de octubre de 2003<sup>34</sup> nos ofrece otro ejemplo de alteración puntual

<sup>33</sup> Asunto C.-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge (Rec. 2003; p. I-5659).

<sup>34</sup> C-245/01 RTL Televisión GmbH (Rec. 2003; p. I-12489).

de una jurisprudencia consolidada. El artículo 11,3 de la Directiva 89/552 sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, prevé que la transmisión de obras audiovisuales de duración superior a cuarenta y cinco minutos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo de cuarenta y cinco minutos. Puede autorizarse otra interrupción publicitaria «si la interrupción programada es superior en veinte minutos por los menos a dos o más periodos completos de cuarenta y cinco minutos». El litigio que motivó la sentencia tuvo su origen en la decisión del organismo público de control de las entidades televisivas de Baja Sajonia de prohibir a la cadena RTL que interrumpiera su programación sin respetar los límites previstos en dicha disposición. La RTL alegó en su defensa la vulneración de su libertad de comunicación y radiodifusión, englobada en el derecho a la libre recepción o comunicación de información o ideas, consagrado por el artículo 10,1 del Convenio. En su resolución, el TJ recuerda que, conforme a su propia jurisprudencia, «la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial y, por razones de política cultural, el mantenimiento de una cierta calidad de los programas son objetivos que pueden justificar las restricciones impuestas por los Estados miembros en materia de publicidad y televisión». Descendiendo al examen de la proporcionalidad de la prohibición de autos el TJ va a insertar en su razonamiento una referencia a la doctrina del TEDH según la cuál «las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de discrecionalidad para apreciar la existencia de una necesidad social imperiosa que pueda justificar una restricción a la libertad de expresión».

Como es sabido, la jurisprudencia comunitaria reconoce a los Estados miembros la posibilidad de mantener aquellas trabas a la libre prestación de servicios que se justifiquen por razones imperiosas de interés general; un concepto que, por constituir un ámbito de excepción a uno de los principios básicos del sistema comunitario, ha de interpretarse de manera particularmente estricta; sin embargo, ante la invocación de un derecho fundamental como posible causa de inaplicación de la normativa comunitaria en la materia, el rigor interpretativo normalmente exigible se convierte en una amplia facultad de apreciación, cuyos beneficiarios son los Estados miembros.

No queremos concluir este apartado sin mencionar la sentencia del TJ dictada en el asunto *K.B/Nacional Health Service Pension Agency*<sup>35</sup>, en el que se planteaba la cuestión de si debía considerarse contraria al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres la legislación británica que, al prohibir el matrimonio con transexuales, imposibilitaba el co-

---

<sup>35</sup> Asunto C-177/01 (Rec. 2004; p. I-541).

bro de una pensión por quién, de admitirse este tipo de unión matrimonial, tendría derecho a ella en su condición de cónyuge supérstite. El TJ reconoció la existencia de una discriminación. En la solución así dada al litigio cabe reconocer un papel determinante a la sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002<sup>36</sup>, que consideró la referida legislación británica contraria al artículo 14 del Convenio. Sin este precedente es muy posible que el TJ, que admite expresamente en su sentencia que la referida normativa británica no era, en tanto que tal, contraria al artículo 141 del Tratado, se hubiese decantado por un fallo distinto.

6. Hemos pasado revista a las relaciones en un primer tiempo difíciles, pero presididas más tarde por el respeto recíproco e incluso la voluntad de diálogo entre las jurisprudencias de Luxemburgo y Estrasburgo. En sintonía con este estado de cosas el Tratado de Ámsterdam introdujo en el Tratado de la Unión Europea un artículo 6,2, según el cuál «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio (...) y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho». Con la entrada en vigor de esta disposición la doctrina del TEDH pasó a tener un valor en el ordenamiento comunitario, sino de sistema de precedentes de obligado seguimiento, sí de parámetro de referencia ineludible para las autoridades comunitarias, y muy especialmente para el TJ. En el ámbito concreto del derecho de asilo el Protocolo sobre asilo a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, anexo al Tratado de Roma, convierte incluso el Convenio en una fuente formal de Derecho comunitario<sup>37</sup>.

Una vuelta de tuerca significativa en este proceso de reconocimiento progresivo del Convenio como fuente material de Derecho comunitario fue la inclusión en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del artículo I-9,2, según el cuál «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Esta disposición ha pasado a ser el artículo 6,2 del Tratado Lisboa, cuyo artículo 6,1 reconoce al Convenio «el mismo valor jurídico que los Tratados». La entrada en vigor de este Tratado dotaría, por consiguiente, a la Unión de una base normativa expresa para proceder a una ad-

---

<sup>36</sup> Goodwin/Reino Unido.

<sup>37</sup> El artículo único, a) del dicho Protocolo preve que un Estado miembro sólo podrá tomar en consideración o declarar admisible para su examen la solicitud de asilo presentada por un nacional de un Estado miembro «si el Estado miembro del que el solicitante es nacional procede, después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, amparándose en las disposiciones del artículo 15 del Convenio (...), a adoptar medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo a dicho Convenio».



hesión, que, por otra parte, se define como una obligación de resultado. Con ello desaparecen los obstáculos de principio que podrían oponerse a la celebración de un acuerdo con una organización internacional de carácter no supranacional, que suponga la cesión de competencias jurisdiccionales a un Tribunal cuyas resoluciones se impongan a las del propio TJ. Recordemos que, en su Dictamen 1/91<sup>38</sup>, relativo al Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo, el TJ se opuso a la celebración de un primer Acuerdo que preveía un Tribunal competente para interpretarlo y cuyas resoluciones le vinculaban, al entender que esta situación de dependencia jerárquica, aparte de alterar el monopolio en la interpretación del ordenamiento comunitario que le otorga el artículo 219 del Tratado, suponía un grave riesgo de desnaturalización de los rasgos específicamente integradores de dicho ordenamiento<sup>39</sup>. De igual manera, en su Dictamen 2/94 sobre la adhesión al Convenio, ya citado, el TJ también se opuso a dicha adhesión, tras considerar que la misma «implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» y que «una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían así mismo fundamentales, tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites» del artículo 308 (ex 235) del Tratado. Poniéndose a resguardo de estos precedentes, el Protocolo n. 8, anexo al Tratado de Lisboa, ha previsto que «el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio (...) estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión (...)».

Una vez eliminados los obstáculos de orden constitucional que pudieran oponerse a la adhesión al Convenio, cabe plantearse si la misma presentará una mejora cierta en el nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales. La respuesta a esta pregunta se antoja, en principio, negativa, por varias razones:

- En primer lugar, por el referente interno al ordenamiento comunitario que, a pesar de no constituir aún Derecho positivo, supone la Carta de Derechos fundamentales. Esta Carta, cuya formulación es prácticamente idéntica a la del Convenio, aunque de contenido más

<sup>38</sup> ReC. 1991; p. I-6079.

<sup>39</sup> Vease A. VALLE GÁLVEZ, «La especificidad del ordenamiento comunitario (comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, p. 155.



amplio, al recoger determinados derechos sociales<sup>40</sup>, y cuyas disposiciones han de poseer el mismo alcance y sentido que las del propio Convenio (artículo 52,7 de la Carta), ha inspirado la jurisprudencia más reciente del TJ en materia de derechos fundamentales, junto con las disposiciones homólogas de aquél. No es infrecuente, en efecto, que los artículos pertinentes del Convenio y de la Carta sean conjuntamente citados en una misma resolución.

- En segundo lugar, porque, en materia de no discriminación, el núcleo central por excelencia del ordenamiento comunitario y, por ello, uno de los más expuestos a la jurisprudencia del TEDH, éste reconoce a las partes contratantes un amplio margen de maniobra «para determinar si, y en qué medida, diferencias entre situaciones en otros aspectos análogas justifican distinciones en el trato jurídico»<sup>41</sup>. Es oportuno precisar, a este respecto, que si la jurisprudencia de Estrasburgo se ha mostrado menos transigente ante discriminaciones basadas en criterios particularmente sensibles, como el sexo, los pocos sacos en que el TEDH ha debido conocer de supuestos que traían causa del Derecho comunitario han sido resueltos con un talante menos estricto<sup>42</sup>.
- En tercer y último lugar, por la voluntad de respeto recíproco y diálogo que manifiestan ambos Tribunales; voluntad que se ha ido consolidando con el tiempo y que permite descartar la hipótesis de un conflicto ínterjurisdiccional<sup>43</sup>. No deja de ser significativo que, en la

<sup>40</sup> Veanse las Conclusiones presentadas por la Abogado General TRSTENJAK el 24 de enero de 2008, en el asunto C-520/06 Stringer (aún sub iudice).

<sup>41</sup> Sentencia de 27 de marzo de 1998, Petrovich/Austria.

<sup>42</sup> Veanse las sentencias de 12 de abril de 2006, Stec/Reino Unido, y 22 de agosto de 2006, Walker/Reino Unido. En contra vease D. MARTIN, «Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudence sous influence?», *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 2007, p. 107, para quien «une adhésion de l'Union européenne à la Convention (...) signifierait en tout cas que la définition et la portée du principe d'interdiction de discrimination en droit communautaire risquerait d'être dénaturées»; un riesgo que para el autor se ve sensiblemente incrementado como consecuencia de la adopción de las Directivas 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>43</sup> A. BERRAMDANE («La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2006, p. 243) evoca una «lógica de interpenetración» entre las jurisprudencias del TJ y del TEDH. A este respecto, vease igualmente la Declaración n. 2, anexa al Tratado de Lisboa, relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión, en la que, tras reiterar la necesidad de preservar «las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión», la Conferencia «toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio».

sentencia que resolvió el recurso por incumplimiento interpuesto por España contra el Reino Unido por haber éste ejecutado la sentencia *Matthews*, el TJ se limitara a invocar las obligaciones derivadas del Convenio como causa de exclusión de la antijuridicidad comunitaria<sup>44</sup>.

Por consiguiente, cabe afirmar con algún autor<sup>45</sup> que la adhesión de la Unión al Convenio debe concebirse como la regularización de una situación de hecho; y ello no sólo porque la cesión de competencias a una entidad de carácter supranacional de carácter integrador, ajena, en tanto que tal, a la estructura creada por el Convenio, supone, aunque sólo sea a nivel teórico, el riesgo de crear parcelas de desprotección jurídica respecto de este último, sino también, y sobre todo, porque, haciéndose eco del concepto de espacio constitucional europeo común<sup>46</sup>, en su jurisprudencia más reciente el TJ utiliza en la práctica el Convenio como parámetro adicional de control de la legalidad comunitaria.

En cualquier caso, la adhesión al Convenio representará para el Derecho de la Unión la puesta a punto de una plataforma jurídico-institucional desde la que solventar los raros aspectos de la jurisprudencia comunitaria que, como la inaplicación de la jurisprudencia *Borgers* del TEDH a los Abogados generales del TJ o una doctrina de este último particularmente restrictiva al apreciar la legitimación activa de los particulares en sede de anulación<sup>47</sup>, puedan aún considerarse potencialmente conflictivos ante la jurisprudencia de Estrasburgo.

De esta manera, es posible que el TEDH sea llamado a pronunciarse sobre si, en el ámbito de aplicación del Convenio<sup>48</sup>, las exigencias de un proceso equitativo imponen la reapertura de la fase oral cuando una parte solicite presentar observaciones tras la lectura de las Conclusiones del Abogado General.

---

<sup>44</sup> Ver supra, nota n. 26.

<sup>45</sup> F. KAUFF-GAZIN, «Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne: un bilan contrasté», *EUROPE-actualité du droit communautaire*, N. 7-juillet 2008, p. 37.

<sup>46</sup> Vease J.H.H. WEILER, «We will do, And Hearken», *Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union*, citado por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 376.

<sup>47</sup> En un artículo temprano, R. KOVAR («Chronique de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Journal de Droit International*, 1966, p. 707) se refería a esta jurisprudencia como constitutiva de una «denegación de justicia».

<sup>48</sup> El auto del TEDH de 13 de enero de 2005 declaró inadmisibile el recurso por el que Emesa Sugar estimaba que la decisión de no reabrir la fase oral tras unas Conclusiones que no se ajustaban, en su opinión, a Derecho, había desconocido su «derecho a un proceso equitativo» (ver supra, nota n. 11). Para el Juzgador el litigio entablado ante el TJ se situaba fuera del ámbito de aplicación del artículo 6,1 del Convenio, por no ser de carácter civil o penal, sino administrativo.

Por último y por lo que respecta a la jurisprudencia relativa a la legitimación activa de los particulares en sede de anulación, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa introducirá un nuevo marco de referencia en la materia, al establecer una diferenciación entre actos legislativos y reglamentarios (artículos 289 y 290) e incluir un nuevo artículo 263,4, que legitima a los particulares para impugnar «los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución». De todos modos e independientemente del efecto flexibilizador que sobre la jurisprudencia clásica del TJ en este ámbito tendrá seguramente esta reforma<sup>49</sup>, la sentencia del TJ de 13 de marzo de 2007<sup>50</sup> parece apuntar hacia una relajación de los criterios clásicos de admisibilidad en aquellos supuestos en que el ordenamiento interno no prevea vías de recurso efectivas contra los efectos jurídicos de un reglamento comunitario.

---

<sup>49</sup> Véase J. PALACIO GONZÁLEZ, «La protección de los particulares en la futura Constitución europea (especial referencia al contencioso de anulación)», *Unión Europea Aranzadi*, septiembre de 2004, p. 5.

<sup>50</sup> Asunto C-432/05 Unibet (Rec. p. I-2271).



# **Jurisprudencia**



# Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

María Isabel Rofes i Pujol<sup>1</sup>  
Letrado del Tribunal de Justicia

## **El derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y a residir libremente en el territorio de un Estado miembro – Directiva 2004/38/CE – Miembros de la familia nacionales de países terceros que entran en el Estado miembro de acogida antes de contraer matrimonio con un ciudadano de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C-127/08<sup>2</sup>**

Esta sentencia tuvo su origen en el procedimiento prejudicial iniciado, con arreglo al artículo 234 CE, a petición de la High Court de Irlanda, mediante resolución de 14 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 25 del mismo mes. Dicho órgano jurisdiccional instaba la interpretación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>3</sup>.

La petición se presentó en el marco de cuatro recursos contencioso-administrativos pendientes ante la High Court con el fin de obtener, en cada uno de ellos, la anulación de la resolución por la que Ministro de Justicia había denegado la autorización de residencia a un nacional de un país tercero casado con una ciudadana de la Unión establecida en Irlanda.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), la Directiva 2004/38 se aplica, en particular, a las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciu-

---

<sup>1</sup> Las opiniones expresadas por la autora son personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

<sup>2</sup> Disponible en la página del Tribunal de Justicia <http://curia.europa.eu> y pendiente de publicación en la Recopilación.

<sup>3</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158, p. 77, y correcciones de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28.

dadanos de la Unión y de los miembros de su familia. Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), a efectos de dicha directiva, se entenderá por «miembro de la familia», entre otros, el cónyuge.

Para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros deben exigir la presentación de un pasaporte válido, de un documento que acredite la existencia de parentesco o de unión registrada, y del certificado de registro o, a falta de sistema de registro, de cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente.

El artículo 27 de la Directiva 2004/38 dispone que los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad o salud pública. Estas razones no pueden, sin embargo, alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deben ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

El artículo 35 de la Directiva 2004/38 permite a los Estados miembros adoptar medidas para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia. Estas medidas serán proporcionadas y estarán sometidas a las garantías procesales contempladas en los artículos 30 y 31.

Con arreglo a su artículo 38, la Directiva 2004/38 deroga, en particular, los artículos 10 y 11 del Reglamento n.º 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>4</sup>, en su versión modificada por el Reglamento n.º 2434/92<sup>5</sup>, en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1612/68».

En la época en la que sucedieron los hechos del litigio principal, la adaptación del derecho irlandés a la Directiva 2004/38 estaba garantizada por el European Communities (Free Movement of Persons) (n.º 2) Regulation 2006<sup>6</sup>, adoptado el 18 de diciembre de 2006 y que entró en vigor el 1 de enero de 2007, en lo sucesivo, «Reglamento de 2006».

---

<sup>4</sup> Reglamento (CEE) del Consejo, de 15 de octubre de 1968. DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

<sup>5</sup> Reglamento (CEE) del Consejo, de 27 de julio de 1992. DO L 245, p. 1.

<sup>6</sup> Reglamento de 2006 relativo a la libre circulación de las personas en las Comunidades Europeas.



En virtud de su artículo 3, apartado 1, el Reglamento de 2006 se aplica a los ciudadanos de la Unión y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, entre otros, a los miembros reconocidos de su familia que no tengan dicha ciudadanía.

Según el apartado 2, el Reglamento no es de aplicación a los miembros de la familia excepto si residen legalmente en otro Estado miembro y pretenden entrar en el Estado junto con un ciudadano de la Unión, o pretenden reunirse con él, y que se encuentre viviendo legalmente en Irlanda. Entre los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión reconocidos se incluyen los cónyuges.

En el litigio principal se presentaban varios supuestos prácticos.

En el primero, el Sr. Metock, de nacionalidad camerunesa, había llegado a Irlanda el 23 de junio de 2006 y solicitado asilo político, que le fue denegado el 28 de febrero de 2007. La Sra. Ngo Ikeng, anteriormente de nacionalidad camerunesa, que había obtenido la nacionalidad británica, residía y trabajaba desde finales del año 2006 en Irlanda. Ambos se conocieron en Camerún en 1994 y desde entonces habían mantenido una relación. Tienen dos hijos nacidos en 1998 y 2006 y contrajeron matrimonio en Irlanda el 12 de octubre de 2006. El 6 de noviembre de 2006, el Sr. Metock solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabaja y reside en Irlanda, solicitud que fue desestimada el 28 de junio de 2007 por considerar que no cumplía el requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro, exigido en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de 2006. El Sr. Metock, la Sra. Ngo Ikeng y sus hijos recurrieron dicha resolución.

En el segundo, el Sr. Ikogho, nacional de un país tercero, llegó a Irlanda en noviembre de 2004 y solicitó asilo político. Su solicitud fue desestimada y el Ministro de Justicia adoptó una decisión de expulsión el 15 de septiembre de 2005. El recurso interpuesto fue desestimado por la High Court el 19 de junio de 2007. La Sra. Ikogho, nacional del Reino Unido, reside y trabaja en Irlanda desde 1996. Conoció a su marido en Irlanda en diciembre de 2004 y contrajeron matrimonio en dicho país el 7 de junio de 2006. El 6 de julio de 2006, el Sr. Ikogho solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside y trabaja en Irlanda. Esa solicitud fue desestimada por el Ministro de Justicia el 12 de enero de 2007 por considerar que, habida cuenta de la orden de expulsión de 15 de septiembre de 2005, el Sr. Ikogho residía ilegalmente en Irlanda cuando contrajo matrimonio. Los esposos recurrieron dicha resolución.

En el tercero, el Sr. Chinedu, de nacionalidad nigeriana, llegó a Irlanda en diciembre de 2005 y solicitó asilo político, que se le denegó el 8 de octubre de 2006. La Sra. Babucke, de nacionalidad alemana y residente en Irlanda, contrajo matrimonio con él en julio de 2006. El 1 de agosto de 2006,

el Sr. Chinedu solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión. Dicha solicitud fue desestimada por el Ministro de Justicia el 17 de abril de 2007, por considerar que el Sr. Chinedu no cumplía el requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro, exigido en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de 2006. Ambos cónyuges recurrieron dicha resolución.

En el cuarto, el Sr. Igboanusi, de nacionalidad nigeriana, llegó a Irlanda el 2 de abril de 2004 y solicitó asilo político, que le fue denegado el 31 de marzo de 2005. El Ministro de Justicia adoptó una orden de expulsión el 15 de septiembre de 2005. La Sra. Batkowska, de nacionalidad polaca, reside y trabaja en Irlanda desde abril de 2006. Ambos se conocieron en Irlanda y contrajeron matrimonio en dicho país el 24 de noviembre de 2006. El 27 de febrero de 2007, el Sr. Igboanusi solicitó una tarjeta de residencia como cónyuge de un ciudadano de la Unión. La solicitud fue desestimada por el Ministro de Justicia el 27 de agosto de 2007, por considerar que el Sr. Igboanusi no cumplía el requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro, exigido en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de 2006. Ambos recurrieron dicha resolución. El 16 de noviembre de 2007, se arrestó al Sr. Igboanusi y se le mantuvo en detención en ejecución de la orden de expulsión dictada contra él. Fue expulsado a Nigeria en diciembre de 2007.

Los cuatro asuntos fueron acumulados ante la High Court, que consideró que ninguno de los cuatro matrimonios era de conveniencia.

Todos los demandantes sostenían, en esencia, que el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de 2006 no se ajusta a la Directiva 2004/38. Alegaban que los nacionales de países terceros, cónyuges de ciudadanos de la Unión, tienen un derecho, derivado y dependiente del derecho del ciudadano de la Unión, a circular y a residir en un Estado miembro distinto del Estado del que éste es nacional, y que resulta del mero vínculo familiar. En su opinión, la Directiva 2004/38 regula de forma exhaustiva los requisitos de entrada y de residencia en un Estado miembro de un ciudadano de la Unión, nacional de otro Estado miembro, y de los miembros de su familia, de modo que los Estados no están autorizados a imponer requisitos adicionales. Habida cuenta de que esta Directiva no prevé en absoluto requisito alguno de residencia legal previa en otro Estado miembro, a semejanza de los establecidos en la legislación irlandesa, dicha normativa no se ajusta al derecho comunitario. Opinaban que el nacional de un país tercero que pasa a formar parte de la familia de un ciudadano de la Unión en el transcurso de una estancia en un Estado miembro distinto de aquel cuya nacionalidad posee, acompaña a ese ciudadano en el sentido de los artículos 3, apartado 1, y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

Por el contrario, el Ministro de Justicia irlandés sostenía que la Directiva 2004/38 no se opone al requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento de 2006. En su opinión, existe un reparto entre los Estados miembros y la Comunidad, en virtud del cual los Estados miembros son competentes en materia de admisión de los nacionales de países terceros procedentes del exterior del territorio comunitario, mientras que la Comunidad es competente para regular la circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares dentro de la Unión. Por tanto, la Directiva 2004/38 dejaría a los Estados miembros una facultad discrecional para imponer a los nacionales de países terceros, cónyuges de ciudadanos de la Unión, un requisito de residencia legal previa en otro Estado miembro. La conformidad de tal requisito con el derecho comunitario resultaría de las sentencias Akrich<sup>7</sup> y Jia<sup>8</sup>.

Al considerar que la solución del litigio exigía la interpretación de la Directiva 2004/38, la High Court suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales.

Mediante la primera, preguntaba si la Directiva 2004/38 se opone a la normativa de un Estado miembro que exige al nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, haber residido con carácter previo legalmente en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida, para poder acogerse a las disposiciones de dicha Directiva.

El Tribunal de Justicia señaló, en primer lugar, que, por lo que se refiere a los familiares de un ciudadano de la Unión, ninguna disposición de la Directiva 2004/38 supedita su aplicación al requisito de haber residido previamente en un Estado miembro. A tenor de su artículo 3, apartado 1, la Directiva 2004/38 se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad o resida en él, así como a los familiares que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado, sin que la definición de miembros de la familia que figura en el artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38 establezca distinción según ya hayan residido o no legalmente en otro Estado miembro.

Señaló, a continuación, que los artículos 5, 6, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38 conceden el derecho de entrada, de residencia hasta tres meses y de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de acogida a los nacionales de países terceros, familiares de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él, sin hacer refe-

---

<sup>7</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 2003, C-109/01, Rec. p. I-9607.

<sup>8</sup> Sentencia de 9 de enero de 2007, C-1/05, Rec. p. I-1.

rencia al lugar o a los requisitos de residencia que se les aplicaban antes de su entrada en dicho Estado.

En particular, el artículo 5, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/38 dispone que los nacionales de países terceros, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, estarán sometidos a la obligación de visado de entrada, salvo que estén en posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el artículo 10 de la misma Directiva. En la medida en que, como resulta de los artículos 9, apartado 1, y 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, la tarjeta de residencia es el documento que confiere el derecho de residencia de más de tres meses en un Estado miembro a los familiares de un ciudadano de la Unión, nacionales de países terceros, la circunstancia de que el citado artículo 5, apartado 2, prevea la entrada en el Estado miembro de acogida de familiares de un ciudadano de la Unión desprovistos de tarjeta de residencia pone de manifiesto que la Directiva 2004/38 puede aplicarse también a los familiares que no residían todavía legalmente en otro Estado miembro.

Asimismo, el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que enumera limitativamente los documentos que el Estado miembro de acogida puede exigir que le faciliten los nacionales de países terceros, familiares de un ciudadano de la Unión, para la obtención de una tarjeta de residencia, no prevé que el Estado miembro de acogida pueda reclamar documentos que justifiquen una eventual residencia legal previa en otro Estado miembro.

En tales circunstancias, la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a todo nacional de un país tercero, familiar de un ciudadano de la Unión, que le acompaña o se reúne con él en el Estado miembro de acogida, y le confiere derechos de entrada y de residencia en este Estado, sin distinguir según que dicho nacional ya haya residido legalmente en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia apoyó esta interpretación en su propia jurisprudencia relativa a los actos de derecho derivado en materia de libre circulación de las personas adoptados anteriormente a la Directiva 2004/38, puntualizando que el legislador comunitario ya reconocía entonces la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE<sup>9</sup>. A tal fin, el legislador comunita-

---

<sup>9</sup> Sentencias de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartado 38; de 25 de julio de 2002, *MRAX*, C-459/99, Rec. p. I-6591, apartado 53; de 14 de abril de 2005, *Comisión/España*, C-157/03, Rec. p. I-2911, apartado 26; de 31 de enero de 2006, *Comisión/España*, C-503/03, Rec. p. I-1097, apartado 41; de 27 de abril de 2006, *Comisión/Alemania*, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 109, y de 11 de diciembre de 2007, *Eind*, C-291/05, Rec. p. I-10719, apartado 44.

rio había hecho extensiva, tanto en el Reglamento n.º 1612/68 como en las directivas relativas a la libre circulación de personas, la aplicación del derecho comunitario en materia de entrada y de residencia en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de países terceros que fuesen cónyuges de nacionales comunitarios<sup>10</sup>.

Acto seguido, el Tribunal de Justicia reconsideró la jurisprudencia sentada en la sentencia *Akrich*, según la que, para disfrutar de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento n.º 1612/68, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debía residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que ha emigrado el ciudadano de la Unión<sup>11</sup>, afirmando que, en realidad, hay que interpretar que el disfrute de tales derechos no puede depender de dicha residencia legal previa en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia indicó que la misma interpretación debía adoptarse *a fortiori* con respecto a la Directiva 2004/38, que modificó el Reglamento n.º 1612/68 y derogó las directivas anteriores relativas a la libre circulación de las personas, ya que, como resulta de su tercer considerando, tiene por objeto, en particular, reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión, de manera que no pueden reconocérseles en ella menos derechos que en los actos de derecho derivado anteriores. Esta interpretación de la Directiva 2004/38 se ajusta, además, al reparto de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad. En efecto, la Comunidad fundamenta la competencia para adoptar las medidas necesarias para realizar la libre circulación de los ciudadanos de la Unión en los artículos 18 CE, apartado 2, 40 CE, 44 CE y 52 CE, que fueron la base jurídica elegida para adoptar, en particular, la Directiva 2004/38.

En la práctica, si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, se obstaculizaría seriamente el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza. Por consiguiente, en el marco de su competencia, el legislador comunitario puede regular los requisitos de entrada y de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en el territorio de los Estados miembros, dado que la imposibilidad de que la familia de un ciudadano de la Unión le acompañe o se reúna con él en el Estado miembro de acogida puede menoscabar su libertad de circulación, disuadiéndole de ejercerla.

El Tribunal de Justicia concluyó que la negativa del Estado miembro de acogida a reconocer el derecho de entrada y de residencia a los miembros

---

<sup>10</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España, antes citada, apartado 41.

<sup>11</sup> Véanse los apartados 50 y 51 de la sentencia.

de la familia de un ciudadano de la Unión puede disuadirle de desplazarse o de permanecer en ese Estado miembro, incluso cuando los miembros de su familia no residan todavía legalmente en el territorio de otro Estado miembro. Por tanto, el legislador comunitario es competente para regular dicha materia. Rechazó el análisis realizado por Irlanda y por varios de los Gobiernos que habían formulado observaciones, según el cual los Estados miembros tienen competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el título IV de la tercera parte del Tratado, para regular el primer acceso al territorio comunitario de los familiares de un ciudadano de la Unión, nacionales de países terceros.

Añadió que, de lo contrario, la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión variaría de un Estado miembro a otro, en función de las disposiciones de derecho nacional en materia de inmigración, que no son uniformes. Tal resultado sería incompatible con el objetivo, establecido en el artículo 3 CE, apartado 1, letra c), relativo al establecimiento de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de las personas. El mercado interior implica que los requisitos de entrada y de residencia de un ciudadano de la Unión en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad sean los mismos en todos los Estados miembros. Por lo tanto, la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión debe interpretarse como el derecho de abandonar cualquier Estado miembro, y en particular el Estado del que poseen la nacionalidad, para establecerse, en las mismas condiciones, en cualquiera de los demás Estados miembros.

En efecto, si debiera prevalecer la tesis según la cual los Estados miembros tienen competencia exclusiva para regular el primer acceso al territorio comunitario de los familiares de un ciudadano de la Unión, nacionales de países terceros, se llegaría al resultado paradójico de que un Estado miembro estaría obligado, en virtud de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>12</sup>, a autorizar la entrada y la residencia del cónyuge de un nacional de un país tercero residente legalmente en su territorio cuando dicho cónyuge no ha residido legalmente en otro Estado miembro, pero sería libre para denegar la entrada y la residencia del cónyuge de un ciudadano de la Unión en las mismas circunstancias.

El Tribunal de Justicia interpretó que la Directiva 2004/38 concede a cualquier nacional de un país tercero, familiar de un ciudadano de la Unión, que le acompaña o se reúne con él en el Estado miembro de

---

<sup>12</sup> Directiva del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. DO L 251, p. 12. Véase el artículo 5, apartado 3, párrafo segundo: excepcionalmente, los Estados miembros podrán aceptar, en determinados casos, que la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio.

acogida, el derecho de entrada y de residencia, independientemente de que dicho familiar haya residido antes, legalmente o no, en otro Estado miembro.

Los Estados miembros que habían presentado observaciones en el procedimiento prejudicial alegaban, además, que, en un contexto marcado por una fuerte presión migratoria, es necesario controlar la inmigración en las fronteras exteriores de la Comunidad, lo que supone un examen individual de todas las circunstancias que rodean una primera entrada en el territorio comunitario. A su juicio, si la Directiva 2004/38 prohibiera a un Estado miembro exigir una residencia legal previa en otro Estado miembro se coartaría su poder para controlar la inmigración en sus fronteras. En particular, Irlanda sostenía que esta interpretación supondría un aumento enorme del número de personas que podrían disfrutar del derecho de residencia en la Comunidad.

El Tribunal de Justicia respondió a estas alegaciones, por una parte, que la Directiva 2004/38 no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de países terceros, sino únicamente a aquellos que son familiares de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad. Por otra parte, que la Directiva 2004/38 no priva a los Estados miembros de todo poder de control sobre la entrada en su territorio de los familiares de ciudadanos de la Unión ya que, en virtud de su título VI, los Estados miembros pueden, cuando esté justificado, denegar la entrada y la residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, basándose en un examen individual.

El Tribunal de Justicia añadió que, con arreglo al artículo 35 de la Directiva 2004/38, los Estados miembros pueden adoptar las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por ésta en caso de abuso o de fraude, como los matrimonios de conveniencia, siempre que sean proporcionadas y dentro de las garantías procesales previstas.

Los Estados miembros sostenían, además, que tal interpretación implicaría una discriminación en sentido inverso injustificada, ya que el derecho comunitario no reconoce a los nacionales del Estado miembro de acogida que no han ejercido su derecho de libre circulación derechos de entrada y de residencia para sus familiares nacionales de países terceros.

El Tribunal recordó su jurisprudencia según la que 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 comunitario y cuyos elementos pertinentes se sitúen en el interior de un

Estado miembro<sup>13</sup>. Por consiguiente, la eventual diferencia de trato entre tales ciudadanos de la Unión y los que han ejercido su libertad de circulación, en relación con la entrada y la residencia de sus familiares, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario<sup>14</sup>.

Respondió, por tanto, a la primera cuestión que la Directiva 2004/38 se opone a la normativa de un Estado miembro de acogida que exige al nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado, del que no tiene la nacionalidad, una residencia legal previa en otro Estado miembro antes de la entrada en su territorio, para poder acogerse a dicha directiva.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si el cónyuge de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de libre circulación al establecerse en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, acompaña o se reúne con éste en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 y puede acogerse a las disposiciones ésta, independientemente del momento o del lugar en el que hayan contraído matrimonio o de las circunstancias en las que el nacional del país tercero haya entrado en dicho Estado miembro.

El Tribunal de Justicia indicó, con carácter preliminar, que, según sus considerandos primero, cuarto y undécimo, la Directiva 2004/38 tiene por objeto facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, conferido directamente por el Tratado. Además, según el quinto de los considerandos, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de dignidad, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros debe ser reconocido también a sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad. En este contexto, y habida cuenta de las finalidades perseguidas por la Directiva 2004/38, sus disposiciones no pueden interpretarse de manera restrictiva y no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil<sup>15</sup>.

Por una parte, según el artículo 3, apartado 1, la Directiva 2004/38 se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, o resida en él, así como a los familiares

---

<sup>13</sup> Véase por todas la sentencia de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 33.

<sup>14</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó que todos los Estados miembros son parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el cual consagra, en su artículo 8, el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

<sup>15</sup> Véase, en este sentido, la sentencia *Eind*, antes citada, apartado 43.



que le acompañen o se reúnan con él. Por otra parte, los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/38, relativos al derecho de residencia por un período de hasta tres meses y al derecho de residencia por más de tres meses, exigen también que los familiares de un ciudadano de la Unión, nacionales de países terceros, «acompañen» o «se reúnan» con éste en el Estado miembro de acogida para poder disfrutar del derecho de residencia.

El Tribunal de Justicia destacó que ninguna de esas disposiciones exige que el ciudadano de la Unión haya fundado ya una familia en el momento en que se traslada al Estado miembro de acogida para que sus familiares, nacionales de países terceros, puedan disfrutar en él del derecho de residencia. Por el contrario, al establecer que los familiares pueden reunirse con el ciudadano de la Unión en el Estado de acogida, el legislador ha admitido la posibilidad de que dicho ciudadano no funde una familia hasta después de haber ejercido su derecho de libre circulación.

Esta interpretación se ajusta a la finalidad de la Directiva 2004/38, que tiene por objeto facilitar el ejercicio del derecho fundamental de residencia de los ciudadanos de la Unión en un Estado miembro del que no tienen la nacionalidad. Cuando un ciudadano de la Unión funda una familia viviendo en el Estado miembro de acogida, la negativa a autorizar que sus familiares, nacionales de países terceros, se reúnan con él podría disuadirle de continuar residiendo allí y llevarle a abandonar ese país para poder vivir con su familia en otro Estado miembro o en un país tercero.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2004/38 reconoce a los nacionales de un país tercero, familiares de un ciudadano de la Unión, el derecho de reunirse con él en el Estado miembro de acogida, con independencia de que dicho ciudadano se haya establecido en él antes o después de haber fundado una familia.

A continuación, procedía determinar si, cuando el nacional de un país tercero entra en un Estado miembro antes de pasar a ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que reside en dicho Estado, acompaña a ese ciudadano o se reúne con él, en el sentido de la Directiva 2004/38.

A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que resulta irrelevante que los nacionales de un país tercero, familiares de un ciudadano de la Unión, entren en el Estado miembro de acogida antes o después de tener vínculos de parentesco con él, habida cuenta de que la negativa a otorgarles el derecho de residencia puede disuadirlo de continuar residiendo ese Estado miembro.

Por consiguiente, dada la necesidad de no interpretar las disposiciones de la Directiva 2004/38 de manera restrictiva privándolas de su efecto útil, el Tribunal de Justicia interpretó que los términos «los miembros de [la] familia [de un ciudadano de la Unión] que le acompañen», que figuran en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, hacen referencia al mismo

tiempo a los familiares de un ciudadano de la Unión que entraron con él en el Estado miembro de acogida y a aquellos que residen con él en ese Estado miembro, sin que sea necesario, en este segundo caso, distinguir en función de que los nacionales de países terceros hayan entrado antes o después que el ciudadano de la Unión, o antes o después de convertirse en miembros de su familia.

La aplicación de la Directiva 2004/38 sólo a los familiares de un ciudadano de la Unión que le «acompañen» o «se reúnan» con él equivaldría a limitar los derechos de entrada y de residencia de estos últimos en el Estado en el que éste reside. Dado que la Directiva 2004/38 reconoce al nacional de un país tercero, familiar de un ciudadano de la Unión, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, éste sólo puede restringir ese derecho respetando los artículos 27 y 35 de dicha Directiva. El respeto del artículo 27 se impone en particular cuando el Estado miembro desea sancionar al nacional de un país tercero por haber entrado y haber residido en su territorio infringiendo la normativa nacional en materia de inmigración, antes de pasar a ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión.

Sin embargo, aun cuando el comportamiento personal del interesado no justifique la adopción de medidas de orden público o de seguridad pública, en el sentido del artículo 27 de la Directiva 2004/38, el Estado miembro sigue conservando el derecho de adoptar contra él otras sanciones que no atenten contra la libertad de circulación y de residencia, como una multa, siempre que dichas sanciones sean proporcionadas<sup>16</sup>.

El Tribunal de Justicia indicó, por último, que ni el artículo 3, apartado 1, ni ninguna otra disposición de la Directiva 2004/38, contiene exigencia alguna en cuanto al lugar de celebración del matrimonio del ciudadano de la Unión y del nacional de un país tercero.

Por consiguiente, respondió a la segunda cuestión que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, que le acompaña o se reúne con él, puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del lugar o del momento en que hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en las que el nacional de un país tercero haya entrado en el Estado de acogida.

Habida cuenta de esta respuesta, el Tribunal de Justicia no contestó a la tercera cuestión, que sólo se había formulado para el caso de que la respuesta a la segunda fuera negativa.

---

<sup>16</sup> Véase, en este sentido, la sentencia MRAX, antes citada, apartado 77 y jurisprudencia citada.

## Comentario

Esta sentencia destaca por dos motivos. El primero es que el Presidente del Tribunal de Justicia accedió en esta ocasión a que el asunto se tramitara por el procedimiento acelerado, previsto en los artículos 23 *bis* del Estatuto y 104 bis, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, contrariamente a la que ha venido siendo la regla en estos últimos años, en los que las peticiones de los órganos jurisdiccionales nacionales en ese sentido han sido denegadas. El Presidente concede o deniega esas peticiones, a propuesta del juez ponente del asunto, oído el Abogado General. Se conceden sólo en casos excepcionales, en presencia de una urgencia extraordinaria de que se resuelvan las cuestiones prejudiciales planteadas.

La High Court basaba su petición en dos circunstancias. La primera eran las repercusiones que tendría la respuesta del Tribunal de Justicia, a la vista del elevado número de solicitudes de autorización de residencia que tramitan anualmente las autoridades irlandesas y de los gastos en los que incurren los solicitantes, que están imposibilitados de trabajar mientras no reciben la autorización. La segunda hacía referencia a la situación familiar de las parejas de los cuatro asuntos principales, de las que constaba que, en una de ellas, los cónyuges vivían separados desde que el marido había sido detenido en noviembre de 2007 y expulsado en diciembre. En cuanto a las otras tres parejas, si bien no constaba que los cónyuges se hallaran en peligro inmediato de ser expulsados, lo cierto es que se hallaban imposibilitados de llevar con normalidad una vida de familia ya que al haberseles denegado el permiso de residencia, los nacionales de países terceros carecían del derecho de acceder al mercado de trabajo y se encontraban en una situación de incertidumbre en lo que respecta al porvenir de sus familias. A este respecto, el auto que autorizó el procedimiento acelerado se basó en el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, antes citado, el cual, forma parte de los derechos fundamentales que, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario<sup>17</sup>.

Considerando, pues, que su sentencia sería susceptible de levantar la incertidumbre que pesaba sobre esas familias, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió que concurrían los requisitos necesarios para apreciar que se daba una situación de urgencia excepcional en el sentido del ar-

---

<sup>17</sup> Véase el auto de 17 de abril de 2008, apartado 14, en el que se citan las sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartado 41; Akrich, antes citada, apartados 58 et 59 y de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, Rec. p. I 5769, apartado 52.

título 104 *bis*, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, y, en su auto, accedió a la petición, con el fin de que la High Court recibiera la respuesta cuanto antes<sup>18</sup>.

Lo cierto es que la sentencia, de 25 de julio, se dictó en un plazo récord, teniendo en cuenta que la cuestión prejudicial tuvo su entrada en la secretaría el 25 de marzo de 2008, que las partes en los litigios principales y varios Estados miembros, además de la Comisión, presentaron observaciones escritas, y que la vista no se celebró hasta el 3 de junio. El procedimiento acelerado se caracteriza tanto por los plazos cortos que se conceden para las observaciones escritas y la posibilidad incluso de prescindir de ellas pasando directamente a la celebración de la vista, como por el hecho de que el Abogado General del asunto no presenta conclusiones escritas sino que es simplemente oído por la formación que ha de dictar la sentencia.

El segundo motivo por el que destaca la sentencia Metock es, qué duda cabe, la jurisprudencia que ha sentado, que da un giro de 180° a la interpretación que hasta la fecha venía dando el Tribunal de Justicia a los artículos 39 CE y 43 CE y a la legislación derivada, en relación con los derechos que se derivan para los familiares, si son nacionales de países terceros, del hecho de que un ciudadano comunitario ejerza su libertad de circulación, sea para ejercer un trabajo asalariado en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad (libre circulación de trabajadores), sea para establecerse en él como trabajador por cuenta propia (derecho de establecimiento).

El precedente de referencia para la sentencia Metock lo constituía la sentencia Akrich, antes citada, dictada por el pleno del Tribunal de Justicia<sup>19</sup> hacía menos de cinco años. En esta sentencia, afirmó, en los apartados 49 y 50, que, dado que el Reglamento n° 1612/68 sólo se refiere a la libre circulación en el interior de la Comunidad y nada dice respecto a la existencia de derechos de un nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, en cuanto al acceso al territorio de la Comunidad

---

<sup>18</sup> Éste ha sido uno de los dos asuntos prejudiciales que se han tramitado por el procedimiento acelerado en 2008. El otro es el asunto C-66/08, Kozłowski, en el que se dictó sentencia el 17 de julio. La petición de decisión prejudicial se había planteado con arreglo al artículo 35 UE. Se pedía la interpretación del artículo 4, número 6, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), en el marco de un procedimiento relativo a la ejecución en Alemania de una orden de detención europea emitida el 18 de abril de 2007 por una autoridad judicial polaca contra el Sr. Kozłowski, de nacionalidad polaca.

<sup>19</sup> Con la entrada en vigor del Tratado de Niza, el Tribunal de Justicia ha pasado a trabajar en Salas de tres o cinco jueces, en Gran Sala, formada por trece jueces, de la que forman parte los presidentes de las salas de cinco jueces y, para procedimientos específicos o en asuntos de excepcional importancia, en Pleno. Véanse los artículos 221 CE y 16 del Estatuto.

para poder disfrutar de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento n° 1612/68, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión.

Es cierto que el Tribunal de Justicia puso énfasis en que esa interpretación estaba influida por la situación del litigio principal. Según consta en esa sentencia, el Sr. Akrich, nacional marroquí nacido en 1967, obtuvo una autorización de entrada de un mes, en febrero de 1989, en el Reino Unido como turista. Su solicitud de residencia como estudiante le fue denegada en julio de 1989 y su recurso desestimado en agosto siguiente. En junio de 1990, fue condenado por tentativa de robo y por uso de un documento de identidad robado. Fue expulsado el 2 de enero de 1991. En enero de 1992, regresó al Reino Unido utilizando un documento de identidad francés falso. Fue detenido y expulsado de nuevo en junio de 1992. Después de permanecer fuera del Reino Unido menos de un mes, volvió a dicho país de manera clandestina. Mientras residía ilegalmente en el Reino Unido contrajo matrimonio, el 8 de agosto de 1996, con la Sra. Helina Jazdzewska, de nacionalidad británica, y, a finales del mismo mes, solicitó una autorización de residencia en su condición de cónyuge de un nacional del Reino Unido. Después de haber sido detenido a principios de 1997, fue expulsado en agosto de 1997, como era su deseo, a Dublín, ciudad en la que residía su esposa desde junio de 1997 y donde ejercía una actividad asalariada. Deseando al poco ambos volver a establecerse en el Reino Unido, el Sr. Akrich solicitó, en enero de 1998, la revocación de la orden de expulsión y el mes siguiente solicitó un permiso de entrada como cónyuge de una ciudadana británica, todo lo cual le fue denegado.

No obstante, tal puntualización no implicaba necesariamente que la interpretación del artículo 10 de dicho Reglamento no fuera de aplicación general. Por lo menos, así parecieron creerlo las autoridades de los Estados miembros, como se refleja en la legislación de inmigración adoptada por alguno de ellos<sup>20</sup>.

La interpretación dada por el Tribunal de Justicia en 2003 ha influido asimismo en los órganos jurisdiccionales nacionales, como se puso de relieve con la cuestión prejudicial planteada por un tribunal sueco en el asunto que dio lugar a la sentencia Jia, antes citada. En ese asunto se preguntaba si el derecho comunitario, a la luz de la sentencia Akrich, exigía que los Es-

---

<sup>20</sup> Véanse, por ejemplo, las cuestiones prejudiciales planteadas por el Verwaltungsgerichtshof de Viena en el asunto C-551/07, Deniz Sahin, DO C 64, de 8 de marzo de 2008 p. 19, de las que se puede deducir que la legislación austriaca contiene las mismas exigencias que la irlandesa.

tados miembros supeditaran la concesión del derecho de residencia a los nacionales de un país tercero, familiares de un ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación, al requisito de que dichos familiares residieran legalmente con anterioridad en otro Estado miembro.

Dicho órgano jurisdiccional quería saber, en concreto, si el requisito de la previa residencia legal también se aplicaba a una situación en la que el solicitante no había entrado ilegalmente en el Estado miembro en el que pedía la autorización de residencia. A principios de mayo de 2003, la embajada de Suecia en Pekín otorgó a la Sra. Jia un visado turístico válido hasta el 21 de agosto de 2003 para una entrada en el Espacio Schengen y una estancia de 90 días como máximo. Llegó en avión a Estocolmo, el 13 de mayo y, el 7 de agosto siguiente, solicitó una tarjeta de residencia, para lo que invocó su relación de parentesco con un nacional de un Estado miembro. En efecto, el hijo de la Sra. Jia, el Sr. Shenzhi Li, también de nacionalidad china, residía en Suecia desde 1995 con su esposa, la Sra. Schallehn, de nacionalidad alemana, que ejercía una actividad por cuenta propia en Suecia y era titular de una tarjeta de residencia, válida hasta julio de 2006, que se le concedió en su condición de nacional de un Estado miembro. El Sr. Shenzhi Li, como cónyuge de un ciudadano comunitario, tenía una tarjeta de residencia con el mismo período de validez que la de su esposa.

En esta ocasión, el Tribunal de Justicia dio una respuesta negativa, indicando que el derecho comunitario, a la luz de la sentencia Akrich, no exige que los Estados miembros supediten la concesión de un derecho de residencia a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación, al requisito de que dichos miembros de la familia hayan residido legalmente con anterioridad en otro Estado miembro.

Explicó esta diferencia indicando que, en la sentencia Akrich, la cuestión se había planteado en el marco de un recurso interpuesto contra la denegación por las autoridades del Reino Unido del derecho de residencia al nacional de un país tercero casado con una ciudadana del Reino Unido el cual, careciendo del derecho de residencia en este último, había accedido a ser expulsado a Irlanda para reunirse con su esposa que se había establecido allí poco antes, con la intención de volver al Reino Unido invocando el derecho comunitario para poder entrar en ese país en su calidad de cónyuge de una ciudadana de la Unión que había ejercido el derecho de libre circulación. Por el contrario, no se reprochaba a la Sra. Jia que residiera ilegalmente en un Estado miembro ni que pretendiera escapar abusivamente al imperio de una normativa nacional en materia de inmigración sino que se encontraba legalmente en Suecia cuando presentó su solicitud, sin que el derecho nacional se opusiera a que se le concediera la residencia de larga

duración, a condición de que demostrara la situación de dependencia que invocaba.

Como se ha visto, a la hora de dictar sentencia en el asunto *Metock*, el Tribunal de Justicia no siguió ninguno de estos dos precedentes. En primer lugar, para seguir separándose de la exigencia impuesta en la sentencia *Akrich*, no podía apoyarse, como lo hizo en la sentencia *Jia*, en la diferencia fáctica ya que, en el asunto *Metock*, los nacionales de países terceros residían ilegalmente en Irlanda, país de acogida de sus cónyuges, nacionales de Estados miembros, que habían ejercido la libertad de circulación.

Pero la gran diferencia entre el asunto *Metock* y todos los demás planteados con anterioridad se centraba en el hecho de que, en algún caso, los esposos ni siquiera se conocían cuando se dictó la orden de expulsión contra uno de ellos, y que, en todos los casos, contrajeron matrimonio mientras la residencia del marido en Irlanda era contraria a las leyes de extranjería.

Tales situaciones parecen, a primera vista, difíciles de compaginar, tanto con la letra del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/38, según el que los Estados miembros pueden exigir visado de entrada o la tarjeta de residencia válida en otro Estado miembro a los familiares del ciudadano de la Unión nacionales de países terceros, como con la letra del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que otorga el derecho de residencia por más de tres meses en un Estado miembro a los familiares del ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida. Parece pues que, sobre la base de dicha Directiva, los Estados miembros podían legítimamente interpretar que el derecho comunitario les habilitaba con el fin de conceder el derecho de residencia a un nacional de un país tercero, familiar de un ciudadano de la Unión que había ejercido su derecho de libre circulación instalándose en su territorio, bien a exigirle que se instalara más o menos a la vez que él (en el sentido de “acompañar”), bien que se reuniera con él después de transcurrir un cierto tiempo.

Es cierto que la exigencia impuesta en la sentencia *Akrich* relativa a la residencia previa en otro Estado miembro parecía ir más lejos de lo que preveía la legislación derivada en esa época, resultando la solución adoptada en la sentencia *Jia*, consistente en exigir que, por lo menos, el nacional de un país tercero estuviera en situación legal en el Estado miembro en el momento de presentar la solicitud de autorización de residencia, más acorde con la letra y el espíritu de dicha legislación. Estos dos precedentes no permitían, sin embargo, adivinar que el derecho comunitario podía obligar a los Estados miembros de acogida a reconocer el derecho de residencia a los nacionales de países terceros que, en lugar de acompañar o de reunirse con un ciudadano de la Unión que hubiera ejercido su derecho de libre circulación, hubieran contraído matrimonio con éste hallándose ilegalmente en su territorio.

**Política social – Directiva 2007/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Discriminación directa por motivo de discapacidad – Acoso – Despido de un trabajador con un hijo discapacitado – Inclusión – Carga de la prueba. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, Coleman C-303/06<sup>21</sup>**

Esta sentencia tuvo su origen en la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Employment Tribunal, London South, del Reino Unido, el 6 de julio de 2006. Dicho órgano jurisdiccional pedía la interpretación de la Directiva 2000/78/CE<sup>22</sup> relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La petición se presentó en el marco de un litigio entre, por un lado, la Sra. Coleman y, por otro lado, Attridge Law, bufete de abogados, y un socio de dicho bufete, el Sr. Steve Law, que versa sobre el despido encubierto del que la demandante afirma haber sido objeto.

En virtud del artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar su legislación, a más tardar, el 2 de diciembre de 2003. No obstante, a tenor del párrafo segundo del citado artículo, a fin de tener en cuenta condiciones particulares, los Estados miembros podían disponer de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, tratándose de medidas relativas a la discriminación por motivos de edad y de discapacidad. El Reino Unido solicitó tal plazo adicional, por lo que dispuso de tiempo hasta el 2 de diciembre de 2006

En el Reino Unido, la Disability Discrimination Act 1995<sup>23</sup>, en lo sucesivo, «DDA», tiene como finalidad esencial prohibir toda discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente en materia de empleo. Con ocasión de la adaptación del ordenamiento jurídico a la Directiva 2000/78, la segunda parte de la DDA, que regula las cuestiones relacionadas con el empleo, resultó modificada por el Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003<sup>24</sup>, Reglamento que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Con arreglo al artículo 3 A, apartado 1, de la DDA, en su versión modificada por el citado Reglamento de 2003 (en lo sucesivo, «DDA de 2003»),

---

<sup>21</sup> Disponible en la página del Tribunal de Justicia <http://curia.europa.eu> y pendiente de publicación en la Recopilación.

<sup>22</sup> Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. DO L 303, p. 16.

<sup>23</sup> Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad.

<sup>24</sup> Reglamento de 2003 por el que se modifica la Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad.



se considera que se practica discriminación contra una persona cuando, por un motivo relacionado con la discapacidad que padece, es tratada de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, siempre que no se demuestre que tal trato esté justificado. El artículo 3 A, apartado 4, de la DDA de 2003 precisa, no obstante, que el trato dispensado a una persona con discapacidad en ningún caso podrá justificarse si resulta equiparable a una discriminación directa en el sentido del apartado 5 del mismo artículo, disposición a cuyo tenor se considerará que se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se le dispensa, por dicho motivo, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona sin esa discapacidad, y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas.

El concepto de acoso se define en el artículo 3 B de la DDA de 2003. De acuerdo con esta disposición, se considerará que se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con su discapacidad, se adopta una conducta no deseada que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Se entenderá que una conducta responde a esa definición cuando razonablemente haya de considerarse que produce tales consecuencias, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de lo que siente la persona con discapacidad. A tenor del artículo 4, apartado 2, letra d), de la DDA de 2003, se prohíbe que un empresario discrimine a una persona con discapacidad despidiéndola o causándole cualquier otro perjuicio. El artículo 4, apartado 3, letras a) y b), de la DDA de 2003 prohíbe que un empresario someta a acoso a una persona con discapacidad que trabaje para él o que le haya solicitado un empleo.

La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para Attridge Law a partir de enero de 2001. En 2002 tuvo un hijo que padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas. El estado del hijo exige cuidados específicos y especializados que le dispensa, en su mayor parte, la madre. El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de plantilla<sup>25</sup>, lo que puso fin a su contrato de trabajo. El 30 de agosto de 2005, presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto<sup>26</sup> y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. La

---

<sup>25</sup> Voluntary redundancy.

<sup>26</sup> Unfair constructive dismissal.

Sra. Coleman alegó que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario.

Las cuestiones prejudiciales se plantearon con carácter preliminar, en un momento en el que aún no se habían determinado en su integridad las circunstancias pertinentes del litigio principal. Si bien el órgano jurisdiccional que conocía del asunto suspendió el procedimiento en la parte del recurso relativa al despido de la Sra. Coleman, el 17 de febrero de 2006 celebró una vista preliminar dedicada al examen del motivo basado en la discriminación. Las dudas del tribunal británico se centraban en la cuestión de si la Sra. Coleman podía ampararse en las disposiciones del derecho nacional, especialmente en aquéllas cuya finalidad es adaptarlo a la Directiva 2000/78, para invocar la discriminación de la que considera haber sido objeto, en el sentido de que fue víctima de un trato desfavorable por razón de la discapacidad de su hijo<sup>27</sup>. En el supuesto de que la respuesta del Tribunal de Justicia fuera contraria a las tesis de la demandante<sup>28</sup>, el derecho nacional se opondría a que prosperara la demanda.

Al estimar que el litigio suscitaba cuestiones de interpretación del derecho comunitario, el Employment Tribunal, London South, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales.

Aun considerando que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se habían originado en un verdadero litigio, el Gobierno neerlandés puso en tela de juicio la admisibilidad de la remisión prejudicial

---

<sup>27</sup> Había que tener en cuenta que, con arreglo al derecho del Reino Unido, cuando se celebra una vista preliminar sobre una cuestión de derecho, el tribunal que conoce del asunto presume que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante. Por tanto, el Employment Tribunal, London South, partía de la base de que, tras el permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que sí se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos. El empresario también se habría opuesto a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados. La Sra. Coleman habría sido calificada de «perezosa» cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados.

<sup>28</sup> Además, la reclamación oficial que formuló contra el mal trato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que la Sra. Coleman se sintió obligada a retirarla. Se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo. No se formuló ningún comentario de esta naturaleza cuando otros empleados se vieron obligados a solicitar una reducción de la jornada laboral o mayor flexibilidad para ocuparse de sus hijos no discapacitados. Al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le habría dicho que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad. No se amenazó de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones.

ya que, al tratarse de cuestiones previas suscitadas con ocasión de una vista preliminar, estaban por determinar todas las circunstancias del asunto, partiendo el juez nacional de la presunción de que los hechos se habían producido del modo relatado por la parte demandante.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó que el artículo 234 CE establece una estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, basada en un reparto de funciones entre ellos, y que del párrafo segundo del citado artículo se desprende claramente que incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir en qué fase del procedimiento procede plantear una cuestión prejudicial<sup>29</sup>. Observó, además, que, según el órgano jurisdiccional remitente, en el supuesto de que el fallo no diera la razón a las tesis de la Sra. Coleman, su demanda no podría prosperar en cuanto al fondo. De esta manera, quedaba establecido que el tribunal británico había decidido examinar, como le permite su legislación interna, la cuestión de si la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que resulta aplicable al despido de un trabajador en una situación como la de la Sra. Coleman, antes de determinar si, de hecho, esta última fue víctima de trato desfavorable o de acoso. Esta es la razón por la que las cuestiones se plantearan partiendo de la presunción de que los hechos ocurrieron tal y como los relataba la demandante.

Dado pues que la petición de interpretación del derecho comunitario no estaba manifiestamente desprovista de relación con la realidad o el objeto del litigio principal y que el Tribunal de Justicia disponía de los datos necesarios para responder de un modo útil a las cuestiones que se le habían planteado, relativas a la aplicabilidad de la Directiva 2000/78, decidió responder a la petición sin pronunciarse acerca de las presunciones fácticas en las que se había basado el tribunal remitente, presunción cuya validez debía comprobar éste<sup>30</sup>. Y, en tales circunstancias, declaró admisible la petición de decisión prejudicial.

A la hora de examinar las preguntas, el Tribunal de Justicia trató conjuntamente la primera parte de la primera, la segunda y la tercera, considerando que, con ellas, se le pedía que interpretara si la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), sólo prohíben la discriminación por motivo de discapacidad cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si el principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación directa se aplican también cuando es víctima

---

<sup>29</sup> Véanse las sentencias de 10 de marzo de 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros, 36/80 y 71/80, Rec. p. 735, apartado 5, y de 30 de marzo de 2000, *JämO*, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 30.

<sup>30</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92, Rec. p. I-5535, apartado 12.

de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

El Tribunal de Justicia recordó que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 define como objeto de la misma el establecer, en el ámbito del empleo y de la ocupación, un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; que el artículo 2, apartado 1, define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, con inclusión, pues, de la discapacidad; que, con arreglo al apartado 2, letra a), del citado artículo 2, existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo, entre otros, de discapacidad, y que, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra c), la Directiva 2000/78 se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

El Tribunal de Justicia observó que de las citadas disposiciones no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato consagrado por la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corroborra esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

Es cierto que, según se desprende de sus propios términos, la Directiva 2000/78 contiene varias disposiciones aplicables únicamente a las personas con discapacidad. Así, el artículo 5 precisa que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables, lo que significa que los empresarios deben tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. El artículo 7, apartado 2, de la misma Directiva prevé igualmente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un

obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

A la luz de estas disposiciones y de los considerandos decimosexto, decimoséptimo y vigésimo séptimo de la Directiva 2000/78, tanto el Gobierno del Reino Unido como los Gobiernos griego, italiano y neerlandés sostenían que la prohibición de discriminación directa prevista en dicha Directiva no puede interpretarse en el sentido de que incluye una situación como la de la demandante en el litigio principal, puesto que esta última no está ella misma discapacitada. Según los mencionados Gobiernos, tan sólo pueden acogerse a la citada Directiva quienes, en una situación análoga a la de otras personas, son tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les son propias.

Con respecto a estas objeciones, el Tribunal de Justicia señaló que el hecho de que esas disposiciones se refieran específicamente a las personas que padecen una discapacidad obedece a la circunstancia de que se trata, bien de disposiciones que establecen medidas de discriminación positiva en favor de la propia persona discapacitada, bien de medidas específicas que quedarían privadas de todo alcance o que podrían resultar desproporcionadas si no se circunscribieran exclusivamente a las personas que padecen alguna discapacidad. Además, según se desprende de los considerandos decimosexto y vigésimo de la Directiva, se trata de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas. Así pues, la finalidad específica de tales medidas es hacer posible y facilitar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo y, por esta razón, sólo pueden resultar aplicables a las propias personas con discapacidad, así como a las obligaciones que, frente a ellas, tienen los correspondientes empresarios y, en su caso, los Estados miembros.

Por consiguiente, el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que sólo prohíbe las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto considerando de la citada Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

Los Gobiernos italiano, neerlandés y del Reino Unido sostenían que la sentencia Chacón Navas<sup>31</sup> contiene una interpretación restrictiva del alcance *ratione personae* de la Directiva 2000/78. Según el Gobierno italiano, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia asumió una interpretación restrictiva del concepto de discapacidad y de su pertinencia en la relación laboral.

Es cierto que, en la sentencia Chacón Navas, el Tribunal de Justicia definió el concepto de «discapacidad» y, que, en los apartados 51 y 52 de la misma, consideró que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivo de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivo de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. No obstante, tal interpretación no autoriza a deducir que el principio de igualdad de trato definido en el artículo 2, apartado 1, de esa misma Directiva y la prohibición de discriminación directa prevista en el apartado 2, letra a), del mismo artículo no puedan aplicarse cuando el trato desfavorable que un trabajador alega haber sufrido esté motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados.

En efecto, aunque en el apartado 56 de la sentencia Chacón Navas el Tribunal de Justicia precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva, de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de una enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78, el Tribunal no declaró, sin embargo, que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva.

Una de las finalidades de la Directiva 2000/78 consiste en establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 1 de la misma Directiva, entre los que figura específicamente la discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. De su considerando trigésimo séptimo se desprende que otro de sus objetivos reside en el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación.

---

<sup>31</sup> Sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, Rec. p. I-6467.

El Tribunal de Justicia suscribió la tesis de la Sra. Coleman, de los Gobiernos lituano y sueco, y de la Comisión según la que tanto esos objetivos como el efecto útil de la Directiva 2000/78 se verían comprometidos si un trabajador no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), si prueba que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, aunque el trabajador no sea discapacitado.

Si bien, en una situación como la del litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no sufre ella misma una discapacidad, el motivo del trato menos favorable de la Sra. Coleman lo constituye precisamente la discapacidad. Y la Directiva 2000/78, cuyo objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, es combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma.

Por tanto, el Tribunal de Justicia decidió que un trabajador que se encuentra en una situación como la de la Sra. Coleman es víctima de una discriminación directa por motivo de discapacidad.

Quedaba por determinar sobre quien recae la carga de la prueba en tal situación. El Tribunal de Justicia recordó que, a tenor del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros deben adoptar, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. A tenor del apartado 2 de dicho artículo, lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la carga de la prueba más favorables a la parte demandante.

Así pues, en el asunto principal, incumbía a la Sra. Coleman acreditar los hechos que permitieran presumir la existencia de una discriminación directa por motivo de discapacidad. A tenor del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 2000/78, y de su considerando trigésimo primero, las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse en caso de presunta discriminación. En el supuesto de que la Sra. Coleman acredite hechos que permitan presumir que existe una discriminación directa, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio. En este contexto, dichos demandados podrían refutar la existencia de tal violación acreditando específicamente, mediante



cualquier medio de prueba admisible en derecho, que el trato del que fue objeto la trabajadora estaba justificado por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por motivo de discapacidad, así como a toda relación que dicho trabajador pudiera mantener con una persona con discapacidad.

El Tribunal de Justicia respondió que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

A continuación, el Tribunal de Justicia pasó a examinar conjuntamente la segunda parte de la primera cuestión y la cuarta, mediante las que se le pedía que interpretara si la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, sólo prohíben el acoso relacionado con una discapacidad cuando la persona con discapacidad sea el propio trabajador, o si, por el contrario, la prohibición de acoso se aplica también cuando el propio trabajador es víctima de un comportamiento no deseado constitutivo de acoso relacionado con la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Partiendo de la base de que, en virtud del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2000/78, el acoso se considera discriminación a efectos del apartado 1 de ese mismo artículo, el Tribunal de Justicia señaló que, por las mismas razones en las que había basado la primera respuesta, la citada Directiva y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que no se limitan a prohibir el acoso frente a personas que sean ellas mismas discapacitadas.

El Tribunal de Justicia indicó que, cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso sufrido por un trabajador está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que prodiga la mayor parte de los cuidados que requiere, tal comportamiento resulta contrario al principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva 2000/78 y, en particular, a la prohibición del acoso enunciada en el artículo 2, apartado 3, de la misma.

Recordó, no obstante, que, según los propios términos del artículo 2, apartado 3, de la citada Directiva, el concepto de acoso podrá definirse de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado



miembro. Y, en lo que atañe a la carga de la prueba aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal, el Tribunal de Justicia declaró que, teniendo en cuenta que el acoso se considera discriminación a efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, se aplica a esta figura el artículo 10, apartados 1 y 2, de la Directiva.

Por consiguiente, a tenor del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y del considerando trigésimo primero de la misma, las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación. En el supuesto de que la Sra. Coleman acredite hechos que permitan presumir que existe acoso, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo acoso en las circunstancias del caso concreto.

El Tribunal de Justicia respondió, por tanto, que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

### *Comentario*

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha interpretado de nuevo la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyas normas prohíben, en dichos ámbitos, la discriminación tanto por razón de la discapacidad, como el caso de la Sra. Coleman, como por motivos religiosos, de edad y de orientación sexual.

Hasta la fecha, las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado versaban acerca de la discriminación por razón de la edad<sup>32</sup>, de la orientación sexual<sup>33</sup>, y de la discapacidad<sup>34</sup>. La mayor parte de los asuntos pen-

---

<sup>32</sup> Véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981; de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531 y de 23 de septiembre de 2008, Bartsch, C-427/06, pendiente de publicación en la Recopilación.

<sup>33</sup> Véase la sentencia 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, pendiente de publicación en la Recopilación, y el comentario publicado en el n.º 39 de esta revista.

<sup>34</sup> Sentencia Chacón Navas, antes citada.

dientes en la actualidad tratan de la discriminación por razón de la edad<sup>35</sup>, mientras que uno se refiere a la discriminación por razón de la orientación sexual<sup>36</sup>.

En la presente sentencia, el Tribunal de Justicia, separándose de las propuestas que le hacían algunos de los gobiernos que habían presentado observaciones en este asunto, ha dado una interpretación amplia al ámbito de aplicación personal de la Directiva, tanto en lo que se refiere al concepto de discriminación por razón de discapacidad como al de acoso. No podía ser de otro modo, en mi opinión, a la luz de los objetivos que persigue dicha normativa.

Esta interpretación amplia no podía, desde luego, anticiparse visto el único precedente en materia de discriminación por razón de discapacidad, constituido por la sentencia Chacón Navas, antes citada, dictada en 2006, también por la Gran Sala, a petición del Juzgado de lo social n.º 33 de Madrid.

En ese asunto se preguntaba al Tribunal de Justicia, con carácter principal, si el ámbito de aplicación de la directiva 2000/78, y más concretamente la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, incluye a una trabajadora que ha sido despedida exclusivamente porque estaba de baja por enfermedad desde hacía más de siete meses. Subsidiariamente, en caso de respuesta negativa, el juez nacional quería saber si la enfermedad puede ser considerada como un factor más de discriminación, que se añadiría a los ya previstos expresamente en el artículo 1 de dicha Directiva.

A la hora de definir el concepto de discapacidad, el Tribunal de Justicia recordó su jurisprudencia, de acuerdo con la cual se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar<sup>37</sup>.

Teniendo en cuenta estas exigencias, el Tribunal de Justicia indicó que debe entenderse como discapacidad una limitación derivada de dolencias fí-

---

<sup>35</sup> Asuntos C-388/07, DO C 283, de 24 de noviembre de 2007, p. 9; C-555/07, DO C 79, de 29 de marzo de 2008, p. 12; C-88/08, DO C 128, de 24 de mayo de 2008, p. 21; C-229/08, DO C 223, de 30 de agosto de 2008, p. 21 y C-341/08, DO C 260, de 11 de octubre de 2008, p. 8.

<sup>36</sup> Asunto C-147/08, DO C 171, de 5 de julio de 2008, p. 15.

<sup>37</sup> Apartado 40. Véanse entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, Rec. p. I-2161, apartado 32.

sicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo a la participación en la vida profesional<sup>38</sup>. Concluyó, respecto a la primera pregunta, que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

El Tribunal de Justicia basó esta solución en el decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, según el cual, la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad. En opinión del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración<sup>39</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta, visto que los motivos de discriminación venían enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia concluyó que no cabía ampliar su número por analogía.

**Procedimiento prejudicial de urgencia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales – Ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Solicitud de que no se reconozca una resolución judicial de restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 11 de julio de 2008, Rinau, C-195/08 PPU<sup>40</sup>**

Esta sentencia tuvo su origen en la petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas de Lituania, por la que se instaba la interpretación del Reglamento

---

<sup>38</sup> Apartado 43.

<sup>39</sup> Quizás habría resultado más acertado, aun llegando al mismo resultado, interpretar que la discapacidad, si bien puede dificultar el acceso al trabajo o requerir puestos de trabajo de rendimiento adaptado, no imposibilita, en principio, para trabajar, mientras que la enfermedad, que se acredita médicamente mediante la baja, sí.

<sup>40</sup> Disponible en la página del Tribunal de Justicia <http://curia.europa.eu> y pendiente de publicación en la Recopilación.

n.º 2201/2003<sup>41</sup> 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, en lo sucesivo, «Reglamento». La petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. y la Sra. Rinau, en relación con la restitución a Alemania de la hija de ambos, Luisa, retenida en Lituania por la madre.

El artículo 3 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>42</sup> (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980»), dispone que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. A tenor del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha del inicio del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, ordenará la restitución del menor, salvo que quede demostrado que éste ha quedado integrado en su nuevo medio. Cuando la autoridad del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

El artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone a la restitución demuestra que la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posterior-

<sup>41</sup> Reglamento (CE) del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. DO L 338, p. 1.

<sup>42</sup> El Convenio de La Haya entró en vigor el 1 de diciembre de 1983 y todos los Estados miembros de la Unión Europea son Partes Contratantes de éste.

mente aceptado el traslado o retención, o existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que éste se opone, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información sobre la situación del menor proporcionada por la autoridad competente de su lugar de residencia habitual.

En lo que a la legislación comunitaria se refiere, el decimoséptimo considerando del Reglamento precisa que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído. El vigésimo primer considerando del Reglamento expone que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.

El artículo 2 del Reglamento dispone que se entenderá por «resolución judicial», las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto; por «Estado miembro de origen», el Estado miembro en el que se dictó la resolución judicial que hay que ejecutar; por «Estado miembro de ejecución», el Estado miembro en el que se solicita la ejecución de una resolución judicial; por «responsabilidad parental», los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita; por «titular de la responsabilidad parental», cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor; por «traslado o retención ilícitos de un menor», el traslado o retención de un menor cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por

resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

El artículo 8 del Reglamento establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado, cuando se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. El artículo 10 del Reglamento dispone que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

A tenor del artículo 11 del Reglamento, los apartados 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto de aquel en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el Reglamento, si el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

El capítulo III del Reglamento, titulado «Reconocimiento y ejecución», comprende los artículos 21 a 52. La sección 4 de este capítulo III, titulada «Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor», contiene los artículos 40 a 45.

El artículo 21, apartados 1 y 3, del Reglamento dispone que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento de una resolución. El artículo 23 del Reglamento establece que las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán, entre otros, si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor. A tenor del artículo 24, no podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público previsto en la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia de los artículos 3 a 14. El artículo 28, apartado 1, del Reglamento establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miem-

bro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

El artículo 31 del Reglamento dispone que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud de declaración de ejecutoriedad se pronunciará en breve plazo. En esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución. La solicitud sólo podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en los artículos 22, 23 y 24. La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. En virtud del artículo 42 del Reglamento, la restitución de un menor concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado únicamente si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tomen medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas. El juez de origen expedirá el certificado de oficio, que se redactará en la lengua de la resolución y utilizará el modelo de formulario del anexo IV. El artículo 43 del Reglamento dispone que el derecho del Estado miembro de origen será aplicable a cualquier rectificación del certificado. No se podrá interponer recurso contra la expedición de un certificado de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42.

Conforme al artículo 44 del Reglamento, el certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia. El artículo 60 del Reglamento dispone que, en las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a, entre otros, el Convenio de La Haya de 1980. El artículo 68 del Reglamento establece que los Estados miembros comunicarán a la Comisión las listas de los órganos jurisdiccionales y de las vías de recurso a que se hace referencia en los artículos 21, 29, 33 y 34, así como sus modificaciones. La información se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea.



De la Información relativa a los órganos jurisdiccionales y las vías de recurso<sup>43</sup> resulta que Lituania informó a la Comisión de que las solicitudes a que se refieren los artículos 21 y 29 del Reglamento, y los recursos a que se refiere el artículo 33 han de presentarse ante el Lietuvosapeliacinistėismas (Tribunal de Apelación) y que los recursos a que se refiere el artículo 34 sólo podrán interponerse mediante recurso de casación ante el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo). De esta información se desprende que la solicitud de declaración de ejecutoriedad de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, con arreglo al artículo 28, apartado 1, del Reglamento, debe presentarse ante el Lietuvosapeliacinistėismas. En virtud de su artículo 72, el Reglamento es aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, excepto en Dinamarca.

La Sra. Rinau, de nacionalidad lituana, y el Sr. Rinau, de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio en julio de 2003 y residieron en Alemania. La hija de ambos, Luisa, nació el 11 de enero de 2005. Durante el mes de marzo de 2005, los cónyuges comenzaron a vivir por separado y Luisa permaneció con su madre. En ese momento se inició un procedimiento de divorcio ante el Amtsgericht Oranienburg de Alemania.

El 21 de julio de 2006, con el consentimiento del padre, la Sra. Rinau abandonó el territorio alemán con su hija para unas vacaciones de dos semanas, volvió con ésta a Lituania, donde se instaló. El 14 de agosto de 2006, el Amtsgericht Oranienburg confió provisionalmente la custodia de Luisa al padre. El 11 de octubre de 2006, el Brandenburgisches Oberlandesgericht de Alemania desestimó el recurso de la madre y confirmó la resolución del Amtsgericht.

El 30 de octubre de 2006, el Sr. Rinau se dirigió al Klaipėdos apygardos teismas (Tribunal regional de Klaipėda) de Lituania, para obtener la restitución de su hija, invocando el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento, solicitud desestimada en diciembre de 2006. Esta resolución fue transmitida a la autoridad central alemana por el abogado del Sr. Rinau y esta autoridad la comunicó al Amtsgericht Oranienburg. A continuación, la autoridad central lituana le envió una traducción. Mediante resolución de 15 de marzo de 2007, el Lietuvosapeliacinistėismas anuló la resolución del Klaipėdos apygardos teismas y ordenó la restitución de la menor a Alemania. Durante el mes de abril de 2007, el Klaipėdos apygardos teismas dictó un auto de suspensión de la ejecución de la resolución del Lietuvosapeliacinistėismas, de 15 de marzo de 2007. Este último anuló dicho auto mediante resolución de 4 de junio de 2007. La ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 fue suspendida en varias ocasiones.

---

<sup>43</sup> DO 2005, C 40, p. 2.

La Sra. Rinau, el 4 de junio de 2007, y el fiscal general de Lituania, el 13 de junio de 2007, solicitaron al Klaipėdos apygardos teismas la reapertura del procedimiento invocando nuevas circunstancias y el interés de la menor en el sentido del artículo 13, párrafo primero, del Convenio de La Haya de 1980. El 19 de junio de 2007, el referido tribunal desestimó estas solicitudes considerando que no le correspondía a él, sino a los tribunales alemanes, pronunciarse sobre ellas. A raíz del recurso de la Sra. Rinau contra esta resolución, el Lietuvos apeliacinis teismas la confirmó el 27 de agosto de 2007. Estas dos últimas resoluciones fueron casadas por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas mediante sentencia de 7 de enero de 2008, que devolvió dichas solicitudes al Klaipėdos apygardos teismas.

Mediante resolución de 21 de marzo de 2008, el Klaipėdos apygardos teismas desestimó de nuevo estas solicitudes. Dicha resolución fue confirmada por el Lietuvos apeliacinis teismas mediante resolución de 30 de abril de 2008. A instancia de la Sra. Rinau, el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas resolvió, el 26 de mayo de 2008, pronunciarse en casación sobre estas solicitudes y suspendió la ejecución de la resolución de 15 de marzo de 2007 que ordenaba la restitución de Luisa a Alemania hasta que dictara su sentencia sobre el fondo.

Entretanto, mediante sentencia de 20 de junio de 2007, el Amtsgericht Oranienburg declaró el divorcio de los cónyuges y otorgó la custodia definitiva de Luisa al padre. Tomando en consideración, en particular, la resolución de 22 de diciembre de 2006 del Klaipėdos apygardos teismas que denegaba la restitución de la menor, el Amtsgericht ordenó a la Sra. Rinau restituir a la menor a Alemania y confiar su custodia al padre. La Sra. Rinau no estuvo presente en la vista de este último órgano jurisdiccional, pero estuvo representada y presentó alegaciones. El mismo día, el Amtsgericht Oranienburg adjuntó a su resolución un certificado expedido en virtud del artículo 42 del Reglamento. El 20 de febrero de 2008, el Brandenburgisches Oberlandesgericht desestimó el recurso interpuesto por la Sra. Rinau contra dicha sentencia, la confirmó en lo relativo a la custodia de Luisa y constató que la Sra. Rinau estaba ya obligada a devolver la menor a Alemania.

La Sra. Rinau inició un procedimiento ante el Lietuvos apeliacinis teismas solicitando que no se reconociera la sentencia del Amtsgericht Oranienburg de 20 de junio de 2007, en la medida en que otorgaba la custodia de Luisa al padre y la obligaba a devolvérsela y a cederle la custodia. El 14 de septiembre de 2007, el Lietuvos apeliacinis teismas dictó una resolución por la que declaró la inadmisibilidad de esta solicitud. Según dicho órgano jurisdiccional, el certificado expedido por el Amtsgericht Oranienburg en virtud del artículo 42 del Reglamento indicaba que se cumplían todos los requisitos necesarios para la expedición de un certificado de esta índole, enumerados en el apartado 2 de dicho artículo. Considerando que la referida sentencia,

en cuanto que ordenaba la restitución de la menor a Alemania, debería haberse ejecutado directamente en virtud de las disposiciones del capítulo III, sección 4, del Reglamento, sin necesidad de recurrir al procedimiento especial de exequátur del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, el Lietuvosapeliacinistėisma estimó que procedía declarar la inadmisibilidad de la solicitud de la Sra. Rinau. Ésta interpuso un recurso de casación ante el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas pidiendo que se anulara el auto y se dictara resolución estimando su solicitud.

En estas circunstancias, el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia seis cuestiones prejudiciales

Antes de examinar las cuestiones, el Tribunal de Justicia efectuó algunas consideraciones preliminares respecto a dos convenios internacionales aplicables a todos los Estados miembros.

Mencionó, en primer lugar, el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>44</sup>, modificado en varias ocasiones, que tenía por objeto facilitar entre los Estados contratantes el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tal fin, dicho Convenio introdujo normas de competencia y procedimientos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en esta materia. Las reglas se basaban en el principio de la confianza de los órganos jurisdiccionales de un Estado contratante en las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado contratante. Según su artículo 1, este Convenio no se aplica en lo que atañe al estado y a la capacidad de las personas físicas y a los regímenes matrimoniales.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se refirió al Convenio de La Haya de 1980, que se adoptó considerando que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia y que es preciso protegerle, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y establecer los procedimientos que permitan garantizar su restitución inmediata al Estado de la residencia habitual, y asegurar la protección del derecho de visita.

La orientación de estos dos convenios se recoge en el Reglamento, en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, aplicable a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, así como a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

---

<sup>44</sup> DO 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186.

Conforme a su vigésimo primer considerando, el Reglamento parte de la premisa de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento limitarse al mínimo necesario. Según sus considerandos duodécimo y decimotercero, éste parte de la idea de que debe prevalecer el interés superior del menor y, en virtud de su trigésimo tercer considerando, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Reglamento pretende, en particular, impedir la sustracción de menores entre Estados miembros y, en caso de sustracción, conseguir que la restitución se produzca sin demora. Conforme a su decimoséptimo considerando, éste completa las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 que, no obstante, sigue siendo aplicable. En virtud de su artículo 60, el Reglamento prima sobre el Convenio de La Haya de 1980.

El Tribunal de Justicia examinó conjuntamente las cuestiones cuarta a sexta, entendiendo que el juez remitente preguntaba, en esencia, si es conforme con el Reglamento que un tribunal del Estado miembro de origen dicte una resolución de restitución del menor y expida el certificado previsto en el artículo 42 del Reglamento, cuando un tribunal del Estado en el que el menor está retenido ilícitamente ha dictado una resolución de restitución al Estado de origen. Preguntaba también si el artículo 24 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que el tribunal del Estado miembro en el que tiene lugar la retención ilícita del menor debe reconocer la resolución que ordena la restitución de éste dictada por el juez del Estado miembro de origen si este último no ha respetado el procedimiento establecido por el Reglamento.

El artículo 11, apartado 8, del Reglamento dispone que, aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

El Tribunal de Justicia acogió la interpretación según la cual no puede expedirse un certificado sobre la base del artículo 42 del Reglamento sin que se haya dictado previamente una resolución de no restitución, ya que ésta es la interpretación que resulta del Reglamento en su conjunto y, en particular, de su artículo 11, apartado 8.

Tras establecer que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, el Reglamento organiza el reconocimiento y la declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones en dos modalidades, a saber los artículos 21,

apartados 1 y 3, 11, apartado 8, 40, apartado 1, y 42, apartado 1. Según la primera, la adopción de una resolución de reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad pueden solicitarse según los procedimientos previstos en el capítulo III, sección 2, del Reglamento. Mediante la segunda, la fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita o que ordenan la restitución del menor está sujeta a las disposiciones de la sección 4 del mismo capítulo. Esta modalidad se articula con las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 y consigue, si se cumplen los requisitos, la restitución inmediata del menor.

Aunque esté intrínsecamente vinculada a otras materias del Reglamento, en particular, el derecho de custodia, la fuerza ejecutiva de la resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procesal, al objeto de no retrasar la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto de aquél en el que tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos.

La autonomía procesal de las disposiciones que figuran en los artículos 11, apartado 8, 40 y 42 del Reglamento y la prioridad concedida a la competencia del órgano jurisdiccional de origen, en el marco del capítulo III, sección 4, del Reglamento, se reflejan en sus artículos 43 y 44, cuyas disposiciones establecen que el derecho del Estado miembro de origen será aplicable a cualquier rectificación del certificado, que no se podrá interponer recurso contra la expedición de éste y que dicho certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia.

La reserva del artículo 21, apartado 3, del Reglamento, mediante la utilización de los términos «sin perjuicio de la sección 4», que es objeto de la cuarta cuestión, tiene la finalidad de precisar que la facultad que esta disposición confiere a toda parte interesada para solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento de la resolución dictada en un Estado miembro no excluye la posibilidad, cuando se reúnen los requisitos, de recurrir al régimen previsto en los artículos 11, apartado 8, 40 y 42, del Reglamento en el supuesto de una restitución de un menor tras una resolución de no restitución, pues este régimen prevalece sobre las secciones 1 y 2 de dicho capítulo III.

El Tribunal de Justicia subrayó que el procedimiento previsto para el supuesto de una restitución de un menor tras una resolución de no restitución recoge y refuerza lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980. En particular, el plazo para resolver sobre una solicitud de no restitución es muy breve. Por otra parte, una resolución definitiva que ordene la restitución puede ser adoptada por un órgano jurisdiccional en virtud del Reglamento. Por último, el procedimiento culmina con la certificación de la resolución que le da fuerza ejecutiva especial y en el Reglamento se definen los requisitos para la emisión del certificado y sus efectos.

Así, en lo que atañe a los requisitos para su expedición, del artículo 42, apartado 2, del Reglamento se desprende que el juez de origen que dictó la resolución emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En cuanto a los efectos de la certificación, una vez que se ha expedido el certificado, la resolución de restitución del menor será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento. El Tribunal de Justicia recordó que este régimen sólo se aplica en caso de restitución de un menor tras una resolución de no restitución, a que se refiere el artículo 11, apartado 8, del Reglamento. Aboga por esta interpretación el artículo 11, apartado 8, que establece que, aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

Si bien la expresión «aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución» presenta cierta ambigüedad, su articulación con los términos «cualquier resolución judicial posterior» indica una relación cronológica entre una resolución, a saber, la de no restitución, y la resolución posterior, formulación que no deja lugar a dudas respecto al carácter previo de la primera. El decimoséptimo considerando del Reglamento confirma esta interpretación, al precisar que una resolución de no restitución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual.

También resulta del artículo 42, apartado 2, letra c), del Reglamento, que impone al órgano jurisdiccional la obligación de tener en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, que dicho órgano jurisdiccional únicamente puede pronunciarse después de que se dicte una resolución de no remisión en el Estado miembro de ejecución. De ello se desprende que el artículo 40, apartado 1, letra b), del Reglamento, es una disposición que únicamente se aplica cuando previamente se ha dictado en el Estado miembro de ejecución una resolución de no restitución.

El Tribunal de Justicia consideró, no obstante, que no cabía acoger las consecuencias que dichas observaciones deducían de esta interpretación. En

efecto, el artículo 11, apartado 3, del Reglamento exige que los órganos jurisdiccionales ante los que se interponga la demanda de restitución actúen con urgencia, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. El párrafo segundo de la misma disposición establece, además, que, sin perjuicio de este objetivo de celeridad, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

Más concretamente, el apartado 6 de dicho artículo 11 dispone que, en caso de que un tribunal haya dictado una resolución de no restitución, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual, directamente o por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista. El carácter urgente de estos trámites queda igualmente de manifiesto en virtud de la última frase del mismo apartado, que establece que el órgano jurisdiccional de origen «deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución».

Estas disposiciones tienen por objeto no sólo garantizar la restitución inmediata del menor al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual, sino también permitir al órgano jurisdiccional de origen evaluar las razones y las pruebas sobre las que se funda la resolución de no restitución. En particular, el órgano jurisdiccional de origen debe examinar si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 42, apartado 2 del Reglamento.

Puesto que, en último término, esta apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de origen en virtud de los artículos 10 y 40, apartado 1, letra b), del Reglamento, los incidentes procesales que se produzcan o reproduzcan en el Estado miembro de ejecución después de que se haya dictado una resolución de no restitución no son determinantes y pueden considerarse irrelevantes a efectos de la aplicación del Reglamento. De no ser así, el Reglamento correría el riesgo de verse privado de su efecto útil, pues el objetivo de la restitución inmediata del menor quedaría subordinado al requisito del agotamiento de las vías procesales admitidas por el derecho nacional del Estado miembro en el que el menor está retenido ilícitamente. Este riesgo debe ponderarse particularmente en el caso de los menores de corta edad, ya que el tiempo no puede medirse según criterios generales, dada la estructura intelectual y psicológica de estos menores y la rapidez con la que ésta evoluciona.

Aunque el Reglamento no tenga por objeto unificar las normas de derecho material y de procedimiento de los diferentes Estados miembros, es importante que la aplicación de las normas nacionales no menoscabe su



efecto útil<sup>45</sup>. Esta interpretación es conforme con las exigencias y la finalidad de éste y la que mejor garantiza la efectividad del derecho comunitario.

Por otra parte, dicha interpretación queda corroborada por dos elementos. El primero se basa en los términos «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor» del artículo 11, apartado 8, del Reglamento, que expresan la idea de que el tribunal de origen, una vez dictada la resolución de no restitución, puede verse obligado a dictar una o varias resoluciones con objeto de obtener la restitución del menor, incluyendo los supuestos en los que existe un estancamiento procedimental o fáctico. El segundo elemento es de carácter sistemático y se basa en el hecho de que, contrariamente al procedimiento previsto en los artículos 33 a 35 del Reglamento para la solicitud de declaración de ejecutoriedad, las resoluciones dictadas conforme al capítulo III, sección 4, de éste (derecho de visita y restitución del menor) pueden ser declaradas ejecutivas por el órgano jurisdiccional de origen con independencia de cualquier posibilidad de recurso, en el Estado miembro de origen o en el de ejecución.

Al excluir todo recurso contra la expedición de un certificado con arreglo al artículo 42, apartado 1, salvo un procedimiento de rectificación en el sentido del artículo 43, apartado 1, el Reglamento pretende evitar que la eficacia de sus disposiciones resulte menoscabada por la utilización abusiva del procedimiento. Además, el artículo 68 no menciona, entre las vías de recurso, ningún recurso contra resoluciones dictadas con arreglo al capítulo III, sección 4, del Reglamento.

Estas consideraciones respondían a las circunstancias específicas del litigio principal. Por un lado, la secuencia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales lituanos, en lo que atañe tanto a la demanda de restitución como a la solicitud de no reconocimiento de la resolución certificada conforme al artículo 42 del Reglamento, no parece haber respetado la autonomía del procedimiento que prevé esta última disposición. Por otro lado, el número de resoluciones y su diversidad (anulaciones, reformas, reaperturas, suspensiones) son la prueba de que, incluso habiendo utilizado posiblemente los procedimientos internos más expeditivos, los plazos transcurridos se encontraban ya, en la fecha de expedición del certificado, en manifiesta contradicción con las exigencias del Reglamento.

El Tribunal de Justicia precisó que, dado que no se había expresado duda alguna en cuanto a la autenticidad del certificado expedido por el Amtsge-

---

<sup>45</sup> Véanse por analogía, en relación con el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, las sentencias de 15 de mayo de 1990, Hagen, C-365/88, Rec. p. I-1845, apartados 19 y 20; de 7 de marzo de 1995, Shevill y otros, C-68/93, Rec. p. I-415, apartado 36, y de 27 de abril de 2004, Turner, C-159/02, Rec. p. I-3565, apartado 29.



richt Oranienburg y que éste contenía todos los elementos que exige el artículo 42 del Reglamento, no procedía sino desestimar un recurso contra la expedición del certificado o una oposición a su reconocimiento, conforme al artículo 43, apartado 2, del Reglamento, pues lo único que el órgano jurisdiccional requerido puede hacer es constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada.

Por tanto, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones cuarta a sexta que, una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante, a efectos de la expedición del certificado previsto en el artículo 42 del Reglamento, que esta resolución haya sido suspendida, reformada, anulada o, en cualquier caso, no haya devenido firme o haya sido sustituida por una resolución de restitución, en tanto la restitución del menor no se haya producido efectivamente. Sin que se haya expresado duda alguna en cuanto a la autenticidad de este certificado y habiéndose expedido éste conforme al formulario cuyo modelo figura en el anexo IV del Reglamento, no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor.

A continuación, el Tribunal de Justicia pasó a examinar la primera cuestión, mediante la cual se le preguntaba, en esencia, si una parte interesada en el sentido del artículo 21 del Reglamento podía solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial sin que se hubiera presentado una solicitud de reconocimiento de esta misma resolución.

A pesar de que la respuesta dada a las cuestiones cuarta a sexta excluía la posibilidad de una solicitud de no reconocimiento en el caso de que una resolución de restitución del menor se hubiera dictado y certificado conforme a las disposiciones de los artículos 11, apartado 8, y 42 del Reglamento, no cabía descartar esta posibilidad de manera general.

En efecto, el artículo 21, apartado 3, del Reglamento prevé que, sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución. El párrafo segundo del mismo apartado establece, a tal fin, las normas de competencia territorial. Tampoco podía excluirse que una solicitud de no reconocimiento de una resolución condujera al reconocimiento de ésta de forma incidental, hipótesis en la que sería aplicable el apartado 4 de dicho artículo 21. La posibilidad de presentar una solicitud de no reconocimiento sin que se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento puede responder a objetivos diversos, ya sean de orden material, en particular los relativos al interés superior del menor o a la estabilidad y tranquilidad de la familia, ya sean de naturaleza procedimental,

al permitir anticipar la presentación de pruebas que podrían no seguir estando disponibles en el futuro. La solicitud de no reconocimiento debe, no obstante, respetar el procedimiento previsto en el capítulo III, sección 2, del Reglamento y, en particular, sólo puede tramitarse conforme a las disposiciones del derecho interno si éstas no limitan el alcance y los efectos del Reglamento.

Por tanto, respondió a la primera cuestión que, salvo en los casos en los que el procedimiento se refiere a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del Reglamento, cualquier interesado puede solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial, aun cuando no se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento de la resolución.

Mediante la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia consideró que el juez remitente preguntaba, en el supuesto de que proceda examinar la solicitud de no reconocimiento de la resolución presentada por la persona respecto a la que esta resolución es ejecutiva y cuando no se haya presentado previamente ninguna solicitud de reconocimiento, cómo debe aplicarse el artículo 31, apartado 1, del Reglamento, en particular, la frase según la cual «en esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución».

El Tribunal de Justicia afirmó que, si se solicita el no reconocimiento de una resolución judicial sin que se haya presentado una solicitud de reconocimiento de dicha resolución, el artículo 31, apartado 1, del Reglamento ha de interpretarse a la luz del sistema específico del capítulo III, sección 2, del Reglamento. Por tanto, esta disposición debe permanecer sin aplicación. En efecto, el artículo 31 del Reglamento se refiere a la declaración de ejecutoriedad. Establece que, en este caso, la parte contra la que se solicite la ejecución no podrá presentar alegaciones. Tal procedimiento debe entenderse en función del hecho de que, al tener un carácter ejecutivo y unilateral, no puede admitir las alegaciones de dicha parte sin adoptar una naturaleza declaratoria y contradictoria, lo cual iría en contra de su propia lógica, según la cual el derecho de defensa se garantiza mediante el recurso previsto en el artículo 33 del Reglamento.

Sin embargo, la situación que se plantea en el caso de una solicitud de no reconocimiento es diferente, y la razón de esta diferencia reside en el hecho de que el solicitante, en tal situación, es la persona contra la que podría haberse presentado la solicitud de declaración de ejecutoriedad. En tal caso, la parte contra la que se presenta la solicitud de no reconocimiento no puede ser privada de la posibilidad de presentar alegaciones. Cualquier otra solución vendría a limitar la eficacia de la acción del solicitante, puesto que el objeto del procedimiento de no reconocimiento se refiere a una apreciación negativa que, por su propia naturaleza, requiere

un carácter contradictorio. De ello resultaba que, tal como alegaba la Comisión, la parte demandada, que solicita el reconocimiento, puede presentar alegaciones.

El Tribunal de Justicia respondió a la segunda pregunta que el artículo 31, apartado 1, del Reglamento, por cuanto establece que, en esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución, no es aplicable a un procedimiento de no reconocimiento de una resolución judicial iniciado sin que se haya presentado previamente una solicitud de reconocimiento respecto a la misma resolución. En tal situación, la parte demandada, que solicita el reconocimiento, puede presentar alegaciones.

El Tribunal de Justicia examinó, en último lugar, la tercera cuestión, mediante la que se le preguntaba si el tribunal nacional ante el que el titular de la responsabilidad parental ha presentado la solicitud de no reconocimiento de la resolución del juez del Estado miembro de origen que ordena la restitución del menor, para la que se ha expedido un certificado con arreglo al artículo 42 del Reglamento, debe examinar dicha resolución basándose en las disposiciones del capítulo III, secciones 1 y 2, del Reglamento, como prevé el artículo 40, apartado 2, de éste.

Ahora bien, tal y como se desprendía de las respuestas a las demás cuestiones, no ha de admitirse una solicitud de no reconocimiento de una resolución judicial si se ha expedido un certificado en virtud del artículo 42 del Reglamento. En tal situación, la resolución certificada goza de fuerza ejecutiva y no cabe ninguna oposición a su reconocimiento. Por consiguiente, no procedía responder a esta cuestión.

### *Comentario*

Por una parte, esta ha sido la tercera ocasión en la que el Tribunal de Justicia ha interpretado el Reglamento n° 2201/2003. Las sentencias dictadas hasta la fecha, la primera por la Gran Sala y la segunda por la Sala Tercera, son la de 27 de noviembre de 2007, C, C-435/06<sup>46</sup>, en la que se trataba de decidir si dicha normativa se aplica a una resolución por la que, en unidad de acto, se asume la guarda inmediata y se ordena el acogimiento de un menor fuera del domicilio de su familia de origen en una familia de acogida y si tal decisión está comprendida en el concepto de «materias civiles», cuando ha sido adoptada en el marco de las normas de derecho público relativas a la protección de menores, y la de 29 de noviembre de 2007,

---

<sup>46</sup> Rec. p. I-10141.

Sundelind López, C-68/07<sup>47</sup>, en la que el Tribunal de Justicia examinó si, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden fundar su competencia en su derecho nacional para conocer del asunto, aunque los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.

Por otra parte, la sentencia Rinau es la primera de las tres prejudiciales que ha dictado el Tribunal de Justicia este año por el trámite de urgencia<sup>48</sup>, en vigor desde el 1 de marzo de 2008.

El procedimiento prejudicial de urgencia ha sido creado con el fin de que el Tribunal de Justicia pueda dar rápidamente respuesta a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros relativas a las materias contempladas en el título VI del Tratado de la Unión Europea o en el título IV de la tercera parte del Tratado CE, que tienen por objeto el mantenimiento y el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Rec. p. I-10403.

<sup>48</sup> Las otras dos son las sentencias de 12 de agosto de 2008, Santesteban Goicoechea, C-296/08 PPU y de 1 de diciembre de 2008, Leymann y otros, C-338/08 PPU. Ambas están disponibles en la página del Tribunal de Justicia <http://curia.europa.eu> y pendientes de publicación en la Recopilación.

<sup>49</sup> Con ocasión de la adopción de las modificaciones correspondientes al Estatuto del Tribunal de Justicia y a su Reglamento de Procedimiento, el Consejo adoptó una declaración a este respecto, del siguiente tenor: El Consejo solicita al Tribunal que facilite, en la nota informativa sobre la introducción de los procedimientos prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales, indicaciones útiles para dichos órganos jurisdiccionales por lo que se refiere a los casos en los que procede solicitar la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia, en particular debido a los breves plazos impuestos por la legislación nacional o comunitaria o por consecuencias serias para la persona de que se trate. El Consejo solicita al Tribunal que aplique el procedimiento prejudicial de urgencia en situaciones de privación de libertad. El Consejo toma nota de la intención del Tribunal de velar, teniendo en cuenta el grado de urgencia del asunto, por que los Estados miembros dispongan, para la elaboración de posibles observaciones escritas y para la preparación de sus alegaciones, del tiempo y de las traducciones necesarias para garantizar una participación efectiva y útil en el procedimiento. El Consejo pide al Tribunal que procure que los plazos a este respecto no sean en principio inferiores a diez días hábiles, y a que adapte el procedimiento verbal a las necesidades del procedimiento de urgencia. El Consejo tiene en cuenta que el procedimiento prejudicial de urgencia debería concluirse en un plazo de tres meses. Por último, el Consejo toma nota de la intención del Tribunal de garantizar, como para cualquier procedimiento que incoe, la transparencia en la aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia y le ruega que presente, a más tardar tres años después de la entrada en vigor de este procedimiento, un informe —cuyos datos serán objeto de una actualización anual— sobre la aplicación del mismo y, en particular, la práctica seguida por el Tribunal en cuanto a las decisiones de poner en marcha o no el procedimiento de urgencia. DO L 24, de 29 de enero de 2008, p. 44.

A tal fin, se han introducido sendas modificaciones en el Estatuto del Tribunal de Justicia, concretamente, el artículo 23 *bis*, y en el Reglamento de Procedimiento, al que se ha añadido el artículo 104 *ter*.

Este procedimiento se caracteriza por la celeridad con la que debe desarrollarse, ya que está previsto que su duración no exceda de tres meses. A tal fin, se acorta el plazo concedido para la presentación de observaciones escritas, pudiendo, en casos de extrema urgencia, omitirse la fase escrita; se prescinde de las conclusiones del Abogado General, y sólo las partes en el litigio principal, el Estado miembro del que provenga la cuestión prejudicial y la Comisión, en todos los casos, y el Consejo y el Parlamento si se cuestiona la validez de un acto adoptado por estas Instituciones, pueden presentar observaciones escritas<sup>50</sup>. Cuando comunica la decisión de tramitar el asunto mediante el procedimiento de urgencia, la Sala puede precisar las cuestiones jurídicas que deberán tratarse en las observaciones escritas e incluso determinar la longitud máxima de los textos.

En el asunto *Rinau* la celeridad estuvo asegurada ya que la petición de decisión prejudicial se presentó en la Secretaría el 14 de mayo de 2008 y, vista la solicitud del órgano jurisdiccional remitente, de 21 del mismo mes, el Tribunal de Justicia accedió, el 23, a tramitarla mediante el procedimiento de urgencia. Se concedió un plazo corto para la presentación de observaciones escritas y se celebró la vista los días 26 y 27 de junio, dictándose la sentencia el 11 de julio. En total fueron pues 58 días los que duró el procedimiento<sup>51</sup>.

El órgano jurisdiccional lituano motivaba la solicitud haciendo referencia al decimoséptimo considerando del Reglamento n.º 2201/2003, que alude a la restitución sin demora de un menor sustraído, y al artículo 11, apartado 3, del mismo Reglamento, que establece un plazo de seis semanas para que el juez que conoce de una demanda de restitución dicte su resolución. Dicho órgano jurisdiccional nacional señalaba la necesidad de actuar con urgencia, dado que cualquier retraso iba a resultar muy desfavorable para las relaciones entre la menor y el progenitor con el que no vivía, pudiendo la degradación de estas relaciones resultar irreparable. Se basaba también en la necesidad de proteger a la menor de un eventual perjuicio y

---

<sup>50</sup> Esta restricción permite limitar drásticamente la necesidad de traducción, ya que quienes pueden presentar observaciones escritas lo harán en la lengua de procedimiento, que es la del juez que ha planteado la cuestión prejudicial.

<sup>51</sup> En el asunto *Santesteban Goicoechea*, el procedimiento no duró más que cuarenta días, habiéndose registrado la cuestión prejudicial en la secretaría el 3 de julio y habiéndose celebrado la vista y dictado la sentencia respectivamente el 6 y el 12 de agosto, en plenas vacaciones judiciales. En el asunto *Leyman* y otros, en cambio, la duración fue más larga, sin sobrepasar empero los tres meses.

de garantizar un justo equilibrio entre los intereses de ésta y los de sus padres, que requeriría recurrir al procedimiento de urgencia.

Con el fin de asegurar el tratamiento de las cuestiones prejudiciales por el procedimiento de urgencia, el Reglamento de Procedimiento regula la creación y el funcionamiento de la llamada Sala designada, que es la que, a lo largo de un año judicial<sup>52</sup>, se encarga de decidir, previo informe del juez ponente del asunto, y oído el Abogado General, si procede tramitar mediante dicho procedimiento, a solicitud del juez nacional o, excepcionalmente de oficio, una petición de decisión prejudicial dada. En la práctica, se trata de una de las cuatro salas de cinco jueces la cual puede también decidir sustanciar el asunto en una formación de tres jueces o devolver el asunto al Tribunal de Justicia para que sea atribuido a una formación más importante.

Siempre con el fin de garantizar al máximo un tratamiento rápido, y sólo para este procedimiento, los escritos procesales se considerarán presentados al remitirse a la Secretaría del Tribunal de Justicia, por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación de que éste disponga, una copia del original firmado y de los documentos justificativos invocados.

El Presidente de Tribunal de Justicia nombra al juez ponente, a propuesta del Presidente de la Sala designada, de entre los miembros de ésta. Si se deniega el trámite por el procedimiento de urgencia, el asunto seguirá su tramitación por el procedimiento normal, pudiendo el Presidente del Tribunal de Justicia reatribuir el asunto a otro juez ponente, miembro de otra Sala<sup>53</sup>.

Las observaciones escritas, al igual que la petición de decisión prejudicial, se comunican a los demás Estados miembros, esta última acompañada de una traducción a la lengua oficial de cada uno, al objeto de que puedan si lo desean, participar en la vista presentando observaciones orales.

El balance de los primeros diez meses de funcionamiento aparece altamente positivo dado que el reducido número de peticiones ha permitido resolverlas en un espacio de tiempo muy corto, y siempre dentro del límite de los tres meses deseado por el Consejo<sup>54</sup>. Sin embargo, todavía es pronto para pronunciarse sobre el éxito de este nuevo procedimiento, que puede resultar un instrumento valioso a disposición de los jueces nacionales cuando conozcan de causas en las que se les planteen dudas sobre la interpretación o la validez de alguna disposición de la legislación derivada, adoptada en materia de cooperación policial y judicial en materia pe-

<sup>52</sup> El año judicial termina el 6 de octubre de cada año.

<sup>53</sup> Artículo 9 del Reglamento de Procedimiento.

<sup>54</sup> Véase la declaración del Consejo sobre el procedimiento prejudicial de urgencia, antes citada.

nal o de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas<sup>55</sup>. Habrá que ver, en caso de que el número de cuestiones prejudiciales planteadas en esos ámbitos aumentara exponencialmente, si la estructura actual permitiría seguir dando respuestas tan rápidamente.

---

<sup>55</sup> El artículo 35 UE, que es la norma que reconoce competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez y la interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, así como de los convenios celebrados de conformidad con el título VI del Tratado de la Unión, prevé que los Estados miembros formulen una declaración especificando si cualquier órgano jurisdiccional puede plantear cuestiones prejudiciales o sólo aquéllos cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en derecho interno. En la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre (BOE de 17 de diciembre de 1998, núm. 301/1998, pág. 42266), España aceptó la competencia del Tribunal de Justicia según esta última modalidad. Se reservó, además, tal y como le permite la Declaración n.º 10 anexa al Tratado de Ámsterdam sobre el artículo K.7 UE, en la actualidad artículo 35 UE, el derecho de establecer en su legislación nacional disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión con arreglo a dicho artículo, en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia.





# 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. Ratificación del Tratado de la reforma de los tratados constitutivos (Tratado de Lisboa). I.2. Unión Monetaria Europea: recesión económica e incorporación de Eslovaquia. I.3. Bulgaria: suspensión de ayudas por corrupción. I.4. Turquía y Croacia: negociaciones de adhesión. I.5. Marruecos y Ucrania: Estatuto de Asociación avanzada y acuerdo de asociación.—II. La actualidad institucional de la Unión Europea. II.1. Los Consejos Europeos de la presidencia francesa. II.2. Eurogrupo: reunión de Jefes de Estado y de Gobierno. II. 3. Comisión: cambio de comisario británico y cambio de responsabilidad de Eneko Landaburu.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. III.1. Reformas en la regulación bancaria: garantía de los depósitos. III.2. Unión Monetaria Europea: rebajas del tipo de interés. III.3. Cooperación reforzada: reconocimiento de sentencias de divorcio. III.4. Inmigración: políticas de inmigración selectiva. III.5 Comisión: propuesta sobre mayor control de las Agencias de Rating. III.6. Comisión: propuesta de precios de mensajes SMS. III.7. Sentencia contra España por la ampliación de las funciones de la Comisión Nacional de la Energía. III.8. Comisión: denuncia a España por exceso de publicidad en televisión. III.9. Competencia: sanciones a cárteles empresariales. III.10. Tribunal de Justicia: sentencia favorable a la fiscalidad vasca.

## **Introducción**

El segundo semestre de 2008 ha resultado ser particularmente convulso. La profunda crisis de confianza desatada respecto al sistema financiero ha provocado reacciones inéditas de la Unión Europea.

Destacan especialmente el plan de apoyo al sistema financiero, que incluye la compra de activos bancarios y avales sobre préstamos interbancarios y el posterior plan de reactivación económica, basado en incentivos fiscales e inversiones públicas. También fueron insólitas la declaración de los Veintisiete del 6 de Octubre, que aseguraba que «ningún depositante en

bancos europeos ha sufrido pérdidas», o la reunión del Eurogrupo de primeros ministros del 12 de Octubre que facilitó el mencionado plan de «rescate de la banca». El Banco Central Europeo ha iniciado una nueva senda de reducciones de tipos de interés.

La crisis económica es profunda. Pero es precisamente en estos momentos cuando se hace más necesaria una Europa unida, que ofrezca a sus ciudadanos soluciones globales y coordinadas para superar las dificultades.

*The last six months of 2008 have been particularly troubled. The deep crisis of confidence towards financial entities has led to unknown reactions in the whole history of the European Union. The Plan to support the financial system, including the acquisition of bank assets and the guaranteeing of interbank credits, as well as the following Plan defined to reactivate the economy, implementing tax incentives and public investments, are particularly remarkable. They were also unprecedented initiatives the EU statement, published last 6<sup>th</sup> October, assuring that “no depositor in our countries’ banks has suffered any losses”, and the Eurogroup summit composed of prime ministers, held in Paris last 12<sup>th</sup> October, the one that made easier the mentioned plan to rescue the european banks. The European Central Bank has started a new path of decreases of interest rates.*

*The economic crisis is so deep. But it is precisely in these moments when it is so necessary a united Europe, a continent that might offer global and coordinated solutions to its citizens, in order to overcome all the difficulties.*

## I. El estado de la integración

### I.1. Ratificación del Tratado de la reforma de los tratados constitutivos (Tratado de Lisboa)

Tras la decisión adoptada en el Consejo Europeo de Junio de dar un tiempo al gobierno irlandés para que plantease una «forma común de seguir adelante», los Estados continuaron con sus respectivos procesos de ratificación del Tratado de Lisboa.

En España, el Tratado fue ratificado por el Congreso de los Diputados el 26 de Junio. Los diputados votaron a favor del Tratado con una mayoría de 322 votos a favor, 2 abstenciones y 6 votos en contra (los votos de Izquierda Unida, Esquerra Republicana de Catalunya y Bloque Nacionalista Galego). El Senado también lo aprobó el 15 de Julio.

Por su parte, la República Checa se convirtió en Junio en protagonista del Consejo de Asuntos Generales por sus dudas sobre la continuación del proceso de ratificación. El ministro checo de Exteriores señaló, entonces,

que el proceso de ratificación en su país incluía el examen del Tratado por parte del Tribunal Constitucional y su envío posterior al Senado.

Precisamente el 26 de Noviembre se hizo público el Dictamen del alto Tribunal checo, en el que daba un veredicto positivo sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución nacional. De esta manera, se eliminaba el principal obstáculo para la ratificación del texto, puesto que la votación en el Parlamento no debería plantear ninguna dificultad.

Los euroescépticos del partido liberal checo ya no cuentan con la mayoría en el Senado y no tienen, por tanto, capacidad de bloquear la votación. Sin embargo, uno de sus representantes, quien es, además, Presidente de la República, Václav Klaus, calificó la decisión del Constitucional de «subjetiva», «política» y «conceptualmente errónea». En todo caso, el gobierno checo pretende ratificar el Tratado antes de fin de año, ya que el 1 de Enero de 2009 Chequia asumirá la presidencia de la Unión.

Por su parte, la ratificación en Irlanda, paralizada tras el rechazo de los ciudadanos en el referéndum de Junio, pudo desbloquearse con el acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo ordinario celebrado en Diciembre. En esta cumbre, los Veintisiete decidieron que Dublín convocará una nueva consulta con anterioridad a Noviembre de 2009, antes del final del mandato de la actual Comisión. El acuerdo incluye un compromiso de la Unión que deberá facilitar el apoyo de los irlandeses al Tratado de Lisboa, como es la renuncia a reducir el número de comisarios. De esta forma, es previsible que, cuando el Tratado entre en vigor, se adopte una decisión para que el ejecutivo comunitario continúe contando con un comisario por cada país.

De esta manera, la Unión renuncia a una Comisión más eficaz, que contaría con un número de integrantes equivalente a dos tercios del número de Estados miembros a partir de 2014, y que serían nombrados según un criterio de rotación. Con el acuerdo alcanzado en Diciembre, la Comisión podría llegar a tener hasta 35 miembros, a medida que vayan completándose las Adhesiones de nuevos Estados.

## *1.2. Unión Monetaria Europea: recesión económica e incorporación de Eslovaquia*

El pasado 14 de Noviembre, la Oficina de Estadísticas de la UE, Eurostat, hizo públicos los datos sobre la evolución del PIB del tercer trimestre del año, y éstos confirmaron la situación de recesión económica de la Eurozona por primera vez en su historia.

En este periodo, de julio a septiembre de 2008, el PIB de los Quince países que integraban la Unión Monetaria retrocedió un 0,2%, con lo que se encadenaron dos trimestres con crecimiento negativo (también en el se-

gundo trimestre del año la Economía de la eurozona se había contraído un 0,2%). Dos períodos consecutivos de evolución intertrimestral negativa se califican técnicamente como recesión.

Por lo que se refiere al conjunto de la UE, también el PIB de los Veintisiete cayó un 0,2% durante el tercer trimestre del año, pero su evolución no se calificó como recesión porque en el segundo trimestre habían registrado un crecimiento nulo en lugar de negativo.

El fuerte retroceso de la Economía alemana parece haber sido clave en estos datos, ya que el PIB de Alemania cayó un 0,5% en el tercer trimestre de 2008, retroceso que se suma a la contracción del 0,4% del segundo trimestre. Otra Economía fuerte de la Eurozona, Italia, mostraba dos retrocesos consecutivos idénticos a los de Alemania. España, que perdió un 0,2% en el tercer trimestre, entraba por primera vez en una zona negativa de evolución del PIB en los últimos quince años.

Los datos vienen a demostrar que las Economías de la UE están gravemente afectadas por la crisis financiera mundial y, a pesar de las medidas adoptadas para estabilizar los mercados, muchos analistas alertan sobre las pesimistas proyecciones respecto a la economía real, en términos de pérdida de empleos y de reducción del consumo y de la inversión.

El comisario Almunia señaló, a comienzos de Noviembre, que España ha entrado en un proceso de recesión que le llevará a una disminución del PIB en el cuarto trimestre de 2008 del 0,3%, y en el primer trimestre de 2009 del 0,1%. Para el conjunto de 2008, Bruselas prevé un avance de la Economía española del 1,3% (frente al 3,7% de 2007) y un retroceso del 0,2% en 2009. La Comisión también destacó el fuerte impacto que la crisis tendrá en la economía real de nuestro país y, en particular, sobre el empleo, ya que la tasa de desempleo podría llegar a un 15,5% en 2010.

Por otra parte, el 8 de Julio, los ministros de Economía y Finanzas aprobaron la adhesión de Eslovaquia a la Eurozona el 1 de Enero de 2009 y fijaron el tipo de conversión fijo e irrevocable de la moneda nacional de este país respecto al euro: 30,126 coronas eslovacas por euro.

Con anterioridad a esta incorporación de Eslovaquia, la Unión Monetaria Europea inicial de Once países, ya se ha ampliado en tres ocasiones: en 2001 se incorporó Grecia, en 2007 Eslovenia, y en 2008, Malta y Chipre.

### *I.3. Bulgaria: suspensión de ayudas por corrupción*

La Administración búlgara ha alcanzado cotas tan extremas de corrupción, que la Comisión decidió, a finales de Julio, aplicar una medida sin precedentes respecto a un Estado miembro, como es la suspensión del pago de

una serie de ayudas financieras previstas para facilitar la Adhesión del país balcánico a la UE, ayudas que superan los mil millones de euros.

«Bulgaria debe comprometerse a limpiar su Administración y garantizar que el generoso apoyo que recibe de la UE alcanza a sus ciudadanos y no es malversado por funcionarios que operan junto a la delincuencia organizada», señalaba uno de los informes de la Comisión.

La crítica debilidad de su administración, a nivel local, regional y central, incapacita al país balcánico para gestionar de manera óptima los fondos europeos. «La lucha contra la corrupción de alto nivel y el crimen organizado no produce resultados suficientes», señalaba Bruselas. La mayor parte de los crímenes que se registran en estas circunstancias «permanecen impunes», las estadísticas disponibles al respecto «no son fiables» y el país «ha alcanzado progresos limitados en la congelación o confiscación de haberes financieros resultantes de actividades criminales», apuntaba.

La suspensión afecta a partidas presupuestarias de programas preparatorios para el ingreso del país en la UE, 700 millones de euros de inversión en infraestructuras, 250 millones para reformas institucionales y 105 para agricultura. La decisión de la Comisión no afectó a las ayudas previstas para el país durante el período 2007-13 (casi 7.000 millones de euros procedentes de los Fondos Estructurales), aunque podría cambiar de criterio si las autoridades búlgaras no demuestran que disponen de un sistema de control adecuado del gasto.

#### 1.4. *Turquia y Croacia: negociaciones de adhesión*

En Abril, el Tribunal Constitucional turco admitió a trámite una demanda planteada por la Fiscalía General que pretendía ilegalizar al Partido de la Justicia y el Desarrollo, AKP, que gobierna en el país otomano desde 2002, y también inhabilitar, durante cinco años, a alrededor de setenta de sus principales representantes, incluido el actual primer ministro, Tayyip Erdogan, y el presidente de la República, Abdülá Gül.

Tal insólito conflicto fue finalmente resuelto por el propio Tribunal cuando, en Octubre, hizo pública una sentencia que desestimaba la petición de la Fiscalía.

A pesar de que el alto Tribunal considera que Erdogan y otros dirigentes del islamista moderado AKP han participado en actividades contrarias a los «inmutables principios laicos del Estado», también afirma que el AKP no ha recurrido a la violencia «para intentar transformar el Estado y adaptarlo a las reglas de una determinada religión».

Los magistrados defendieron al AKP señalando que «ha usado los poderes del gobierno para acercar al país a las normas democráticas occiden-

tales modernas», lo que incluye la ampliación de los derechos de las minorías y de las mujeres.

Por su parte, en Croacia se hicieron patentes los graves problemas de corrupción y crimen organizado que podrían retrasar su ingreso en la Unión.

Los asesinatos de dos periodistas ocurridos el 23 de Octubre, se sumaban al de la hija de un célebre abogado, que había ocurrido a comienzos del mismo mes.

Ambos atentados provocaron la reacción firme y vehemente del primer ministro croata Ivo Sanador, para quien la incorporación a la UE se ha convertido en una cuestión clave y prioritaria. Sin embargo, el anuncio de medidas extraordinarias y las destituciones de responsables políticos de máximo nivel no parecen haber evitado los recelos de las principales instituciones comunitarias respecto a la capacidad del país para cumplir los estándares exigidos para su Adhesión a la Unión.

### *1.5. Marruecos y Ucrania: Estatuto de Asociación avanzada y acuerdo de asociación*

El pasado 13 de Octubre, los Veintisiete decidieron aprobar un Estatuto de Asociación avanzada para Marruecos, con lo que el país norteafricano se integrará en un marco privilegiado de relaciones con la Unión Europea.

Los Ministros de Exteriores de la Unión dieron así su apoyo a una eventual profundización en sus relaciones con Rabat. En el ámbito político, el Estatuto incluirá la celebración de cumbres bilaterales, reuniones ministeriales y acuerdos de cooperación variados. En la dimensión económica, se plantea la aspiración marroquí de integrarse en el Mercado Interior de la UE, lo que exigiría la creación de una zona de libre cambio «profunda y global» y, también, el desarrollo de diversas iniciativas de cooperación económica, incluyendo el ámbito energético y proyectos que mejoren las conexiones marroquíes con la red transeuropea de transporte marítimo, aéreo y terrestre.

Asimismo, se reforzarán los vínculos entre organizaciones de la sociedad civil y entidades territoriales, y se facilitará la colaboración de Rabat con diferentes Agencias y Observatorios europeos (Agencia de Seguridad Aérea, Observatorio de las Drogas y las Toxicomanías, Eurojust, Europol, Agencia de Medio Ambiente y Agencia de Seguridad Marítima).

Desde el punto de vista financiero, el Estatuto prevé la realización de un estudio conjunto para plantear el posible acceso de Marruecos a diferentes Fondos comunitarios a partir de 2013, en el marco de la Política Regional y de Cohesión de la UE.

En la decisión comunitaria han sido claves la cercanía física de Marruecos, su relativa proximidad a los valores europeos, las intensas relaciones



económicas y la necesidad de contar con un vecino fronterizo estable. Es así como, según señalaba una declaración oficial de la UE, los Veintisiete «se proponen responder positivamente a las expectativas y necesidades específicas de Marruecos para acompañarle en su valeroso proceso de modernización y democratización».

Tras la aprobación del Estatuto, el ministro marroquí de Exteriores, Taieb Fasi Fihri, destacó la satisfacción de su país, por ser el primero en acceder a este nuevo mecanismo de «vecindad privilegiada» de la Unión, y señaló también que Rabat lo interpreta como una «prueba de confianza» por parte de la Unión en la evolución política y económica marroquí.

También el ministro español, Miguel Angel Moratinos, mostró de manera especial su satisfacción, puesto que, junto a Francia y Portugal, España ha sido uno de los países impulsores de esta iniciativa. Moratinos llegó a calificar el momento como de «día histórico para Marruecos y para la UE», tanto por su «hondo calado» como por ser un modelo para otras relaciones de la UE con países vecinos, como Argelia, Túnez, Ucrania, Moldavia o Israel.

Precisamente Ucrania también protagonizó la conclusión de un acuerdo con las instituciones comunitarias sobre sus futuras relaciones con la UE, al pactar la firma de un Acuerdo de Asociación durante el segundo semestre de 2009.

A comienzos de Septiembre, se celebró en París una cumbre UE-Ucrania que concluyó con el reconocimiento comunitario de que la ex república soviética es un «país europeo que comparte con los países de la UE historia y valores». Y la Unión le ofreció un Acuerdo de Asociación que permita estrechar las relaciones bilaterales.

El Acuerdo no garantiza la eventual incorporación de Ucrania a la Unión, aunque, como afirmó Nicolás Sarkozy, presidente de turno de la Unión, «es un paso sustancial», ya que «no cierra ninguna puerta». Fuentes comunitarias trataron de explicar que la promesa del Acuerdo es una «perspectiva europea implícita» para Kiev, porque «la situación no está para ser explícitos». Ucrania, en efecto, atraviesa una situación interna difícil, y la falta de estabilidad es un factor disuasorio para la Unión Europea.

## II. La actualidad institucional de la Unión Europea

### II.1. *Los Consejos Europeos de la presidencia francesa*

Durante el segundo semestre de 2008, la presidencia francesa de la Unión ha convocado cuatro cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno en la capital belga.

El primer Consejo Europeo tuvo lugar el 1 de Septiembre, y su objetivo fue el planteamiento de una respuesta común frente a la crisis de Georgia, que había enfrentado a este país y a Rusia a comienzos de Agosto, a raíz de las aspiraciones independentistas de las regiones georgianas de Osetia del sur y Abjasia y de la ocupación de la zona por parte del ejército ruso.

Los Veintisiete acordaron la exigencia del cumplimiento total del acuerdo de paz propuesto por la Unión, y que había sido aceptado por Moscú y Tbilisi el 12 de Agosto. Desataron, en particular, el punto más conflictivo de dicho acuerdo que establecía la retirada de las fuerzas militares rusas de las regiones georgianas en conflicto.

En sus conclusiones, el Consejo declaraba su «condena enérgica» respecto a la decisión unilateral de Rusia de reconocer la independencia de Abjasia y Osetia del sur. La consideró «inaceptable» y recordó que una solución pacífica y duradera sobre el conflicto «debe basarse en el pleno respeto de los principios de independencia, soberanía e integridad territorial, reconocidos por la legislación internacional». La Unión respondía así, con unidad y firmeza a lo que consideró una «reacción militar desproporcionada» por parte de Rusia.

Un segundo Consejo Europeo extraordinario convocado por el gobierno francés fue celebrado durante los días 15 y 16 de Octubre.

En esta nueva cumbre, los Veintisiete Jefes de Estado y de Gobierno dieron su apoyo al Plan de acción aprobado por los Quince países del Eurogrupo, reunidos en París el 12 de Octubre, dirigido a recapitalizar a los bancos y a garantizar la liquidez del sistema financiero europeo. Siguiendo las directrices de este Plan, los Veintisiete anunciaron ayudas coordinadas de casi 2 billones de euros para refinanciar a los bancos en dificultades y garantizar los préstamos interbancarios.

Estimulados sin duda por su capacidad de acuerdo en este plan de «rescate bancario», los Veintisiete también hicieron público su deseo de liderar la reforma del sistema financiero internacional. El Consejo Europeo reclamaba, en este sentido, «una reforma real y completa», sobre la base de diferentes aspectos como la modernización de la supervisión de los bancos transnacionales, el establecimiento de un sistema de alerta para futuras crisis, la desaparición de conflictos de interés en el sector —en particular en las agencias de calificación—, y la reforma del Fondo Monetario Internacional.

«Poco a poco, el Fondo Monetario Internacional se ha convertido en una especie de organismo de ayuda al desarrollo», señaló Nicolás Sarkozy, como presidente de turno del Consejo a la finalización de la reunión, cuando ése no era el verdadero objetivo de la institución, surgida de la conferencia de Bretton Woods en 1944 para regular los mercados financieros internacionales.

En cualquier caso, la aspiración comunitaria de liderar la reforma del sistema financiero mundial que incluya una supervisión internacional resul-

taba un tanto paradójica si se considera la parálisis que sufre la Unión respecto a la creación de un supervisor de los mercados financieros a escala europea.

El Consejo también acordó que, tras la aprobación del Plan de ayudas al sector financiero, era preciso articular un Plan dirigido a apoyar el empleo y la industria. Los máximos dirigentes de la Unión solicitaron a la Comisión la preparación, antes de final de año, de una propuesta de medidas que «preserven la competitividad internacional de la industria europea».

Por su parte, un tercer Consejo Europeo se celebró el 7 de Noviembre, con el fin de pactar la posición de la Unión en la entonces inminente reunión del 15 de Noviembre del G-20 en Washington, que debía iniciar la reforma del sistema financiero internacional.

Uno de los principales aspectos de la posición común alcanzada por los Veintisiete hacía referencia al sometimiento a regulación o supervisión de todas las actividades y productos financieros, aunque estén radicados o se promuevan desde paraísos fiscales. «Todos los actores financieros de una cierta importancia, como las agencias de calificación crediticia o los fondos apalancados, deberán estar sometidos a las reglas o, al menos, a la vigilancia, en cualquier territorio en el que intervengan», señalaba el documento de conclusiones del Consejo. En todo caso, la presión de los Estados más liberales consiguió que se introdujera el matiz de que la regulación deberá ser «proporcionada y adecuada».

Los Veintisiete también acordaron conferir al Fondo Monetario Internacional «un papel central en una arquitectura financiera más eficaz», y para conseguirlo acordaron plantear «una mayor extensión de sus competencias, una renovación de sus mecanismos de intervención y un reforzamiento de sus recursos».

Otras cuestiones consensuadas por los Veintisiete hacían referencia a la armonización y convergencia de normas contables, y a la elaboración de códigos de conducta que contemplen, en particular, las remuneraciones excesivas de los altos ejecutivos en las entidades financieras.

El cuarto y último Consejo Europeo de la presidencia francesa se celebró el 11 y 12 de Diciembre. Esta cumbre finalizó con la aprobación del plan presentado por la Comisión Europea el 26 de Noviembre y que establecía el compromiso genérico de dedicar el 1,5% del PIB comunitario, unos 200.000 millones de euros, a reactivar la Economía.

Con este Plan, los Veintisiete pretenden poner en marcha, de manera coordinada, diferentes iniciativas fiscales e inversiones públicas que consigan incentivar el consumo y la inversión. Se trata de un Plan de «rescate de la Economía real» complementario del Plan de «rescate bancario», en la medida en que, con medidas añadidas, se atiendan las necesidades de financiación de hogares y empresas.

Las medidas podrán ser aplicadas con flexibilidad por parte de los distintos Estados. En total, es previsible que unos 170.000 millones de euros de los 200.000 procedan de las arcas públicas de los Estados miembros, mientras que los 30.000 restantes procederán de los fondos comunitarios y del Banco Europeo de Inversiones.

Otros acuerdos relevantes de la cumbre fueron la celebración de un nuevo referéndum en Irlanda para ratificar el Tratado de Lisboa antes de Noviembre de 2009, y un paquete de medidas medioambientales que deberán consolidar a la UE en el liderazgo mundial contra el cambio climático.

Los Veintisiete tomaron decisiones relevantes respecto a las subastas y a los pagos de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> por parte de las industrias comunitarias. En 2013, las industrias más contaminantes (electricidad, acero, cemento, papel, vidrio, química de base y refinerías), que representan un tercio de las emisiones contaminantes, deberán pagar por el 30% de sus emisiones, en 2020 por el 70%, y en 2027, por el 100% (el coste actual por emisiones es de 15 euros por tonelada).

Por lo que se refiere a las industrias especialmente expuestas a la competencia internacional (con riesgo de deslocalización fuera de la Unión), el acuerdo prevé que sus emisiones serán gratuitas «hasta el valor de referencia de la mejor tecnología aplicable», lo que se interpreta como que la gratuidad será la norma siempre que se utilicen tecnologías avanzadas. Algunos expertos opinan que, efectivamente, en esta categoría podría incluirse hasta un 90% de la industria europea, con lo que se devaluaría en gran medida el compromiso alcanzado.

## II.2. Eurogrupo: reunión de Jefes de Estado y de Gobierno

El encuentro celebrado el 12 de Octubre en París, que reunió a los Jefes de Estado o de Gobierno de la Eurozona, no había tenido precedentes en los diez años de historia de la Unión Monetaria Europea, ya que hasta entonces todas las reuniones del Eurogrupo habían convocado a los ministros de Economía y Finanzas.

Sin embargo, esta vez, el Eurogrupo se reunió en una composición inédita y de máximo nivel político, con los Quince primeros ministros y jefes de Estado de la Eurozona. Les acompañaron el presidente del gobierno de Eslovaquia, país que adoptará el euro en Enero de 2009, y el primer ministro británico, Gordon Brown, además de los presidentes del Banco Central Europeo, Jean Claude Trichet, y de la Comisión Europea, Jose Manuel Durao Barroso.

Los máximos líderes de los países que comparten la moneda única acordaron una estrategia común para apoyar a sus sistemas financieros, con me-

didadas inspiradas en el plan puesto en marcha por el Reino Unido. Su primer ministro, Gordon Brown, fue en efecto, un invitado de excepción del Eurogrupo, y su presencia la justificó, precisamente, por la necesidad de poner en marcha acciones conjuntas y coordinadas.

Siguiendo el modelo británico, los Quince países del Eurogrupo se comprometieron a recapitalizar los bancos en crisis, y a garantizar los préstamos en el mercado interbancario. Y a pesar del planteamiento flexible del compromiso alcanzado, que deberá permitir articular medidas específicas a cada Estado, lo cierto es que la aplicación simultánea y coordinada de acciones de «rescate» de la banca europea debería contribuir a superar una coyuntura de excepcional dificultad.

La intervención de los Quince para «refinanciar» a los bancos preveía, al menos hasta finales de 2009, la eventual compra de activos bancarios por parte de los Estados y, en el caso de los bancos más debilitados, la compra de sus participaciones. También planteaba su intervención en el mercado interbancario garantizando los préstamos de este mercado. Con todo ello, los Quince impulsaron un plan conjunto encaminado a conseguir una rápida recuperación de la banca europea, con medidas que impidan quiebras en el sector y que inyecten la liquidez necesaria para reactivar su actividad crediticia.

La que fue calificada como «cita histórica de primeros ministros del Eurogrupo», fue liderada por Nicolás Sarkozy como presidente de turno de la Unión, y no por el presidente del Eurogrupo, Jean Claude Juncker, primer ministro y ministro de Economía luxemburgués. Y aunque, según las interpretaciones mayoritarias, se trata de un modelo de composición del Eurogrupo forzado por las excepcionales circunstancias de crisis económica, también se apuntó desde diferentes medios que esta primera reunión podría servir de precedente para consolidarlo como un modelo más definitivo. Se trataría, con ello, de avanzar en la reiterada aspiración francesa de articular un contrapeso político de máximo nivel a la autoridad monetaria del Banco Central Europeo.

### II.3. *Comisión: cambio de comisario británico y cambio de responsabilidad de Eneko Landaburu*

A comienzos de Octubre se produjo un nuevo relevo en la Comisión Europea, que se sumaba a los cambios del comisario chipriota (Androulla Vassiliou, que sustituía a Markos Kyprianou) y del comisario italiano (Antonio Tajan que sustituía a Franco Frattini).

Esta vez fue el gobierno del Reino Unido, liderado por Gordon Brown, quien forzó el relevo con el nombramiento de Paul Mandelson como minis-

tro de Comercio y Empresa. De esta manera, el británico, que, desde Noviembre de 2004 había ocupado la cartera de Comercio en Bruselas, retornaba a la política nacional de su país y planteaba un nuevo cambio en el ejecutivo comunitario.

La candidata designada para sustituir a Mandelson fue la baronesa Catherine Ashton, quien, con anterioridad a su nombramiento como comisaria de Comercio, era líder de los laboristas en la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido. Tras comparecer ante la comisión de Comercio de la Eurocámara para presentar su programa y prioridades, los eurodiputados ratificaron su nombramiento el 22 de Octubre y la convirtieron en la primera mujer británica que accede al puesto de comisaria europea.

Ashton cuenta con una amplia experiencia en cuestiones europeas, que se deriva de sus anteriores responsabilidades como subsecretaria parlamentaria de los Ministerios de Educación y Formación, Asuntos Constitucionales y Justicia. Destaca en particular su experiencia como interlocutora con las administraciones de la Unión en temas de Justicia e Interior, y su reciente responsabilidad en el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa en la Cámara de los Lores.

Otro cambio relevante en la Comisión Europea en cuanto a las responsabilidades asumidas por representantes españoles, fue el nombramiento de Eneko Landaburu como nuevo delegado de la UE en Marruecos, cargo que ocupará, previsiblemente, en Julio de 2009.

Landaburu ha sido, posiblemente, el funcionario español más influyente en el ejecutivo comunitario, puesto que ha ocupado puestos de gran responsabilidad desde la incorporación de España a la UE. Hasta 1999 fue Director General de Política Regional; entonces fue nombrado Director General de la Ampliación y, desde 2003 hasta la actualidad, es Director General de las Relaciones Exteriores de la Unión. El cambio también ha afectado a Luis Romero, quien pasa de ser Director General de Presupuesto a liderar la Dirección General del Servicio Jurídico de la Comisión.

Los cambios, que la propia Comisión justifica por las exigencias de rotación de sus altos cargos, han sido interpretados como una pérdida de poder real de España en el ejecutivo comunitario.

### III. Cuestiones generales de la actualidad económica

#### III.1. *Reformas en la regulación bancaria: garantía de los depósitos*

Ante la profunda crisis de confianza desatada respecto a la solvencia de las entidades financieras, los Veintisiete hicieron pública una solemne declaración el 6 de Octubre, en la que afirmaban que «ningún depositante en

los bancos de nuestros países ha sufrido pérdidas». «Seguiremos tomando las medidas requeridas a fin de proteger el sistema, así como a los depositantes», añadía un mensaje que no tenía precedentes en los sesenta años de historia comunitaria y que trataba de transmitir tranquilidad a los ahorradores europeos y, también, detener el pánico y el desconcierto de muchos de ellos, temerosos de perder sus depósitos bancarios.

La declaración se producía en un alarmante contexto de desunión de los Estados europeos, tras una especie de «carrera» por dar garantías a los depositantes y evitar la retirada masiva de fondos de las entidades financieras. Irlanda fue quien inició esta «competición» con el aseguramiento del 100% de los depósitos minoristas de los seis mayores bancos nacionales. Y le siguió primero Grecia y, después, Alemania, país que previamente había criticado duramente la medida de Dublín y que también anunció la total garantía de los ahorros de los particulares. Austria, Suecia, Dinamarca, Bélgica y Portugal, también adoptaron medidas similares.

La «carrera» por transmitir calma a los ahorradores europeos desencadenó severas críticas, no sólo por la imposibilidad real de los Estados de avalar el 100% de los ahorros (en Irlanda, por ejemplo, los depósitos de sus seis mayores bancos equivalen al doble de su PIB), sino también por la competencia desleal que significaban estas medidas unilaterales para el resto de países (huída de capitales hacia estos países con garantía total de los depósitos).

Los Veintisiete transmitían una nefasta imagen de desunión y, finalmente debieron asumir la necesidad de adoptar medidas que tranquilizaran a los ahorradores y contrarrestaran su desconcierto ante la falta de medidas conjuntas. Tras una reunión del Consejo de ministros de Economía y Finanzas de los Veintisiete, Ecofin, celebrada el 7 de Octubre en Luxemburgo, se hizo público el acuerdo de elevar a 50.000 euros la garantía de los depósitos bancarios, por entidad y titular, en caso de quiebra de una entidad.

De esta manera, los Veintisiete mandaban un mensaje de tranquilidad a los ahorradores europeos (se aumentaba sustancialmente la garantía —la anterior se situaba en 20.000 euros—), trataban de poner freno a las medidas unilaterales, y abrían el camino a posibles nuevos incrementos del umbral de garantía de los depósitos.

De hecho, desde comienzos de Octubre, la Comisión ha presentado a los Veintisiete diferentes propuestas encaminadas a reforzar la supervisión del sistema financiero europeo y las garantías de los ahorradores europeos.

Entre otras, destacaba la propuesta de ampliación a 100.000 euros del citado umbral de garantía de los depósitos (algunos países, como los bálticos, lo consideran demasiado elevado para la dimensión de sus sistemas financieros, mientras otros, como España, aplican este umbral de 100.000, o

incluso un valor superior). Y también destacaba la propuesta de Bruselas de que el plazo para que los depositantes puedan recuperar su dinero en los supuestos de quiebras bancarias se redujese, desde los tres meses actualmente en vigor, a tan sólo tres días.

Dichas propuestas fueron tratadas en la reunión del 2 de Diciembre de los ministros de Economía y Finanzas. Acordaron, en efecto, que el nivel de cobertura de los depósitos pasará a ser de 100.000 euros a partir del 31 de Diciembre de 2011 y que el plazo de reembolso de los depósitos pasará a ser, previsiblemente, de 20 días laborables, prorrogables a otros diez.

### III.2. *Unión Monetaria Europea: rebajas del tipo de interés*

Durante los primeros meses de 2008, el Banco Central Europeo se mantuvo firme en su ortodoxia monetarista de control de la inflación en la Eurozona y llegó a situar los tipos de interés en el 4,25%, tras una subida de un cuarto de punto decidida por el Consejo de Gobierno del Banco en Julio.

Con este incremento de tipos, la autoridad monetaria europea hacía caso omiso a gobiernos y renombrados expertos, y mandaba un nuevo mensaje de firmeza ante el nivel «preocupante» de la inflación en la eurozona (4% en junio). Desoía a los gobiernos de los Quince que, de forma mayoritaria, demandaban estabilidad e incluso recortes de los tipos de interés, como medidas necesarias para afrontar las turbulencias financieras internacionales y la desaceleración económica, que ya comenzaban a atenuar la confianza de agentes económicos y financieros en Europa.

Sin embargo, en los meses siguientes se produjo un cambio de sentido en las decisiones sobre los tipos de interés. Justificando sus nuevas decisiones en la existencia de un margen de maniobra por la contención de la inflación y en la necesidad de apoyar la reactivación económica en los Quince Estados que componen la Unión Monetaria Europea, el BCE decidió tres rebajas sucesivas de tipos, en Octubre, Noviembre y Diciembre.

El primer recorte fue anunciado el 8 de Octubre, y supuso una reducción de un 0,5% que situaba los tipos de la Eurozona en el 3,75%. La decisión tuvo una especial trascendencia por ser la primera rebaja en más de un año y porque fue un recorte coordinado con otros cinco Bancos Centrales, los Bancos Centrales de Reino Unido, Suecia, Suiza, EEUU y Canadá.

La acción conjunta de los principales Bancos emisores de Europa y Norteamérica pretendía aliviar las restricciones de liquidez de los mercados interbancarios y, por otra parte, generar también un clima de confianza respecto a la colaboración internacional en el ámbito monetario. Fue mayori-



tariamente acogida, por expertos y medios financieros, de manera positiva, como un «paso en la buena dirección», que «podría abrir la puerta» a nuevas rebajas de tipos.

La medida sorprendió especialmente en Europa porque, apenas unos días antes, el Consejo de Gobierno del BCE había mantenido los tipos en el 4,25%. A pesar de que el Banco presidido por Jean Claude Trichet había recibido duras críticas por su inmovilismo, que contrastaba con los sucesivos recortes decididos por la Reserva Federal de EEUU, el francés repetía el argumento de contención de las presiones inflacionistas en la Eurozona.

Tras la inesperada rebaja de tipos europeos, el BCE señaló en un comunicado que la presión inflacionista había comenzado a moderarse en varios países, y era por ello que una relajación en las condiciones monetarias podía justificarse. En todo caso, recordaba el texto que «mantener los pronósticos de inflación sigue siendo nuestro objetivo». «Apoyaremos la estabilidad de precios a medio plazo y el crecimiento sostenido y el empleo, a fin de contribuir a la estabilidad financiera», subrayaba también.

El segundo recorte de tipos fue decidido en el Consejo de Gobierno del BCE celebrado el 6 de Noviembre. La nueva reducción también fue de medio punto porcentual y, por tanto, situó los tipos en el 3,25%, su nivel más bajo desde Octubre de 2006. Al igual que en Octubre, Trichet justificó la decisión de la entidad monetaria en la necesidad de apoyar el consumo y la inversión en la Eurozona, ante los negativos datos sobre la evolución del PIB de la eurozona en el segundo trimestre del año (reducción del 0,2%), y los igualmente negativos pronósticos para el tercer trimestre.

El presidente de la Autoridad monetaria europea dibujó un sombrío horizonte al señalar que existe en Europa una gran inseguridad económica a causa de la crisis. «La intensificación y ampliación de las turbulencias financieras seguirán golpeando la demanda global y de la zona euro por un largo tiempo», afirmó. «En lo que respecta al futuro, sólo quisiera señalar que no excluyo una nueva rebaja, porque la crisis financiera global puede llevar a una depresión económica generalizada», apuntó Trichet tras la reunión del órgano de gobierno del Banco.

En todo caso, la moderación de las tasas de inflación en la Eurozona, especialmente favorecida por el abaratamiento del petróleo, parece haber dado un margen de maniobra al BCE para consolidar esta nueva estrategia de recortes de tipos que, en efecto, se confirmó en Diciembre, cuando el Consejo de Gobierno del BCE decidió un tercer recorte de los tipos de interés.

El 4 de Diciembre, el Banco Central decidió, de hecho, el mayor recorte de tipos de su historia, ya que los rebajó 0,75 puntos porcentuales, situándolos en el 2,5%.

La confirmación de la situación de recesión económica de la Eurozona (dos trimestres con crecimiento negativo) y las pesimistas previsiones llevaron a la institución, que hasta entonces había limitado sus recortes de tipos a un máximo de medio punto, a decidir una rebaja sin precedentes.

El presidente del BCE destacó la intensidad del recorte que, tras los dos anteriores de 0,50 puntos en Octubre y Noviembre, «supone una reducción de 1,75 puntos porcentuales en dos meses». La intención del Banco es, en efecto, abaratar los créditos y, de esta manera, reanimar el consumo y combatir la ralentización de la actividad económica.

El BCE también justificó su cambio en la política de tipos en la disminución de las presiones inflacionistas. Las previsiones de la entidad apuntaban a un incremento de precios de entre el 3,2 y el 3,4% en 2008, y de entre un 1,1 y un 1,7% en 2009.

Trichet señaló asimismo que era «extremadamente importante» que los planes de apoyo al sector financiero y de incentivos fiscales, adoptados por varios gobiernos, fueran puestos en práctica, ya que, en muchos casos, estos planes no acababan de aplicarse por la falta de autorización de la Comisión.

### III.3. *Cooperación reforzada: reconocimiento de sentencias de divorcio*

Ocho países de la UE anunciaron el 25 de Julio su intención de lanzar un procedimiento inédito en la UE para cooperar en el reconocimiento mutuo de sentencias de divorcio y facilitar el trámite a parejas de distinta nacionalidad o que viven en un país extranjero.

Por vez primera, los gobiernos de España, Italia, Luxemburgo, Austria, Rumanía, Grecia, Hungría y Eslovenia recurrirán al procedimiento de cooperación reforzada, que fue introducido en la UE por el Tratado de Ámsterdam, en vigor desde 1999. El procedimiento prevé, en efecto, que al menos ocho Estados miembros de la UE puedan comenzar a aplicar determinadas medidas comunes de manera que, más tarde, pudiera estudiarse su posible extensión al resto de países.

Las reticencias que, hasta la fecha, han impedido utilizar este mecanismo se deben, en términos generales, a la idea de división y de «varias velocidades» que podría transmitirse, a pesar de que, en efecto, tiene precedentes tan importantes como la Unión Monetaria y el Espacio Schengen.

El divorcio de parejas de distintas nacionalidades supone ya el 20% de todos los que se tramitan en la Unión Europea, por lo que es previsible que la cooperación en este ámbito ayude a resolver la inseguridad jurídica que

afrontan muchas parejas y familias acerca de qué legislación es aplicable a su proceso de divorcio.

#### III.4. *Inmigración: políticas de inmigración selectiva*

El Consejo de Ministros de Asuntos de Interior y Justicia de la Unión adoptó, a finales de Septiembre, un acuerdo para crear la «Tarjeta Azul», un instrumento con el que la UE pretende atraer inmigrantes altamente cualificados y, de alguna manera, «competir» con otros países, como Estados Unidos o Australia, que, desde hace tiempo, cuentan con políticas de este tipo. Algunas cifras aportadas por el Parlamento Europeo destacan, en efecto, el escaso poder de atracción que tiene la UE sobre los trabajadores cualificados de países terceros. Por ejemplo, únicamente el 5,5% de estos emigrantes procedentes de los países vecinos del Magreb trabajan en Europa, mientras que más de la mitad eligen Estados Unidos o Canadá.

La Tarjeta no sustituirá a los sistemas nacionales y, por tanto, la contratación de inmigrantes continuará siendo competencia de los Estados miembros, en función de sus necesidades y acuerdos bilaterales particulares con terceros países. Sin embargo, sí creará un procedimiento común de admisión, y con él se reforzarán, ampliarán y armonizarán los derechos de los extranjeros cualificados en el conjunto de la Unión.

En la categoría de inmigrante cualificado se incluirán a los trabajadores extranjeros que hayan cursado estudios universitarios de al menos tres años o que, en su caso, demuestren una experiencia profesional en un trabajo equivalente durante un mínimo de cinco años. Además, el nivel salarial de estos trabajadores deberá situarse por encima del equivalente al 150% del sueldo medio del sector en el país en el que trabajen, aunque también se prevé la posibilidad de que, en casos de sectores con una demanda extraordinaria, este umbral podría rebajarse hasta el 120%. En el caso de España, el salario medio se sitúa en unos 22.000 euros brutos anuales, con lo que, en términos generales, los contratos de estos trabajadores de «alta cualificación» deberán superar los 33.000 euros.

La posesión de la Tarjeta, que tendrá un período de validez de entre 1 y 4 años, conllevará la práctica equiparación con los trabajadores nacionales. En particular, reportará a los trabajadores inmigrantes una serie de ventajas importantes, como la libertad para circular por todo el territorio de la UE 18 meses después de establecerse en un Estado miembro. También les facilitará la reagrupación familiar y la posibilidad de desplazarse a su país de origen y regresar a la UE sin tener que llevar a cabo nuevos trámites.

En todo caso, los ministros hicieron referencia al hecho de que la Tarjeta no debería provocar una «fuga de cerebros» de los países en desarrollo, especialmente en los campos de la sanidad y la educación. Y es en este sentido que acordaron una serie de principios, como que los Estados miembros se abstendrán de efectuar contrataciones activas en estos países y en los sectores en los que sean deficitarios. Se respetará, por tanto, la decisión de los países de procedencia para que, en su caso, limiten las categorías profesionales que podrían obtener la Tarjeta comunitaria.

Los Veintisiete prevén que la Directiva pueda aprobarse en los primeros meses de 2009 y que, tras dos años para su incorporación a los Ordenamientos Jurídicos nacionales, la Tarjeta Azul pueda entrar en vigor a partir del verano de 2011.

### III.5 *Comisión: propuesta sobre mayor control de las Agencias de Rating*

La Comisión Europea presentó el 12 de Noviembre una propuesta para incrementar el control sobre las Agencias de calificación de riesgos, por cuanto que estas entidades han sido acusadas de haber contribuido a agudizar la crisis financiera internacional. La propuesta de Reglamento pretende establecer unas reglas más estrictas en el sector de la calificación, con el fin de restablecer la confianza en los mercados y proteger mejor a los inversores.

A pesar de que algunas opiniones alertaron del peligro de que este mayor control pudiera «espantar» a los inversionistas de la UE, el Comisario del Mercado Interior, Charlie McCreevy, señaló que «la norma mejorará la reputación de las Agencias de Rating y otorgará a Europa un papel de liderazgo en este campo».

Las principales disposiciones del nuevo Reglamento hacen referencia a la introducción de ciertas limitaciones a las que deberán someterse las Agencias: no podrán prestar servicios de asesoramiento, no podrán calificar instrumentos financieros si no disponen de información de calidad suficiente (deberán disponer de un sistema interno de control de calidad), deberán presentar un informe anual de transparencia identificando a sus clientes principales, y tendrán que hacer públicos los modelos, métodos e hipótesis sobre los que fundamentan sus calificaciones. Asimismo, deberán tener una sede en todos los países donde operen.

La nueva norma establece, por otra parte, que los consejos de administración o de vigilancia de estas entidades deberán contar con, al menos, tres miembros cuya remuneración sea independiente de los rendimientos económicos obtenidos por la entidad, y al menos uno de ellos deberá ser especia-

lista en créditos estructurados. Todos los consejeros deberán ser nombrados por un único mandato de una duración máxima de cinco años.

En virtud del nuevo Reglamento, las Agencias de Calificación de Riesgos que operen en la UE ofrecerán mayores garantías de que no están influenciadas por conflictos de interés, y de que sus métodos de calificación se ajustan a unos mínimos estándares de calidad y transparencia.

### III.6. *Comisión: propuesta de precios de mensajes SMS*

La Comisión Europea propuso el pasado 23 de Septiembre una rebaja sustancial de los precios de los mensajes cortos a móviles, SMS, enviados desde el extranjero, es decir, cuando el móvil se utiliza en un país distinto al de origen del cliente. La propuesta, que fue aceptada por los ministros de Telecomunicaciones de la UE el 27 de Noviembre, está aún pendiente de su aprobación por parte del Parlamento Europeo en Abril de 2009, por lo que podría entrar en vigor el 1 de Julio de 2009.

Las Comisarias de Sociedad de la Información, Viviane Reding, y de Protección del Consumidor, Meglena Kuneva, explicaron que los planes de Bruselas supondrán una rebaja del 60% en los precios de estos mensajes, ya que deberán bajar de una media de 29 céntimos de euro a 11 céntimos, sin incluir el IVA.

La rebaja será especialmente relevante en España, puesto que, de acuerdo con los datos difundidos por la Comisión, en nuestro país el precio medio es muy superior a la media europea, 40 céntimos, aunque existen diferencias importantes según las nacionalidades: un turista sueco en España paga 40 céntimos por SMS, un alemán, 0,32, un polaco 0,47, un británico, 0,63 y un letón, 0,70. Se da la circunstancia añadida de que la nueva tarifa de 11 céntimos será inferior a la que aplican muchos operadores sobre los mensajes enviados dentro del territorio español.

Según la Comisión, los SMS enviados desde el extranjero cuestan 10 veces más que los que se mandan dentro de un mismo Estado miembro, no existiendo justificación para tales «altos precios». Su propuesta establece un precio máximo de 11 céntimos por mensaje de texto enviado en itinerancia o «roaming» (cuando el usuario se encuentra en un país diferente del propio) y un precio máximo de 4 céntimos como tarifa mayorista (tarifa que se cobran los operadores entre sí por los clientes que envían mensajes desde sus redes).

El Reglamento propuesto también plantea la prórroga de tres años para los precios máximos que se aplican sobre las llamadas de voz desde el extranjero y que, en principio, debían expirar en 2010. Bruselas pretende que las tarifas máximas sobre itinerancia vocal se apliquen hasta 2013. El coste

máximo de estas llamadas llegaría, en Julio de 2012, a 34 céntimos de euro por minuto de llamada efectuada y 10 céntimos-minuto de llamada recibida (actualmente no pueden superar los 46 y 20 céntimos respectivamente).

### III.7. *Sentencia contra España por la ampliación de las funciones de la Comisión Nacional de la Energía*

El Tribunal de Justicia de la UE dictaminó el pasado 17 de Julio la ilegalidad de la ampliación de competencias de la Comisión Nacional de la Energía, CNE, decidida por el gobierno español en Febrero de 2006, con el fin de proteger a la eléctrica española, Endesa, ante posibles compras de grupos extranjeros.

La Corte europea consideró, en particular, que el régimen de autorización previo para las compras de empresas energéticas españolas, vulnera la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, y no está justificado por el objetivo de garantizar el suministro energético.

Aunque los jueces admitieron que en el mercado de la energía, los Estados tienen derecho a velar por la seguridad del suministro y la integridad de la red, señalaron también que la ampliación de poderes de la CNE decretada por el entonces ministro de Industria, José Montilla, fue desproporcionada, ya que podría tener efectos disuasorios sobre los inversores establecidos en otros Estados miembros respecto a la adquisición de participaciones en empresas españolas que operan en el sector energético.

Con su resolución, el Tribunal comunitario apoyaba las tesis de la Comisión, quien había presentado el recurso ante la Corte en Abril de 2007.

### III.8. *Comisión: denuncia a España por exceso de publicidad en televisión*

La Comisión Europea decidió el pasado 27 de Noviembre denunciar a España ante el Tribunal de Justicia europeo por incumplir las normas sobre publicidad en televisión. Según Bruselas, las principales cadenas de televisión, tanto públicas como privadas, rebasan de manera sistemática el límite de 12 minutos de anuncios publicitarios y de telecompra por hora de emisión que impone la normativa comunitaria.

La Comisaria de la Sociedad de la Información, Viviane Reding, manifestó que «pese a los repetidos llamamientos realizados, España no aplica el límite de 12 minutos, y satura las emisiones de publicidad».

La defensa del gobierno español se centra en su interpretación, muy restrictiva, de lo que entiende como anuncios publicitarios, y que deja fuera de este concepto a los publirreportajes, telepromociones y otros géneros de

publicidad televisada de muy corta duración. Para esta publicidad, España aplica otro límite establecido por la normativa nacional (17 minutos por hora).

Sin embargo, Bruselas, que no está de acuerdo con esta interpretación, decidió pedir a la Corte comunitaria que «tome las medidas necesarias para garantizar que los ciudadanos españoles se beneficien de las normas de la UE, y disfruten tanto de sus veladas frente a la televisión como el resto de los ciudadanos comunitarios».

### III.9. *Competencia: sanciones a cárteles empresariales*

La Comisión Europea impuso, el 12 de Noviembre, la multa más elevada de su historia, 1.384 millones de euros, a un cártel de fabricantes de cristal para automóviles, formado por Saint Gobain (Francia), Asahi (Japón), Pilkington (Reino Unido) y Soliver (Bélgica).

Se trata no sólo de la sanción más elevada que Bruselas ha impuesto nunca a un cártel sino también la más alta impuesta a una única empresa por estas prácticas, ya que la multa a Saint Gobain asciende a 896 millones de euros. De hecho, la multa a esta empresa se incrementó un 60% por su comportamiento reincidente (ya había sido multada anteriormente por formar parte de otros cárteles relacionados con el vidrio).

Según la Dirección General de Competencia de la Comisión, tres de las empresas sancionadas (Saint Gobain, Asahi y Pilkington) hicieron funcionar un cártel entre 1998 y 2003, para pactar precios y repartirse el mercado y los clientes de la industria automovilística. El grupo Soliver sólo participó parcialmente en los acuerdos.

La Comisión inició la investigación del cártel en 2005 y, tras una serie de registros hechos por sorpresa en las dependencias de las empresas, la japonesa Asahi se prestó a colaborar en el esclarecimiento de las circunstancias de los acuerdos empresariales, y por ello la Dirección General de Competencia rebajó en un 50% su multa, situándola en 113,5 millones de euros. Por su parte, la sanción impuesta a Pilkington llegó a 370 millones, y la de Soliver a 4,3 millones.

La comisaria de Competencia, Neelie Kroes, atribuyó el endurecimiento de las sanciones a las nuevas directrices aprobadas en 2006 y que permiten tomar en consideración, para el cálculo de la multa, el volumen del mercado afectado por la práctica ilegal y la duración de la infracción. En este caso, recordó Kroes que la venta de cristales para parabrisas, ventanillas o techos de automóviles significaba 2.000 millones de euros en 2003, el año en que se disolvió el cártel, y recordó también que durante los cinco años anteriores, las cuatro empresas denunciadas controlaron el 90% del

mercado europeo y «engañaron a la industria del automóvil y a millones de compradores de vehículos».

Otra sanción relevante fue impuesta el 1 de Octubre a nueve grandes grupos petroleros por acordar los precios en el mercado de ceras de parafina, entre 1992 y 2005.

La Comisión impuso una multa global de 676 millones de euros: 318 millones a Sasol (con sede en Sudáfrica y Alemania), 128 millones a Total (Francia), 83,5 millones a Exxon Mobil (EEUU), 37 millones a RWE (Alemania), 29 millones a ENI (Italia), 24 millones a Hansen & Rosenthal (Alemania), 23,7 millones a MOL (Hungría), 19,8 a Repsol (España), y 12 millones a Tudapetrol (Alemania).

La Comisaria de Competencia calificó de «mafia de la parafina» a los acuerdos ilegales practicados por estas grandes petroleras, y señaló que «seguramente no hay ningún hogar, ni ninguna empresa europea que no haya adquirido los productos que se elaboran con este derivado del petróleo, como platos y vasos de cartón, envases de plástico, adhesivos y hasta chicles».

Repsol logró una rebaja del 25% gracias a su colaboración con la Comisión en la investigación. De hecho, la anglo-holandesa Schell llegó a conseguir la exención total de la multa que le hubiera correspondido, porque según la declaración de la propia Comisaria «fue la primera empresa en informarnos sobre el cártel». De hecho, si no hubiera cooperado con la Comisión, su sanción se hubiera incrementado en un 60% por su participación en anteriores acuerdos ilegales hasta llegar a 96 millones de euros.

### III.10. *Tribunal de Justicia: sentencia favorable a la fiscalidad vasca*

El pasado 11 de Septiembre el Tribunal de Justicia de la UE hizo pública su esperada sentencia sobre la fiscalidad vasca, que significó un claro respaldo a la autonomía de la Comunidad Autónoma en materia impositiva.

A pesar de la férrea oposición de Comunidades limítrofes y de la Comisión Europea a un ordenamiento fiscal que ha permitido la aplicación de tipos inferiores en el Impuesto de Sociedades, la Corte Europea dictaminó que el País Vasco cumple los criterios de autonomía institucional y de procedimiento necesarios para adoptar medidas fiscales diferentes.

Respecto al criterio de autonomía económica, los jueces del Tribunal europeo se declararon no competentes para juzgar si el cálculo del Cupo (tasa que paga el País Vasco al Estado por los servicios que éste realiza en la Autonomía) está basado en un «coeficiente de imputación» infravalorado, es decir, en un coeficiente que refleja un peso relativo menor de la Economía vasca en el conjunto español.



Los jueces de Luxemburgo remitieron esta cuestión al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, TSJPV, aunque señalaron en su sentencia que, aún existiendo una infravaloración en la aportación vasca al Estado, esta circunstancia sería insuficiente para concluir que el País Vasco carece de la autonomía económica suficiente para fijar sus propios impuestos. No necesariamente quedaría demostrado que los cambios en los tipos impositivos vascos modifiquen el importe del Cupo (una reducción de la recaudación fiscal vasca no implica necesariamente que el Estado compense a la autoridad autonómica).

En línea con estas tesis, el gobierno español señalaba que, en efecto, el Cupo se calcula en función del coste de las competencias del Estado en la Comunidad Autónoma, sin que exista ninguna previsión de compensación en función de la recaudación.

La Corte europea concluyó, en todo caso, que corresponde al TSJPV determinar si el proceso de fijación del «coeficiente de imputación» permite al gobierno central compensar la pérdida de ingresos derivados de las rebajas fiscales en el País Vasco y si, por tanto, existen indicios de falta de autonomía económica de los Territorios históricos.

Con este matiz, el Tribunal de Luxemburgo estimaba que el entramado jurídico e institucional del País Vasco cumple las tres exigencias establecidas en la «Sentencia de las Azores» para aceptar que una región apruebe normas fiscales diferentes a las del Estado al que pertenece: autonomía institucional, autonomía de procedimiento y autonomía económica.

Las instituciones, empresas y partidos políticos vascos recibieron con gran satisfacción la sentencia. Con ella, la autonomía fiscal de la Comunidad Autónoma recibía el respaldo de la UE, aunque los jueces europeos también señalaron que no es admisible la competencia fiscal desleal, basada en regímenes selectivos o en medidas dirigidas expresamente a «arrebatar» empresas a otros territorios, como las denominadas «vacaciones fiscales vascas».

Es en este sentido que las Haciendas vascas aun viendo su competencia fiscal reconocida, deben actuar con ciertas limitaciones. Por una parte, deben garantizar el cumplimiento de las normas sobre competencia de la UE, que se aplican a todos los sistemas fiscales de los Estados miembros y, por tanto, no pueden conceder beneficios selectivos, que favorezcan a determinadas empresas o sectores. Y, por otra parte, también deben respetar los principios establecidos en el Concierto Económico, incluyendo la solidaridad, la adecuación a la estructura general impositiva del Estado y el mantenimiento de una «presión fiscal equivalente» a la existente en el resto del país.

A pesar de que, al amparo de estas disposiciones del Concierto, son visibles nuevas acciones judiciales por parte de los gobiernos de La Rioja y

de Castilla y León, la resolución supuso un grave revés a las aspiraciones de armonización fiscal de la Comisión Europea. La sentencia permitirá, presumiblemente, que, en el futuro, el número de sistemas y sub-sistemas fiscales de la UE se multiplique. Al caso del País Vasco podrían unirse otros sistemas fiscales singulares en el Reino Unido e Italia.

# **Índices de los números 31-40**



## A. Índice de números

### Núm. 31/2004

ARREGI CARNEROS, M., *¿Tiene futuro la CEI?*, n.º 31, pp. 11-39.

CANEDO ARRILLAGA, M.<sup>a</sup> P., *El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español*, n.º 31, pp. 41-80.

FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA, J., *La ampliación de la Unión Europea y el futuro de Europa*, n.º 31, pp. 81-100.

MARISCAL, N., *Cuatro lecturas del Proyecto de Tratado de Constitución Europea*, n.º 31, pp. 101- 136.

NIETO SOLÍS, J.A., *Consecuencias financieras de la ampliación: siete cuestiones básicas*, n.º 31, pp. 137-155.

SANZ CABALLERO, S., *El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate*, n.º 31, pp. 157-181.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 31, pp. 185-193.

#### Crónica

ÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 31, pp. 197-215.

### Núm. 32/2005

MARTÍN DE LA GUARDIA, R., *Presentación: veinte años de España en la Comunidad Europea*, n.º 32, pp. 9-12.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *España y el Comité de las Regiones*, n.º 32, pp. 15-39.

ECHVERRÍA JESÚS, C., *España y el Magreb a los veinte años de la adhesión de España a las Comunidades Europeas*, n.º 32, pp. 41-59.

MARTÍN DE LA GUARDIA, R., *La política europea de España después de su integración en las Comunidades*, n.º 32, pp. 61-84.

MICHAVILA, F., *La incorporación de la universidad española al espacio europeo de educación superior: una oportunidad excepcional*, n.º 32, pp. 85-103.

NÚÑEZ FLORENCIO, R., *La nueva España en la vieja Europa, o el triunfo de Almodóvar*, n.º 32, pp. 105-123.

PRIETO MOLINERO, R., *El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas*, n.º 32, pp. 125-150.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 32, pp. 153-198.

#### Crónica

ÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 32, pp. 201-217.

### Núm. 33/2005

BECERRO, A., *Presentación: la ampliación de la Unión Europea*, n.º 33, pp. 9-13.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La complejidad y originalidad del sistema de fuentes del Derecho Comunitario: el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ¿una simplificación fallida?*, n.º 33, pp. 17-51.

FLORES JUBERÍAS, C., *Antieuropeísmo y euroescepticismo: el estado de la cuestión después de la ampliación hacia el Este*, n.º 33, pp. 53-78.

GARCÍA LUPIOLA, A., *Un Parlamento reforzado para la Unión ampliada*, n.º 33, pp. 79-105.

GROS, D., *Economic aspects of Turkey's quest for EU membership*, n.º 33, pp. 107-124.

HOCHLEITNER, E., *The Political Criteria of Copenhagen and their application to Turkey. An analysis and assessment*, n.º 33, pp. 125-151.

PUNGARTNIK, O., *One year after the enlargement: what did the new EU members contribute to European Security -the Case of Slovenia?*, n.º 33, pp.153-168.

RODRÍGUEZ ORTIZ, F., *Unión Monetaria y ampliación: ajuste en el mercado de trabajo y estado del bienestar*, n.º 33, pp. 169-191.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 33, pp. 195-225.

#### Crónica

ÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 33, pp. 229-247.

### Núm. 34/2006

ALDECOA LUZARRAGA, F., *La política común de seguridad y defensa en la Constitución Europea: hacer creíble la política de responsabilidad*, n.º 34, pp. 11-39.

FERNÁNDEZ SOLA, N., *La reestructuración de la política exterior común de la Unión Europea. With or without European Constitution*, n.º 34, pp. 41-63.

GARCÍA SERVERT, R., *Las cláusulas de solidaridad y de asistencia en la Constitución Europea*, n.º 34, pp. 65-88.

MARISCAL, N., *Gobernanza múltiple y plural en las políticas del Tratado Constitucional de la Unión Europea*, n.º 34, pp. 89-128.

NIÑO PÉREZ, J., *La política de prevención de conflictos de la Unión Europea tras el 11 de Septiembre de 2001*, n.º 34, pp.129-147.

VERGARA PANIAGUA, A., *Europa: reflexiones en torno a lo postnacional, lo nacional y el Estado-Nación*, n.º 34, pp. 149-166.

WYATT, D., *¿Qué cooperación para qué desarrollo? El futuro de la política europea de cooperación al desarrollo*, n.º 34, pp. 167-186.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 34, pp. 189-229.

#### Crónica

ÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 34, pp. 233-247.

### Núm. 35/2006

FERRERO, M. y FILIBI, I., *Presentación: gobernanza y democracia en Europa*, n.º 35, pp. 9-20.

DE MIGUEL BÁRCENA, J., *La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación*, n.º 35, pp. 23-42.

FILIBI, I., *Nuevas escalas: retos conceptuales y políticos para la construcción de una democracia europea*, n.º 35, pp. 43-72.

MORATA, F., *Subsidiariedad, regiones y Unión Europea*, n.º 35, pp. 73-94.

NÓLKE, A., *La gobernanza multinivel en la Unión Europea: condiciones para la relevancia de las redes transnacionales de política*, n.º 35, pp. 95-118.

ROJO SALGADO, A., *La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea*, n.º 35, pp. 119-142.

VAN APeldoORN, B., *La gobernanza socio-económica europea: el futuro del «neoliberalismo de compromiso»*, n.º 35, pp. 143-173.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 35, pp. 177-211.

#### Crónica

ÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 35, pp. 215-231.

### Núm. 36/2007

MARISCAL, N., *Presentación: La Unión Europea ante la inmigración*, n.º 36, pp. 11-15.

APARICIO GÓMEZ, R., *Las «segundas generaciones» en España: marroquíes, dominicanos, peruanos*, n.º 36, pp. 19-56.

ARENAS HIDALGO, N., *La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el caso N v. Finland)*, n.º 36, pp. 57-75.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea*, n.º 36, pp. 77-106.

CANEDO ARRILLAGA, M. P., *La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea y su incidencia en la política de inmigración*, n.º 36, pp. 107-126.

CASANOVA DOMÈNECH, M.<sup>a</sup> E., *El régimen del azúcar UE-ACP: ¿un instrumento de cooperación al desarrollo?*, n.º 36, pp.127-151.

GIL-BAZO, M.<sup>a</sup> T., *The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law*, n.º 36, pp. 153-182.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Comentario de la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 36, pp. 185-200.

#### Crónica

IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 36, pp. 203-221.

### Núm. 37/2007

CAVA, M. J., *Presentación: ¿Éxito o fracaso de la UE? Conmemoración del 50 aniversario de los Tratados de Roma*, n.º 37, pp. 11-20.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *Los costes de la no Europa: realizaciones concretas y retos presentes del proyecto europeo*, n.º 37, pp. 23-48.

BERDAH, J. F., *Los orígenes de la construcción europea. De la idea europea a la Europa unida*, n.º 37, pp. 49-71.

LINDE PANIAGUA, E., *¿Qué queda de la Constitución europea?*, n.º 37, pp. 73-92.

NIETO SOLÍS, J. A., *Logros del proceso de integración europea*, n.º 37, pp. 93-110.

RAMOS DÍAZ, J., *La Estrategia para el Desarrollo Económico y Social (Lisboa, 2000) y las políticas de Cooperación (Cotonou, 2000): ¿Preparándonos para afrontar la Globalización en el siglo XXI?*, n.º 37, pp. 111-130.

TAIBO, C., *Una reconsideración crítica de la Unión Europea*, n.º 37, pp. 131-144.

TORRENT, R., *¿Cómo se engendró en los años 1980 la crisis del proceso de integración europea que ha estallado en los años 2000?*, n.º 37, pp. 145-176.

#### Jurisprudencia

GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 37, pp. 179-190.

#### Crónica

IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 37, pp. 193-210.

### Núm. 38/2008

CRUCELEGUI, J. L., *Presentación, Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España*, n.º 38, pp. 11-18.



- BERASATEGI TORICES, J., *El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España*, n.º 38, pp. 21-50.
- BERENGUER FUSTER, L., *La reforma de la Política de Competencia en la UE y su incidencia en el sistema español*, n.º 38, pp. 51-80.
- CRUCELEGUI GÁRATE, J. L., *Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado español*, n.º 38, pp. 81-129.
- FRANCO I SALA, LL., *La unidad de mercado en el sistema español y comunitario de defensa de la competencia*, n.º 38, pp. 131-154.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea*, n.º 38, pp. 155-175.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., *El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general*, n.º 38, pp. 177-201.
- VARELA GONZÁLEZ, J. A., *Características y situación actual de la política de competencia*, n.º 38, pp. 203-247.

#### Jurisprudencia

- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 38, pp. 251-297.

#### Crónica

- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 38, pp. 301-315.

### Núm. 39/2008

- MARISCAL, N., *Presentación, El Tratado de Lisboa (I)*, n.º 39, pp. 11-15.
- BILBAO UBILLOS, J., *Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa*, n.º 39, pp. 19-26.
- CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa*, n.º 39, pp. 27-59.
- GUINEA LLORENTE, M., *Política constitucional y adaptación de la Unión: el problema del doble veto*, n.º 39, pp. 61-101.
- MARISCAL BERÁSTEGUI, N., *Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional*, n.º 39, pp. 103-135.
- PETITHOMME, M., *La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático*, n.º 39, pp. 137-167.
- ÚRREA CORRES, M., *Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa*, n.º 39, pp. 169-190.

#### Jurisprudencia

- ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 39, pp. 193-230.

#### Crónica

- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 39, pp. 233-252.

## Núm. 40/2009

- PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Presentación*, n.º 40, pp. 11-16.  
ANTÓN ZARRAGOITIA, M., *Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional*, n.º 40, pp. 19-41.  
BOIXAREU CARRERA, Á., *Los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y otros aspectos de democracia directa*, n.º 40, pp. 43-50.  
DUCH GUILLOT, J., *El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 51-62.  
JIMENA QUESADA, L., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos*, n.º 40, pp. 63-83.  
LASHERAS, B., *El futuro de la Política Europea de Seguridad y Defensa*, n.º 40, pp. 85-107.  
ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 109-148.  
ORTEGA CARCELÉN, M., *La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de Lisboa: un cauce adecuado a la espera de contenidos*, n.º 40, pp. 149-159.  
PALACIO GONZÁLEZ, J., *La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo*, n.º 40, pp. 161-179.

### Jurisprudencia

- ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 40, pp. 183-231.

### Crónica

- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 235-258.

## B. Índice de autores

- ALDECOA LUZARRAGA, F., n.º 34, pp. 11-39.  
ÁLVAREZ RUBIO, J. J., n.º 37, pp. 23-48.  
ANTÓN ZARRAGOITIA, M., n.º 40, pp. 19-41.  
APARICIO GÓMEZ, R., n.º 36, pp. 19-56.  
ARENAS HIDALGO, N., n.º 36, pp. 57-75.  
ARREGI CARNEROS, M., n.º 31, pp. 11-39.  
BECERRO, A., n.º 33, pp. 9-13.  
BELLIDO BARRIONUEVO, M., n.º 33, pp. 17-51.  
BERASATEGI TORICES, J., n.º 38, pp. 21-50.  
BERDAH, J. F., n.º 37, pp. 49-71.  
BERENGUER FUSTER, L., n.º 38, pp. 51-80.  
BILBAO UBILLOS, J., n.º 39, pp. 19-26.  
BOIXAREU CARRERA, A., n.º 40, pp. 43-50.  
CACHÓN RODRÍGUEZ, L., n.º 36, pp. 77-106.  
CALONGE VELÁZQUEZ, A., n.º 32, pp. 15-39.

- CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I., n.º 39, pp. 27-59.  
CANEDO ARRILLAGA, M.<sup>a</sup> P., n.º 31, pp. 41-80.  
CANEDO ARRILLAGA, M.<sup>a</sup> P., n.º 36, pp. 107-126.  
CASANOVA DOMÈNECH, M.<sup>a</sup> E., n.º 36, pp.127-151.  
CAVA, M. J., n.º 37, pp. 11-20.  
CRUCELEGUI GÁRATE, J. L., n.º 38, pp. 81-129.  
CRUCELEGUI, J. L., n.º 38, pp. 11-18.  
DE MIGUEL BÁRCENA, J., n.º 35, pp. 23-42.  
DUCH GUILLLOT, J., n.º 40, pp. 51-62.  
ECHEVERRÍA JESÚS, C., n.º 32, pp. 41-59.  
FERNÁNDEZ SOLA, N., n.º 34, pp. 41-63.  
FERRERO, M. y FILIBI, I., n.º 35, pp. 9-20.  
FILIBI, I., n.º 35, pp. 43-72.  
FLORES JUBERÍAS, C., n.º 33, pp. 53-78.  
FRANCO I SALA, LL., n.º 38, pp. 131-154.  
FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA, J., n.º 31, pp. 81-100.  
GARCÍA CACHAFEIRO, F., n.º 38, pp. 155-175.  
GARCÍA LUPIOLA, A., n.º 33, pp. 79-105.  
GARCÍA SERVERT, R., n.º 34, pp. 65-88.  
GIL-BAZO, M.<sup>a</sup> T., n.º 36, pp. 153-182.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 31, pp. 185-193.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 32, pp. 153-198.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 33, pp. 195-225.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 34, pp. 189-229.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 35, pp. 177-211.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 36, pp. 185-200.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 37, pp. 179-190.  
GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 38, pp. 251-297.  
GROS, D., n.º 33, pp. 107-124.  
GUINEA LLORENTE, M., n.º 39, pp. 61-101.  
HOCHLEITNER, E., n.º 33, pp. 125-151.  
IÑARRITU, B., n.º 31, pp. 197-215.  
IÑARRITU, B., n.º 32, pp. 201-217.  
IÑARRITU, B., n.º 33, pp. 229-247.  
IÑARRITU, B., n.º 34, pp. 233-247.  
IÑARRITU, B., n.º 35, pp. 215-231.  
IÑARRITU, B., n.º 36, pp. 203-221.  
IÑARRITU, B., n.º 37, pp. 193-210.  
IÑARRITU, B., n.º 38, pp. 301-315.  
IÑARRITU, B., n.º 39, pp. 233-252.  
IÑARRITU, B., n.º 40, pp. 235-258.  
JIMENA QUESADA, L., n.º 40, pp. 63-83.  
LASHERAS, B., n.º 40, pp. 85-107.  
LINDE PANIAGUA, E., n.º 37, pp. 73-92.  
MARISCAL BERÁSTEGUI, N., n.º 39, pp. 103-135.  
MARISCAL, N., n.º 31, pp. 101-136.  
MARISCAL, N., n.º 34, pp. 89-128.

- MARISCAL, N., n.º 36, pp. 11-15.  
MARISCAL, N., n.º 39, pp. 11-15.  
MARTÍN DE LA GUARDIA, R., n.º 32, pp. 61-84.  
MARTÍN DE LA GUARDIA, R., n.º 32, pp. 9-12.  
MICHAVILA, F., n.º 32, pp. 85-103.  
MORATA, F., n.º 35, pp. 73-94.  
NIETO SOLÍS, J.A., n.º 31, pp. 137-155.  
NIETO SOLÍS, J. A., n.º 37, pp. 93-110.  
NIÑO PÉREZ, J., n.º 34, pp.129-147.  
NÖLKE, A., n.º 35, pp. 95-118.  
NÚÑEZ FLORENCIO, R., n.º 32, pp. 105-123.  
ORDÓÑEZ SOLÍS, D., n.º 40, pp. 109-148.  
ORTEGA CARCELÉN, M., n.º 40, pp. 149-159.  
PALACIO GONZÁLEZ, J., n.º 40, pp. 161-179.  
PÉREZ DE LAS HERAS, B., n.º 40, pp. 11-16.  
PETITHOMME, M., n.º 39, pp. 137-167.  
PRIETO MOLINERO, R., n.º 32, pp. 125-150.  
PUNGARTNIK, O., n.º 33, pp.153-168.  
RAMOS DÍAZ, J., n.º 37, pp. 111-130.  
RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., n.º 38, pp. 177-201.  
RODRÍGUEZ ORTIZ, F., n.º 33, pp. 169-191.  
ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 39, pp. 193-230.  
ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., n.º 40, pp. 183-231.  
ROJO SALGADO, A., n.º 35, pp. 119-142.  
SANZ CABALLERO, S., n.º 31, pp. 157-181.  
TAIBO, C., n.º 37, pp. 131-144.  
TORRENT, R., n.º 37, pp. 145-176.  
URREA CORRES, M., n.º 39, pp. 169-190.  
VAN APELDOORN, B., n.º 35, pp. 143-173.  
VARELA GONZÁLEZ, J. A., n.º 38, pp. 203-247.  
VERGARA PANIAGUA, A., n.º 34, pp. 149-166.  
WYATT, D., n.º 34, pp. 167-186.

## C. Índice de materias

### I. Problemas generales de Europa

- ARREGI CARNEROS, M., *¿Tiene futuro la CEI?*, n.º 31, pp. 11-39.  
FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA, J., *La ampliación de la Unión Europea y el futuro de Europa*, n.º 31, pp. 81-100.

### II. Consejo de Europa-Derechos Humanos-Libertades Fundamentales-Ciudadanía

- BOIXAREU CARRERA, A., *Los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y otros aspectos de democracia directa*, n.º 40, pp. 43-50.

- CANEDO ARRILLAGA, J. R. y GORDILLO PÉREZ, L. I., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa*, n.º 39, pp. 27-60.
- JIMENA QUESADA, L., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos*, n.º 40, pp. 63-83.
- PALACIO GONZÁLEZ, J., *La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo*, n.º 40, pp. 161-179.
- SANZ CABALLERO, S., *El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate*, n.º 31, pp. 157-181.

### III. Integración europea

- ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *Los costes de la no Europa: realizaciones concretas y retos presentes del proyecto europeo*, n.º 37, pp. 23-48.
- ANTÓN ZARRAGOITIA, M., *Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional*, n.º 40, pp. 19-41.
- BERDAH, J. F., *Los orígenes de la construcción europea. De la idea europea a la Europa unida*, n.º 37, pp. 49-71.
- CAVA, M. J., *Presentación: ¿Éxito o fracaso de la UE? Conmemoración del 50 aniversario de los Tratados de Roma*, n.º 37, pp. 11-20.
- ECHEVERRÍA JESÚS, C., *España y el Magreb a los veinte años de la adhesión de España a las Comunidades Europeas*, n.º 32, pp. 41-60.
- FERRERO, M. y FILIBI, I., *Presentación: gobernanza y democracia en Europa*, n.º 35, pp. 9-22.
- FILIBI, I., *Nuevas escalas: retos conceptuales y políticos para la construcción de una democracia europea*, n.º 35, pp. 43-72.
- FLORES JUBERÍAS, C., *Antieuropeísmo y euroescepticismo: el estado de la cuestión después de la ampliación hacia el Este*, n.º 33, pp. 53-78.
- FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA, J., *La ampliación de la Unión Europea y el futuro de Europa*, n.º 31, pp. 81-100.
- GUINEA LLORENTE, M., *Política constitucional y adaptación de la Unión: el problema del doble veto*, n.º 39, pp. 61-102.
- LINDE PANIAGUA, E., *¿Qué queda de la Constitución europea?*, n.º 37, pp. 73-92.
- MARISCAL BERÁSTEGUI, N., *Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional*, n.º 39, pp. 103-136.
- MARISCAL, N., *Cuatro lecturas del Proyecto de Tratado de Constitución Europea*, n.º 31, pp. 101-136.
- MARISCAL, N., *Gobernanza múltiple y plural en las políticas del Tratado Constitucional de la Unión Europea*, n.º 34, pp. 89-128.
- MARISCAL, N., *Presentación*, n.º 39, pp. 11-18.
- MARTÍN DE LA GUARDIA, R., *La política europea de España después de su integración en las Comunidades*, n.º 32, pp. 61-84.
- MARTÍN DE LA GUARDIA, R., *Presentación: veinte años de España en la Comunidad Europea*, n.º 32, pp. 9-12.
- MORATA, F., *Subsidiariedad, regiones y Unión Europea*, n.º 35, pp. 73-94.
- NIETO SOLÍS, J. A., *Logros del proceso de integración europea*, n.º 37, pp. 93-110.

- NÖLKE, A., *La gobernanza multinivel en la Unión Europea: condiciones para la relevancia de las redes transnacionales de política*, n.º 35, pp. 95-118.
- NÚÑEZ FLORENCIO, R., *La nueva España en la vieja Europa, o el triunfo de Almodóvar*, n.º 32, pp. 105-124.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 109-148.
- PETITHOMME, M., *La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático*, n.º 39, pp. 137-168.
- ROJO SALGADO, A., *La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea*, n.º 35, pp. 119-142.
- TAIBO, C., *Una reconsideración crítica de la Unión Europea*, n.º 37, pp. 131-144.
- TORRENT, R., *¿Cómo se engendró en los años 1980 la crisis del proceso de integración europea que ha estallado en los años 2000?*, n.º 37, pp. 145-176.
- URREA CORRES, M., *Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa*, n.º 39, pp. 169-191.
- VERGARA PANIAGUA, A., *Europa: reflexiones en torno a lo postnacional, lo nacional y el Estado-Nación*, n.º 34, pp. 149-166.

#### IV. Sistema político e institucional

- CALONGE VELÁZQUEZ, A., *España y el Comité de las Regiones*, n.º 32, pp. 15-40.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., *La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación*, n.º 35, pp. 23-42.
- DUCH GUILLOT, J., *El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 51-62.
- GARCÍA LUPIOLA, A., *Un Parlamento reforzado para la Unión ampliada*, n.º 33, pp. 79-106.
- MARISCAL BERÁSTEGUI, N., *Tratado de Lisboa: reforma institucional sin aliento constitucional*, n.º 39, pp. 103-136.
- PETITHOMME, M., *La despolitización de la política europea y el dilema del déficit democrático*, n.º 39, pp. 137-168.

#### V. Parlamento Europeo

- GARCÍA LUPIOLA, A., *Un Parlamento reforzado para la Unión ampliada*, n.º 33, pp. 79-106.

#### VI. Tribunal de Justicia

#### VII. Ordenamiento jurídico-Derecho interno

- BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La complejidad y originalidad del sistema de fuentes del Derecho Comunitario: el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ¿una simplificación fallida?*, n.º 33, pp. 17-52.
- JIMENA QUESADA, L., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos*, n.º 40, pp. 63-83.

## VIII. Libre circulación de mercancías-Unión aduanera

## IX. Libre circulación de personas, servicios, capitales

## X. Competencia

- BERASATEGI TORICES, J., *El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España*, n.º 38, pp. 21-50.
- BERENGUER FUSTER, L., *La reforma de la Política de Competencia en la UE y su incidencia en el sistema español*, n.º 38, pp. 51-80.
- CANEDO ARRILLAGA, M.º P., *El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español*, n.º 31, pp. 41-80.
- CRUCELEGUI GÁRATE, J. L., *Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado español*, n.º 38, pp. 81-130.
- CRUCELEGUI, J. L., *Presentación*, n.º 38, pp. 11-20.
- FRANCO I SALA, LL., *La unidad de mercado en el sistema español y comunitario de defensa de la competencia*, n.º 38, pp. 131-154.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea*, n.º 38, pp. 155-176.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., *El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general*, n.º 38, pp. 177-202.
- VARELA GONZÁLEZ, J. A., *Características y situación actual de la política de clemencia*, n.º 38, pp. 203-249.

## XI. Política económica y monetaria-Presupuesto

- BILBAO UBILLOS, J., *Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa*, n.º 39, pp. 19-26.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea*, n.º 36, pp. 77-106.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., *La dimensión institucional y democrática de la gobernanza económica europea: el Método Abierto de Coordinación*, n.º 35, pp. 23-42.
- NIETO SOLÍS, J.A., *Consecuencias financieras de la ampliación: siete cuestiones básicas*, n.º 31, pp. 137-155.
- RAMOS DÍAZ, J., *La Estrategia para el Desarrollo Económico y Social (Lisboa, 2000) y las políticas de Cooperación (Cotonou, 2000): ¿Preparándonos para afrontar la Globalización en el siglo XXI?*, n.º 37, pp. 111-130.
- RODRÍGUEZ ORTIZ, F., *Unión Monetaria y ampliación: ajuste en el mercado de trabajo y estado del bienestar*, n.º 33, pp. 169-193.
- VAN APeldoorn, B., *La gobernanza socio-económica europea: el futuro del «neoliberalismo de compromiso»*, n.º 35, pp. 143-175.

## XII. Política regional-Regiones

- ANTÓN ZARRAGOITIA, M., *Previsiones sobre el principio de subsidiariedad y su impacto en el ámbito regional*, n.º 40, pp. 19-41.
- MORATA, F., *Subsidiariedad, regiones y Unión Europea*, n.º 35, pp. 73-94.

ROJO SALGADO, A., *La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea*, n.º 35, pp. 119-142.

### **XIII. Problemas agrícolas, pesqueros e industria alimentaria**

### **XIV. Problemas sociales-Inmigración-Educación**

APARICIO GÓMEZ, R., *Las «segundas generaciones» en España: marroquíes, dominicanos, peruanos*, n.º 36, pp. 19-56.

ARENAS HIDALGO, N., *La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el caso N v. Finland)*, n.º 36, pp. 57-75.

BILBAO UBILLOS, J., *Las políticas económica y social en el Tratado de Lisboa*, n.º 39, pp. 19-26.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea*, n.º 36, pp. 77-106.

CANEDO ARRILLAGA, M. P., *La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea y su incidencia en la política de inmigración*, n.º 36, pp. 107-126.

GIL-BAZO, M.<sup>a</sup> T., *The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law*, n.º 36, pp. 153-182.

MARISCAL, N., *Presentación: La Unión Europea ante la inmigración*, n.º 36, pp. 11-15.

MICHAVILA, F., *La incorporación de la universidad española al espacio europeo de educación superior: una oportunidad excepcional*, n.º 32, pp. 85-104.

RAMOS DÍAZ, J., *La Estrategia para el Desarrollo Económico y Social (Lisboa, 2000) y las políticas de Cooperación (Cotonou, 2000): ¿Preparándonos para afrontar la Globalización en el siglo XXI?*, n.º 37, pp. 111-130.

### **XV. Fiscalidad**

### **XVI. Servicios financieros**

### **XVII. Derecho de sociedades-Política empresarial-Consumidores**

BERASATEGI TORICES, J., *El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España*, n.º 38, pp. 21-50.

GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea*, n.º 38, pp. 155-176.

PRIETO MOLINERO, R., *El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas*, n.º 32, pp. 125-151.

### **XVIII. Relaciones exteriores-Ampliación**

ALDECOA LUZARRAGA, F., *La política común de seguridad y defensa en la Constitución Europea: hacer creíble la política de responsabilidad*, n.º 34, pp. 11-40.

ARREGI CARNEROS, M., *¿Tiene futuro la CEI?*, n.º 31, pp. 11-40.



- BECERRO, A., *Presentación: la ampliación de la Unión Europea*, n.º 33, pp. 9-13.
- CASANOVA DOMÈNECH, M.<sup>a</sup> E., *El régimen del azúcar UE-ACP: ¿un instrumento de cooperación al desarrollo?*, n.º 36, pp. 127-151.
- ECHEVERRÍA JESÚS, C., *España y el Magreb a los veinte años de la adhesión de España a las Comunidades Europeas*, n.º 32, pp. 41-60.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., *La reestructuración de la política exterior común de la Unión Europea*. With or without European Constitution, n.º 34, pp. 41-64.
- FLORES JUBERÍAS, C., *Antieuropéismo y euroescepticismo: el estado de la cuestión después de la ampliación hacia el Este*, n.º 33, pp. 53-78.
- FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA, J., *La ampliación de la Unión Europea y el futuro de Europa*, n.º 31, pp. 81-100.
- GARCÍA SERVET, R., *Las cláusulas de solidaridad y de asistencia en la Constitución Europea*, n.º 34, pp. 65-88.
- GROS, D., *Economic aspects of Turkey's quest for EU membership*, n.º 33, pp. 107-124.
- HOCHLEITNER, E., *The Political Criteria of Copenhagen and their application to Turkey. An analysis and assessment*, n.º 33, pp. 125-152.
- LASHERAS, B., *El futuro de la Política Europea de Seguridad y Defensa*, n.º 40, pp. 85-107.
- NIETO SOLÍS, J.A., *Consecuencias financieras de la ampliación: siete cuestiones básicas*, n.º 31, pp. 137-155.
- NIÑO PÉREZ, J., *La política de prevención de conflictos de la Unión Europea tras el 11 de Septiembre de 2001*, n.º 34, pp.129-148.
- ORTEGA CARCELÉN, M., *La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de Lisboa: un cauce adecuado a la espera de contenidos*, n.º 40, pp. 149-159.
- PUNGARTNIK, O., *One year after the enlargement: what did the new EU members contribute to European Security -the Case of Slovenia?*, n.º 33, pp.153-168.
- RAMOS DÍAZ, J., *La Estrategia para el Desarrollo Económico y Social (Lisboa, 2000) y las políticas de Cooperación (Cotonou, 2000): ¿Preparándonos para afrontar la Globalización en el siglo XXI?*, n.º 37, pp. 111-130.
- RODRÍGUEZ ORTIZ, F., *Unión Monetaria y ampliación: ajuste en el mercado de trabajo y estado del bienestar*, n.º 33, pp. 169-193.
- WYATT, D., *¿Qué cooperación para qué desarrollo? El futuro de la política europea de cooperación al desarrollo*, n.º 34, pp. 167-187.

## **XIX. Transportes**

## **XX. Medio ambiente**

## **XXI. Política audiovisual**

## **XXII. Armonización de legislaciones**

## **XXIII. Servicios públicos**

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., *El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general*, n.º 38, pp. 177-202.

**XXIV. Administraciones públicas**

**XXV. Convenios comunitarios**

**XXVI. Crónicas de jurisprudencia comunitaria**

- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 31, pp. 185-196.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 32, pp. 153-200.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 33, pp. 195-228.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 34, pp. 189-232.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 35, pp. 177-214.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Comentario de la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 36, pp. 185-200.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 37, pp. 179-190.
- GIMENO VERDEJO, C. y ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 38, pp. 251-300.
- ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 39, pp. 193-232.
- ROFES I PUJOL, M.<sup>a</sup> I., *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, n.º 40, pp. 183-231.

**XXVII. Crónicas de jurisprudencia interna**

**XXVIII. Crónicas económica e institucional**

- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 31, pp. 197-215.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 32, pp. 201-217.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 33, pp. 229-247.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 34, pp. 233-247.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 35, pp. 215-231.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 36, pp. 203-221.
- IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 37, pp. 193-210.

IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 38, pp. 301-315.

IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 39, pp. 233-252.

IÑARRITU, B., *Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea*, n.º 40, pp. 235-258.



# 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
- Transferencia 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 .....

Firma

Fecha

# Cuadernos Europeos de Deusto

