

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 43/2010

Sumario

Estudios

La responsabilidad actualizada
de la nueva Europa
D. López Garrido

Robert Schuman: Memory and
Topicality of a great European
J.-M. Palayret

Sobre la adhesión de la Unión
Europea a la Convención
de Roma
J. A. Pastor Ridruejo

Los acuerdos europeos de
readmisión de inmigrantes en
situación irregular. Diez años de
política europea de readmisión
a debate

N. Arenas Hidalgo

Construcción europea y
liberalización económica en
América Latina: desafíos
comunes en la evolución del
Derecho internacional
económico
M. Monteagudo Valdez

Jurisprudencia

Comentario de Jurisprudencia
reciente del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea
M. L. Sánchez Barrueco

Crónica

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

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 43/2010

Dirección, Consejo de Redacción y Consejo Asesor:

Directora: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)

Consejo de Redacción: Joana Abrisketa Uriarte (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)

Cristina Churruca Muguruza (U. Deusto, Bilbao)

Ana Garmendía Gutiérrez (U. Deusto, Bilbao)

Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)

Beatriz Iñarritu (U. Deusto, Bilbao)

Santiago Larrazabal Basañez (U. Deusto, Bilbao)

Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)

María Obieta Vilallonga (U. Deusto, San Sebastián)

Francisco Rodríguez Ortiz (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Luisa Sánchez Barrueco (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Luz Suárez Castiñeira (U. Deusto, Bilbao)

Consejo Asesor:

Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)

Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (U. Sevilla)

Igor Filibi (U. País Vasco, Bilbao)

Enrique Linde Paniagua (UNED, Madrid)

José Martín y Pérez de Nanclares (U. Salamanca)

Mariola Urrea (U. La Rioja, Logroño)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos

Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 102 Fax: 944 139 282 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

	2 números año	Número suelto
Zona euro	36 euros (IVA incluido)	21 euros (IVA incluido)
Otras zonas	51 dólares	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 MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.
 - ROJO SALGADO, A., «La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, pp. 119-142.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) Legislación
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) Jurisprudencia
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycloed 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. 43/2010

Sumario

Presentación: M.^a Luz Suárez 11

Estudios

D. LÓPEZ GARRIDO, La responsabilidad actualizada de la nueva Europa 15

J.-M. PALAYRET, Robert Schuman: Memory and Topicality of a great European 19

J. A. PASTOR RIDRUEJO, Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma 43

N. ARENAS HIDALGO, Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate 53

M. MONTEAGUDO VALDEZ, Construcción europea y liberalización económica en América Latina: desafíos comunes en la evolución del Derecho internacional económico 91

Jurisprudencia

M. L. SÁNCHEZ BARRUECO, Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 117

Crónica

B. IÑARRITU, Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 139

Presentación

Coincidiendo con el 60 aniversario de la Declaración Schuman y el 30 aniversario de su Centro de Documentación Europea, el Instituto de Estudios Europeos de la UD celebró, el pasado mayo, sus IX. Jornadas sobre la Unión Europea bajo el lema «Hitos en la construcción europea: de la Declaración Schuman al Tratado de Lisboa» con el objetivo de realizar un balance de los momentos clave en el proceso de la configuración de Europa, desde la Declaración con la que Schuman sentó los pilares el 9 de mayo de 1950 hasta los todavía frescos acontecimientos históricos que han tenido como colofón la reciente firma del Tratado de Lisboa y su ratificación por los Estados Miembros.

Algunas de las intervenciones, de carácter revisionista, abordaron el proceso de construcción desde los pactos que empezaron propugnando la mera cooperación económica en el Tratado de Roma, para acabar perfilando los rasgos diferenciadores de la ciudadanía europea. Otras presentaron temas para el debate y la reflexión en torno a retos importantes que la Europa de los 27 tendrá que seguir abordando desde los ámbitos jurídico-políticos por un lado, y socio-culturales por otro: la política de seguridad y defensa de la UE, el tema de los Derechos Humanos, el desafío que supone la integración de una inmigración creciente, la gestión de la diversidad lingüística y cultural, entre otros.

El presente número de *Cuadernos Europeos de Deusto* recoge algunas de las contribuciones de las IX. Jornadas así como análisis aportados por otros expertos sobre el proceso de construcción europea desde un enfoque interdisciplinar, analizando y valorando los desafíos y factores que van determinando su evolución y progresión hacia una unión política. A todos los que han hecho posible este nuevo número, a las autoras de las habituales crónicas de jurisprudencia y de actualidad europea y a la Diputación Foral de Bizkaia, nuestro más sincero agradecimiento.

M.^a LUZ SUÁREZ

Directora del Instituto de Estudios Europeos

Estudios

La responsabilidad actualizada de la nueva Europa

Diego López Garrido
Secretario de Estado para la Unión Europea

No creo en los poderes naturales, en los designios divinos ni en las autoridades inventadas. La Unión Europea nació como articulación de una vocación supranacional de seis Estados que, 60 años y no pocos obstáculos después, se ha convertido en una realidad política que da cobijo a 27 países y más de 500 millones de personas. Una génesis alejada de toda tentación despótica que logró apuntalar sus cimientos con las herramientas de la palabra, la reflexión y el consenso. Sospecho que no fueron los utensilios más sencillos, ni siquiera los de más rápido manejo, pero sin duda han sido los más apropiados para la consolidación de una comunidad que hoy asume, sin solemnidades impostadas y con el debido sentido de la responsabilidad, la encomienda inherente a su mayoría de edad.

La Unión Europea es discípula de su pasado. El aprendizaje de nuestros errores y aciertos, así como el análisis de dónde nos encontramos en la actualidad, nos lleva de manera inevitable a centrar nuestra atención en dos ámbitos que marcarán el futuro inmediato de nuestra comunidad. Por una parte, en los próximos años continuaremos articulando y asimilando los rasgos definitorios de nuestra condición de ciudadanos europeos. Y por otra, aun más inmediata si cabe, deberemos reformular una hoja de ruta que otorgue a Europa un papel protagonista en el renovado escenario internacional.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto un paso fundamental en ambas direcciones; no sólo en la reafirmación de la centralidad del ciudadano, sino también de esa inspiración transfronteriza de la Unión, poniendo sobre la mesa los mecanismos necesarios para modular de manera efectiva la ejecución de sus responsabilidades en el caleidoscópico foro global.

Las nuevas atribuciones desarrolladas por la Iniciativa Ciudadana Europea o el refuerzo del Parlamento Europeo a través de la ampliación de ámbitos en los que compartirá la toma de decisiones con el Consejo son medidas que atestiguan la consolidación de la participación real de los ciudadanos en la toma de decisiones de la Unión. Esta mayor accesibilidad a la realidad europea, a la que la Presidencia española del Consejo de la Unión ha dado un impulso definitivo, se traduce en un diálogo abierto que estimula la intervención social en los asuntos comunitarios y afianza la sensibi-

lidad de ciudadanía europea de las nuevas generaciones. No olvidemos que serán ellas las que tendrán la responsabilidad de custodiar, o mejorar, los logros alcanzados por sus padres.

Este diálogo nos define a nosotros mismos. Define no sólo lo que somos sino también lo que queremos ser como colectivo social, como miembros de un todo que nos integra y que, a su vez, se nutre de nosotros para su desarrollo. La sociedad civil, lejos de ser un convidado de piedra en la foto oficial de las primeras páginas de los periódicos, se convierte de este modo en el motor de nuestra propia evolución. Lisboa no ha hecho más que otorgar rango jurídico y normativo a esta realidad.

Esta mayor cercanía institucional a las necesidades sociales que refrenda el nuevo tratado confiere a la Unión el mandato de adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta ratificación, que complementa la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales, supone una garantía añadida de protección y respeto a los derechos de los ciudadanos europeos que nuestra comunidad ha ido conquistando, no sin esfuerzo, desde que la declaración Schuman reivindicó, el 9 de mayo de 1950, una fuerte solidaridad de hecho entre los Estados de Europa como piedra angular del proceso de construcción comunitaria.

Esta corresponsabilidad generacional tiene hoy un importante debate que superar: el de definir el papel de Europa en el mundo. Como punto de partida irrenunciable, considero perentoria la necesidad de fortalecer las relaciones con los Estados vecinos y socios estratégicos, así como la defensa incondicional de los derechos humanos, la promoción de la paz y la erradicación de la pobreza. Lejos de cualquier declaración de buenas intenciones, este compromiso práctico supone el principal estandarte identificativo de la política exterior de la Unión en las principales mesas internacionales de decisión.

Las numerosas cumbres previstas en la agenda europea para los próximos meses, así como las ya celebradas bajo el paraguas de nuestra recientemente concluida cuarta presidencia europea, son una muestra más de la implicación pragmática de un plan de acción que no entiende de voluntades dialécticas, sino de necesidades reales que nos afectan cada día.

Sin obviar el largo camino que tenemos por delante, Europa ha dado a comienzos de este año un paso decisivo en la definición y coordinación de esta política al avanzar en la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, llamado a convertirse en nuestro principal instrumento diplomático para hacer frente a los grandes desafíos de la sociedad global. Asimismo, son notables los esfuerzos en el desarrollo de una estrategia en gestión de crisis y en la profundización de una Política Común de Seguridad y Defensa que ayude a garantizar un espacio comunitario de libertad, seguridad y justicia.

Coincidirá el lector conmigo en que un repaso al nuevo papel internacional de la Unión Europea quedaría inconcluso, e incluso pecaría de cierta hipocresía, si no hiciera mención a la necesidad de una sólida estrategia de cooperación para el desarrollo como condición *sine qua non* de un liderazgo político y moral que la propia Unión debe exportar más allá de sus fronteras. En este sentido, merece subrayar la tenaz defensa protagonizada por los 27 en el cumplimiento de los principales compromisos internacionales relativos a la lucha contra el hambre y la pobreza, o la financiación para el desarrollo que ha convertido a la Unión en el primer donante del mundo (el 60% de la ayuda oficial al desarrollo es europea) y ha contribuido de manera decisiva en la recuperación de las recientes catástrofes en Haití y Chile.

Este compromiso no es otra cosa que la traslación práctica del reconocimiento de la corresponsabilidad como el resorte que debe mover a todos los actores de este gran escenario global. La solidaridad, por lo tanto, se convierte en el resultado lógico de una disposición previa, una suerte de axioma incuestionable gracias al cual cada uno se siente comprometido no sólo con lo que ocurre en el interior de su comunidad, sino también con aquello que aflige a las comunidades vecinas, éstas con las de más allá, y así sucesivamente hasta crear una red vinculante que no entiende de ideologías, sino de simple deuda con el necesitado.

En este sentido, me parece de enorme valor el encaje del ejercicio multilateralista de la Unión Europea en el sistema de Naciones Unidas para garantizar no sólo el activismo sino sobre todo la efectividad de las medidas a desarrollar. El próximo mes de septiembre los países miembros de la UE tendrán una nueva oportunidad de definir y poner en práctica un programa de acción en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Una cita en la que la Unión Europea elevará la necesidad de «cumplir las promesas», como apuntó el Secretario General Ban Ki-moon, con una sola voz.

Resulta innegable que nos movemos en un tiempo de incertidumbre y cambios profundos. Un tiempo que exige inteligencia, unidad y acción. La Unión Europea asume el compromiso de gestionar con consenso y determinación los grandes desafíos a los que nos enfrentamos, tanto como ciudadanos como comunidad internacional. Unos retos que no podemos gestionar en términos electoralistas, ni siquiera ideológicos, sino como una necesidad global de una sociedad que demanda liderazgos capaces de hacer frente a las sombras de la globalización, comprometidos con el futuro a largo plazo, procurando, como recomendaba Miguel de Unamuno «ser más padres de nuestro porvenir que hijos de nuestro pasado».

Robert Schuman: Memory and Topicality of a great European

Jean-Marie Palayret

Director of the Historical Archives of the European Union
and Associate Professor of History of European Integration
and EEC-ACP Relations at the «Institut des hautes études européennes de Strasbourg»
(Robert Schuman University)

Summary: I. Robert Schuman, Founding Father of a United Europe.

1. The European engagement of Robert Schuman: a political philosophy. 2. The European engagement of Robert Schuman: political realism. 3. The «Pilgrim of Europe».—II. The «Permanency» of Robert Schuman in today's Europe? 1. The formative power of Christianity on Europe's political culture is always reflected in the norms and values that form the common heritage of the democratic state and its society. 2. The Franco-German engine of the Union has found its limits but remains indispensable. 3. The construction of Europe has reinforced democratic stability and assured 60 years of uninterrupted peace. 4. Mutual interest and support. 5. The «political federation» which Schuman called for today appears to have been abandoned.—Conclusion.

Resumen: Robert Schuman permanece en la memoria colectiva europea debido al nombre que dio a la iniciativa del 9 de mayo de 1950 que condujo a la creación de la primera comunidad europea de ámbito supranacional: la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, considerada como el comienzo de la Unión Europea. La revolucionaria propuesta, inspirada por el equipo de Jean Monnet, tenía sus raíces en los orígenes de Schuman y su filosofía política. Como hombre nacido en la frontera, la historia de su familia fue europea desde el principio. Como católico militante, adepto de la concepción neo-tomista del Estado, concebía Europa como una comunidad espiritual y cultural, inseparable de las ideas de democracia e integración. A pesar de estos altos ideales, Robert Schuman, ministro de Asuntos Exteriores francés, demostró ser profundamente realista y prudente en su planteamiento tanto de la federación europea como de las cuestiones alemanas. Este artículo trata de demostrar que en la política europea de hoy, Robert Schuman sigue siendo una referencia y un modelo a seguir. No obstante, mientras el método (la visión a largo plazo basada en los pequeños pasos y los logros prácticos) sigue siendo válido y utilizado, los valores cristianos, la asociación franco-alemana, la paz y la seguridad, la fusión de intereses y la solidaridad y la federación europea sólo conservan parcialmente su potencial unificador.

Palabras clave: Robert Schuman 1886-1963; Integración Europea-Historia; relación Francia-Alemania.

Abstract: *Robert Schuman has survived in the collective European memory for the name he gave to the initiative of 9 May 1950 which led to the creation of the first supranational European community, the European Coal and Steel Community, seen as the beginning of the European Union. The revolutionary proposal, inspired by the Jean Monnet team, was rooted in Schuman's origins and political philosophy. As a man of the frontier, his family story was European right from the start. As a militant catholic, adept of the neo-Thomistic conception of the state, Europe was a spiritual and cultural community, inseparable of the ideas of democracy and of integration. Despite these high ideals, Robert Schuman, as a French foreign minister, demonstrated to be deeply realistic and prudent in his approaches to both the European federation and the German questions. This paper tries to demonstrate that in today's European policy, Robert Schuman remains a model and a reference. But if the method (the small steps and practical achievements underlying the long term vision) is still valid and used, Christian values, the Franco-German partnership, peace and security, the merging of interests and solidarity and the European federation retain only partially their rallying potential.*

Key words: *Schuman, Robert 1886-1963; European Integration-History; France-Germany- Relationship.*

Robert Schuman has survived in the collective European memory for the name which he gave to the initiative of 9 May 1950 which led to the creation of the first supranational European community, the European Coal and Steel Community. To commemorate the sixtieth anniversary of the Schuman Plan by placing the emphasis on Robert Schuman seems to matter of course; however, it does not fail to raise some problems.

The plan which bears the name of Schuman was in reality a Monnet Plan. It was Jean Monnet and his collaborators who conceived it and gave it its purpose. Nevertheless, if Schuman gave it his name, it is without doubt because he took responsibility for it on a political level. Robert Schuman, who was neither a politician by profession nor a cog in the party apparatus, left no political legacy. His actions were anchored in his time. This makes it risky to attempt to «actualize» his thinkings.

Nevertheless, it is still possible today to reread Robert Schuman, and take a lesson from him. Is Robert Schuman's project still at the heart of European dynamism? Would the «Father of Europe» recognise his brainchild today? Certainly, the Union has enlarged and the reunification of Europe —foreseen by Robert Schuman in his day¹— was a welcome development,

¹ SCHUMAN, Robert, speech in Luxemburg, 3 November 1956: *We must make Europe not only in the interests of the free countries, but also to be able to welcome the people of the East who, freed from the subjection that they have suffered up to now, will ask to join us, and ask for our moral support.*

but what of the European spirit? Today the scent of disillusion hangs over the Union institutions, as if the European leaders no longer had the courage which they were required to display when in 1950, as precursors to globalisation, they united those who had long been divided. The formula of a High Authority presented as «first step in the federation of Europe» envisaged by Monnet and Schuman in 1950, has still not been realised sixty years later. Whilst it has been fully successful in economic matters and probably also the single currency, it sets back in political terms (foreign affairs, security and defence).

I. Robert Schuman, Founding Father of a United Europe

On 9 May 1950, Robert Schuman, the French foreign minister, offered to pool the coal and steel resources of France with those of its European neighbours. The proposal was directed principally at Western Germany. After a year of negotiations, six western European states agreed to form the European Coal and Steel Community (ECSC), an organisation rightly seen as the beginning of the European Union.

The famous declaration made by Robert Schuman at the press conference held at 4 pm in the *Salon de l'Horloge* (Clock Hall) of the Quai d'Orsay, put forward a number of principles:

- Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built up through practical achievements which will first create real solidarity;
- The age-old enmity between France and Germany must be eliminated; any action taken must in the first place concern these two countries, but will be open to any other European nations which share these objectives;
- Action must be taken on one limited but decisive point: Franco-German production of coal and steel must be placed under a common High Authority;
- This High Authority will be composed of independent persons and have equal representation. Its decisions will be enforceable and binding on the member countries.
- The fusion of these economic interests will help to raise the standard of living and eventually establish a European federation.²

² English text of the Declaration in FONTAINE, Pascal, *A New Idea for Europe. The Schuman Declaration: 1950-2000*. 2nd ed., Luxembourg, OPOCET, 2002, annex. pp. 42-43.

Read by Robert Schuman, this revolutionary proposal of which Jean Monnet was the «*inspireteur*» (guiding light) was in reality the product of a collective effort. Essentially, it followed directly on from the projects conceived by Monnet and his team in Algiers in 1943, before being finalised in the Rue de Martignac by the Planning Commissioner and his team, including the lawyer Paul Reuter and the economist Pierre Uri. France was determined to limit the competitive advantages of German heavy industry to prevent future dominance by the Ruhr industrialists whose unsavoury past was also remembered. The International Authority for the Ruhr, installed by the Anglo-Saxon powers in September 1949 to decide annually the division of Germany's coal output between internal needs and exports to foreign customers, could not guarantee for France all the coal and coke from the Ruhr which might be required for the modernisation of the French steel industry, spurred by the Marshall plan. France could only influence German coal and steel through a partnership.³

1. *The European engagement of Robert Schuman: a political philosophy*

In order to better understand Robert Schuman's European work, we should start by analysing the cultural wealth of his origins and religiosity.

As a man of the frontier, his family story was European right from the start. He was born in Clausen to a Luxembourgian mother and a father from Lorraine who had become German by virtue of the Treaty of Frankfurt. His schooling, first in Luxembourg and then at the Universities of Bonn, Munich, Berlin and Strasbourg, and his trilingualism are keys to an understanding both of his European feelings and of his work towards Franco-German reconciliation.

During the First World War, due to his unfitness for military service, Schuman served the German Government in an administrative capacity.⁴ In 1918 he became French and entered political life as though it were an apostolic mission. So for instance, as a deputy for Metz, he advocated the maintenance of regional Law of Alsace-Moselle against French centralisation and defended the «*Concordat*» against the anti-clericalism of the French establishment. Schuman had for a long time lived in a region which had made him particularly aware of the bloody confrontations which divided Europe.

³ LOVETT, A.W., «The United States and the Schuman Plan. A Study in French Diplomacy 1950-1952» in *The Historical Journal*, 39,2 (1996), pp. 425-455.

⁴ For years after it was insinuated by his political enemies, particularly the communists, that Schuman had been a German officer in the war.

As Under-Secretary of State for Refugees in the Paul Reynaud and Pétain Governments, Schuman voted with the majority in July 1939, investing Pétain with full powers to reform the Constitution of France. Schuman resigned his ministry and left for Metz, where he was arrested by the Gestapo on 14th September 1940. After being placed under house arrest in Neustadt, he escaped to the unoccupied zone of France in August 1942. Disqualified from public office in 1944 as a Petainist minister, an intervention by de Gaulle himself secured Schuman's rehabilitation in February 1945. Once the Second World War was over, one of his major aims was to guarantee the future of peace by «building Europe»⁵.

As a militant Catholic⁶, docile to the *Magisterium*, Schuman adopted a neo-thomistic conception of the state. Europe was for him a spiritual and cultural community. This community had two foundations: Christian civilisation and democracy.⁷ The construction of Europe was therefore a «Generalised Democracy in the Christian Sense of the Word».⁸ Schuman summed up this interrelationship of Christianity, democracy and supra-nationalism in the third Chapter of his work «*Pour l'Europe*». In this book and the texts of which it is composed, Schuman paid a special tribute to the wartime writings of Jacques Maritain⁹ and Pius XII, who introduced the requirement that the civil authorities be subject to the transcendent, and explicitly called for a post-war settlement constructed on precisely the supranational model that would come to form the basis for the European Communities.

In Chapter 3 of «*Pour l'Europe*», he followed the basic idea which attracted him to Maritain and his school, not «*politique d'abord*», but the primacy of the spiritual:

Maritain our great Christian philosopher[...], has marked the parallel between the development of the Christian idea and democracy. Christianity has taught equality in the nature of all men, children of the same God, redeemed by the same Christ, without distinction of race, colour, class or profession [...]. It has recognised the primacy of interior values which

⁵ LEJEUNE, René, *Robert Schuman (1886-1963) Père de l'Europe*, Paris, Fayard, 2000, pp. 186-188.

⁶ In 1904, in Bonn, Schuman joined an association of militant catholic students, Unitas, and after his move to Metz, L'Union Populaire Catholique, the francophone branch of the Volksverein. In 1932, Schuman joined the Parti Démocrate Populaire which, after the Second World War, turned into the Mouvement Républicain Populaire (MRP).

⁷ FIMISTER, Alan, «Integral Humanism and Re-Unification of Europe» in SCHIRMANN, Sylvain (dir.), *Robert Schuman et les Pères de l'Europe. Cultures politiques et années de formation*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2008, p. 34.

⁸ SCHUMAN, Robert, *Pour l'Europe*, Paris, 1963, p.41

⁹ On Jacques Maritain, French Christian philosopher, see HUBERT, Bernard (dir.) *Jacques Maritain en Europe. La réception de sa pensée*. Paris, Beauchesne, 1996, pp. 207-219.

alone ennobles man. The universal law of love and charity has made of every man our neighbour, and upon it have rested social relations in the Christian world since then¹⁰.

Europe is grounded on a unity of civilisation, a shared and now reconciled history, and on shared values (such as democracy, freedom and the rule of law).

For Robert Schuman, the idea of Europe was inseparable from the process of «integration». In «*Pour l'Europe*» he also alluded to the 1944 Christmas Address where Pius XII proposed as the remedy for future wars and as the buttress of democracy:

... the formation of an organ for the maintenance of peace, of an organ invested by common consent with supreme power.¹¹

In «*Ce que signifie la Communauté européenne pour le Chrétien?*» (August 1958), Schuman went on to give a precise definition of what he meant by the term:

... the community proposes to each partner the same objective as the philosophy of St Thomas has called the Common Good. This is situated outside of all egotistical purposes, the good of each and the good of all and conversely. Finally, the means of attaining these objectives are agreement, and mutual understanding, without hegemony or privilege or subordination. Such impartial equality must be guaranteed by the authority of an arbiter which ensures the constitutional conformity of laws and regulation...¹²

The European project was the application of a general principle of human solidarity.

For Schuman, the European policy he advocated was an act of faith in the rationale of peoples, finally convinced that their salvation would lie in an «entente» and cooperation, so strongly embedded that no government would be able to elude it.

The law of solidarity between peoples is imposing itself on contemporary minds. We feel solidarity with one another in the preservation of peace, the defence against aggression, the fight against poverty, the respect for treaties, as well as the safeguarding of justice and human dig-

¹⁰ SCHUMAN, Robert, *Pour l'Europe*, cit. pp. 56-58.

¹¹ Ibid.

¹² SCHUMAN, Robert, *Ce que signifie la Communauté européenne pour le Chrétien?* Fleury Abbey, August 1958, Archives départementales de Moselle, file 34J38.

nity. We have gained the conviction through personal experience that, far from suffering on their own, nations show solidarity with one another, that the best way of serving one's country is to guarantee it the support of others through reciprocal efforts and the sharing of resources.¹³

2. *The European engagement of Robert Schuman: political realism*

Despite his high ideals, Robert Schuman was deeply realist and prudent in his approaches. He did not show any enthusiasm to the ideal of a European Union mooted by Aristide Briand in 1929-1930. He did not attend any of the many international gatherings promoting integration (including a significant number of Catholic inspiration), nor did he like Adenauer, join the Pan-European Union led by Richard Coudenhove-Kalergi.¹⁴ Utopian federalism and catholic solidarity differ markedly in that the former seeks the replacement of the sovereign nation with a new sovereign federal entity, whereas the latter seeks to build a supranational edifice whose final justification is supernatural upon the essentially natural foundations of enduring nation state.

Schuman shared Monnet's functional approach of slowly transferring limited areas to the jurisdiction of specialised European institutions rather than the scheme of drawing up a fully fledged European Constitution, as he was urged by many federalists. But, on the other hand, Schuman's understanding of European integration differed markedly from the *Inspirateur's* views. Compared to Monnet, Schuman was more attentive to national realities. For him, there was no question of eliminating national frontiers, but rather of changing their significance. The supranational should be built upon national foundations.¹⁵ Creating Europe «is to unite that which is divided and separated, but not necessarily to fuse that which remains distinct».¹⁶

Schuman became no less than one of the most determined architects of the post-war European construction. Although his name is closely related to the first project for a European Community, his role was not limited to the ECSC. From 1948-49, he contributed to the foundation of the Council of

¹³ SCHUMAN, Robert, *Pour l'Europe*, cit. p. 40r

¹⁴ LEJEUNE, René, *Robert Schuman (1886-1963) Père de l'Europe*, Paris, Fayard, 2000, pp. 14-15.

¹⁵ ROUSSEL, Eric, «L'axe Schuman-Monnet» in BORELLA, François, CLEMENT, Raphaël (ed.), *Robert Schuman, Homme d'Etat, citoyen du ciel*, Paris, Ed. François-Xavier de Guibert, 2006, pp. 45-56; FIMISTER, Alan Paul, *Robert Schuman: Neo-Scholastic humanism and the Reunification of Europe*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2008, p. 220.

¹⁶ SCHUMAN, Robert, *Comment le Français d'aujourd'hui peut-il concevoir l'Europe?* Speech delivered in front of the Conférence des ambassadeurs, Paris, 2nd March 1951, p. 6.

Europe. Later, he became closely involved with the project for a European Defence Community [EDC]¹⁷.

This very pragmatism prevailed in his attitude towards the German question. In the aftermath of the Second World War, Robert Schuman was the only French statesman who had had any direct experience of Germany. He was therefore not weighed down by prejudices, but did not suffer from any illusions. He said with realism: «My personal experience prevents me from dreaming when Germany is concerned». His approach to the *Deutsche Frage* was prudent, realistic and progressive.

Until the end of 1948, he was little inclined to support the re-establishment of the German state, even in federal form. The fear of a re-birth of German militarism was born out of experience. For a long time, the Minister of Foreign Affairs insisted on a policy of keeping Germany under control. On this question he agreed with the dominant feeling in the Quai d'Orsay, as well as in French public opinion. Several public interventions such as the Poitiers speech of 10 April 1949 as well as that before the National Assembly of 16 June, showed his reticence and reservations. It was not until Stalin decided, in the Spring of 1949 to lift the Berlin Blockade that Schuman resigned himself to accepting the formation of a German state in the West. He realistically understood that the Anglo-Saxons had decided to press forward with or without agreement from Paris. France had to pursue a common Germany policy with its Western allies. On 7 April 1949 he put an end to resistance from the Quai d'Orsay and accepted the merger of the French occupation zone with the Anglo-Saxon Bizonia to form Trizonia and permit the emergence of the Federal Republic.

Nevertheless, he was convinced by the need for reconciliation between the two countries and the two peoples. Albeit divided and occupied, Germany and the German people continued to exist. France had to be concerned about its future and if possible, pursue a new policy in this area. Compared to his predecessor Georges Bidault, who had followed in the footsteps of Poincaré and de Gaulle, Schuman was anxious to show his differences: «*M. Bidault a fait une politique allemande, je fais une politique de l'Allemagne*». But what policy? In the spirit of this policy, it was necessary not to recommit the error of the Treaty of Versailles. It was necessary to associate the young Federal Republic with the economic reconstruction of Europe rather than humiliating it through the dismantling of factories and reparations. This re-foundation of bilateral relations between the two countries was to be accompanied by the integration of the Bonn Republic into the European institutions to be created and where it would have partners and obli-

¹⁷ POIDEVIN, Raymond, *Robert Schuman*, Paris, Ed. Beauchesne, 1988, p. 84.

gations. As Schuman did not have a plan or concrete programme to implement, he gave the impression of following an empirical and trial-and-error approach in the service of a wider goal: to put an end to the centuries' long conflict between the two nations.

Prudent and open, he was ready to embrace the ideas of others. Within a context rendered difficult by the question of the Saar Statute (a first meeting between Schuman and Adenauer in Bonn on 13-15 January 1950 produced disappointing and worrying results) and the pressure from Dean Acheson (a meeting of the Atlantic Council had been called in London for 10 May 1950 during which the Western allies were to discuss Germany), Robert Schuman received a proposal from Jean Monnet, the General Planning Commissioner, which he transmitted through the director of his private office, Bernard Clappier, a project for a «European Coal and Steel Community».¹⁸ On 1 May 1950, on his return from a weekend in Chazelles, he told the director of his private office who was waiting for him at the Gare de l'Est: «I've read the Monnet paper. And well, it's yes».¹⁹ He went on to review the benefits of a merging of coal and steel production and the emergence of a sense of common interest amongst the participants. Robert Schuman had decided to exploit the European factor in order to escape from the crisis.

Having learnt by the experience of the Council of Europe, which had only deliberative powers and demonstrated that governments were not prepared to surrender their prerogatives, Schuman decided to unveil his Plan to a very restricted number of persons. No more than nine people were informed of the character and the importance of the Plan between 3 and 9 May, the date on which the project was to be considered at the French cabinet meeting. Two cabinet ministers whom Schuman knew would be sympathetic, René Pleven and René Mayer, respectively the Defence and Justice Ministers, and the Secretary General of The Foreign Ministry, Alexandre Parodi; were brought into the loop. On the 7th of May, Schuman discussed the plan personally with the Secretary of State Dean Acheson and David Bruce, the French Ambassador in Paris, in order to explain to the American officials the real nature of the Plan: not a super-trust but a common market in coal and steel. The full text of the Declaration was delivered to Adenauer by hand on the 9th May during a German cabinet meeting: «I approve your proposal with all my heart» was the Chancellor's reply. Schuman did not expect the British government to be cooperative. He did not want them to know about the plan in advance. The secrecy surrounding the Declaration and the fact that in the latter stage Dean Acheson was complicit

¹⁸ ROTH, François, *Robert Schuman. Du Lorrain des frontières au Père de l'Europe*, Paris, Fayard, 2008, pp. 367-371.

¹⁹ Quoted in ROUSSEL, Eric, *Jean Monnet*, Paris, Fayard, 1996, p. 523.

in that secrecy, harmed the British belief in a special relationship and infuriated the Foreign Secretary Ernest Bevin. There was finally the matter of the French Prime Minister Georges Bidault who failed to give his attention to the project, which Monnet had originally sent to him as he was pre-occupied with a different type of plan for an Atlantic project at that time. At the 9th Cabinet meeting, the Plan was blandly adopted²⁰.

Swift action was needed for the French initiative, which quickly became a Franco-German initiative to retain its chances of becoming reality. On 20 June 1950, France convened an intergovernmental conference in Paris chaired by Jean Monnet, with hardly any reference to the foreign ministry. Schuman, apparently, had complete faith in him to manage the technical aspects of the negotiation. The three Benelux countries and Italy answered the call and were present at the negotiating table.

The initial euphoria of rapid political progress on the institutions of the projected Community gave way, between October 1950 and March 1951, to protracted and often ill-tempered bargaining over the reorganisation of the German basic industry. Monnet was determined to eliminate the link between coal and steel (the famous *Verbundwirtschaft*) as a precondition for any further progress. The *Konzerne* or steel trusts has to be dismantled as they had the potential to dictate market conditions. But German Ruhr Barons and German workers were united in their willing to preserve the *Deutscher Kohlenverkauf*, the single coal sales agency. The upsurge in demand created by the hostilities in Korea gave the Federal Government greater leverage to resist the idea of deconcentration.

If Robert Schuman made the initial offer of a new Community, the Americans made its realisation possible. Monnet had to invoke the help of the American High Commissioner John McCloy to negotiate directly with the Germans in order to break the deadlock. On 18 March 1951, Adenauer accepted the division of the old trusts into twenty-seven new companies. They would be permitted to cover 75 % of their coal needs from mines under their ownership. In addition, six sales agencies would replace the DKV. However, German industry demonstrated soon after that it could shrug off any treaty limitations. By 1957, eight new *Konzerne* had appeared to replace the giants of the past, accounting for 79 % of the steel produced in the Ruhr. Moreover, for coal a similar dynamic could be observed. By 1956, the six sales agencies demanded by the Western powers had been reduced to three.²¹

²⁰ MONNET, Jean, *Memoirs* London, W. Collins and Son Ltd, 1976, p. 323.

²¹ WARNER, Isabelle, *The deconcentration of the West German Steel Industry, 1949-55*, Ph.D, European University Institute, Florence, 1991, p. 404.

The importance of the Schuman Plan lay not in its attempt to shackle German heavy industry, a policy which miscarried completely, but rather in the realm of symbolism. A pilot scheme for international co-operation had been established. It appeared to confirm the belief that a supranational agency was workable.

How can we explain the success of the first venture in European integration. In a speech delivered in 2003 before the Academy of Moral and Political Science, Michel Albert explained it as resulting from the convergence of three factors: «a trend of ideas, the personal inspiration of the founding fathers, and the luck of the draw». The trend of ideas was certainly long-standing and up to then (except for the establishment of the Council of Europe, the utility of which could barely yet be appreciated) it had only given rise to unrealisable utopias and declarations of intent without any concrete scope. The personal inspiration of the founding fathers (Jean Monnet and Robert Schuman) was essential. They urgently built up a sectoral and concrete project which they knew would run up against vested interests. Finally, circumstances played a significant role in their success. Schuman had to make a proposal in order to move out of the rut in which relations between France and the Federal Republic on the one hand, and between France and her Anglo-Saxon allies on the other, were starting to become mired. It could also be argued that the indirect pressure from the USSR was a factor which played in favour of cohesion.²²

3. *The «Pilgrim of Europe»*

Between 1950 and 1954, a large number of ambitious European Communities were launched on the model of the ECSC, and failed: an agricultural Community (the Green Pool) a European Defence Community (EDC) and finally an overarching European Political Community the constitution of which was drawn up by an *ad hoc* assembly of the ECSC common assembly and of the Council of Europe under the chairmanship of Paul-Henri Spaak.

Schuman, however, had disappeared from the mainstream of this process by the end of 1952. On 23 December, with the fall of the Antoine Pinay's administration, Schuman's four and a half years at the Quai d'Orsay, the longest ministerial term of any Statesman of the Fourth Republic, came to an end. The opponents of the EDC, including senior personnel in the

²² ROTH, François, *Robert Schuman. Du Lorrain des frontières au Père de l'Europe*, Paris, Fayard, 2008, pp. 425-426.

Quai d'Orsay, yearned for another leader. This was the case for René Masigli, the ambassador to London, who opposed the EDC and was hostile to the «small Europe». At the Elysée, President Vincent Auriol no longer supported him. The anti-clericalism of Auriol was echoed by the denunciations of a «Vatican Europe» and bolstered his defiant stand on the issue of the cession of sovereignty²³. Schuman remained out of office from then until a brief term as Minister of Justice from February 1955 to February 1956.²⁴ Until May 1958, he remained at the heart of the political system, making numerous trips around France and Europe, and was kept up to date and consulted on various issues. In 1955, he took over from De Gasperi the presidency of the European Movement. The European theme was one of the issues favoured in his speeches. He defended the EDC Treaty without taking the lead. «This was not my brainchild», he recalled on several occasions. In his eyes, it offered a way of keeping under control the rearmament of Germany, of which he had long since been an opponent, by incorporating it into a European framework, but also of preventing the Federal Republic from becoming neutral, a prospect which the USSR dangled in front of the Europeans in order to bury the project. This was why he voted in favour of the creation of the Western European Union (WEU).

The return to power of de Gaulle in 1958 effectively marked the end of his political career, as the General possessed a marked hatred for the Lorrainer. In 1959, Schuman was elected to the honorary position of president of the European Parliamentary Assembly. He was re-elected to these functions twice until his ailing health made the parliamentarians unwilling to retain him in 1960. He died on 4 September 1963.

²³ In Novembre 1954, in the immediate aftermath of the rejection of the EDC treaty by the French Parliament, Schuman issued in the Church of St Odile, a strongest statement on the secularity of the European project: «The “Vatican Europe” is a myth. The Europe which we envisage is as profane in the ideas [...] as in the men who are establishing it. They take from the Holy See neither their inspiration nor their orders. Certainly, Christians have played [...] a considerable part, sometimes preponderant, in the creation of the European institutions. There is a sort of predisposition, a similarity of preoccupations which renders Christians open to European ideas. But never have they claimed any monopoly or conceived of any clericalist or theocratic conspiracy [...] Let the laïcist guardians of the Capitol reassure themselves: Europe is not a Trojan horse invented by the Church to accomplish some shadowy design», in SCHUMAN, Robert, *Le Catholicisme en face du problème de l'unification de l'Europe*, Paris, November 1954, Archives départementales de Moselle, 34J31; Quoted in FIMISTER, Alan Paul, *Robert Schuman...*, cit., p. 227.

²⁴ FIMISTER, Alan Paul, *Robert Schuman: Neo-Scholastic humanism and the Reunification of Europe*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2008, p. 218.

II. The «Permanency» of Robert Schuman in today's Europe?

It is first in the medium term and in the energy field that it is necessary to look back on the Schuman years. Energy had lain at the heart of European Integration from the beginning, with the ECSC and later the Euratom Treaty. The ECSC worked well for around a dozen years without achieving all of the results expected. It lost its *raison d'être* very quickly: within less than a generation, coal had ceased to be the «lifeblood of industry». Euratom was from the start an «empty shell». Subsequent treaties (the EEC treaty and successive amending treaties (e.g Single European Act, Maastricht, Amsterdam and Nice) did not provide the EU with an overarching legal basis for a common energy policy. The activities pursued by the EC/EU in this field were limited to measures to maintain stocks adopted in the aftermath of the oil crises in the 70s and to a series of liberalisation measures, creating the internal electricity and gas markets in the 90s. The inclusion of a new Energy title in the Lisbon Treaty has not fundamentally changed this picture: the final text of the Title on Energy is a carefully crafted compromise between national sovereignty over natural resources and energy taxation on the one hand and shared EU competence for other areas on the other²⁵.

Schuman said of the ECSC that it was «A step towards further steps». In effect, it was used as the «matrix for subsequent developments» (Michel Albert) that is for the new European institutions which were put in place within the framework of the Treaty of Rome. Leaving aside the ephemeral and the twists and turns of politics, we are left with the method, that of the small steps yet the long-term vision. This is why Robert Schuman remains a model and a reference. Christian values, Franco-German reconciliation by the merging of interests, world peace, practical achievements, real solidarity, European Federation: these are all keywords which were the embryonic form of both the spirit and the Community method. Do they still today retain their rallying potential?

1. *The formative power of Christianity on Europe's political culture is always reflected in the norms and values that form the common heritage of the democratic state and its society*

The European Union is not only an entity defined by reference to its economy, politics and legislation, but has always been aware of the fact that

²⁵ ANDOURA, Sami, HANCHER Leigh, VAN DER WOUDE, Marc, *Towards a European Energy Community : A Policy Proposal*, Notre Europe, Paris, 2010, pp. II-III.

it is a community sharing the same values. In the preamble of the Treaty on the European Coal and Steel Community from 18 April 1951, the ratifying states reiterated their commitment: «to substitute for age-old rivalries the merging of their essential interests; to create, by establishing an economic community, the basis for a broader and deeper community among peoples long divided by bloody conflicts; and to lay the foundations for institutions which will give direction to a destiny henceforth shared». Article 6 of the Treaty on European Union contains a strong commitment to basic political values, which constitutes the shared basis for the member states' individual constitutions: «The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights, and the rule of law». The catalogue of core values of the Lisbon Treaty adds the term «equality» and emphasises that «these values are common to the Member States in a society of pluralism and reciprocal independence of church and state, tolerance, justice and non-discrimination»²⁶. With the Lisbon Treaty, the dialogue with civil society and the churches has been given a constitutional mandate. The Treaty recognised that the Christian churches make valuable contributions to social understanding.

Nevertheless, the Christian Democratic Thomism that Robert Schuman imposed upon the European project sits uncomfortably with the present secular age. Although the supranational elements of the integration project have been the product of this intellectual movement, the purely secular forces behind integration no longer required these elements. The values of democracy, tolerance and solidarity which Christians defend are no longer exclusive to them, and nostalgia for a Christian Europe is increasingly being swept aside by the advance of Islam (16 millions Muslims already live in the Union) and the defence of secular traditions in certain countries, such as France (*laïcité*).²⁷ The controversial debate on a reference to God or to the Christian heritage in the preamble of the Lisbon Treaty clearly illustrated this «discrepancy». Despite the wishes of the Poles and Italians, there was no reference to God in the preamble and the abstract reference to religious tradition, emphatically followed by humanistic ideas, throws the significance of Christianity too much out of perspective and gives the impression that Europe's cultural memory is reduced to the Enlightenment and its Greek ancestry. The churches were not successful in imposing their claim that they should have been granted more prominent status in consideration of the fact that the European Union must be seen as a common spiritual and

²⁶ HUBER, Wolfgang (Bishop), «Christian belief and political culture in Europe» in *Asia Europe Journal*, 2, 2004, pp. 327-336.

²⁷ « Ces Chrétiens qui ont fait l'Europe... Il y a cinquante ans, Robert Schuman » in *La vie, Hors série N.º 10*.

cultural arena and that the face of Europe was partly defined through Christianity.²⁸

2. *The Franco-German engine of the Union has found its limits but remains indispensable*

The Franco-German success-story of the first three decades of the European construction —inextricably linked to the efficiency of the Monnet-Schuman method— has today been succeeded by a more complex panorama.

At the start of the 1960s, putting into perspective the special relations which he had established with Adenauer, (Elysée Treaty of 1963) de Gaulle presented himself as the man for Franco-German reconciliation, following in the footsteps and along the path opened up by Schuman. History would later also encounter other celebrated «couples: Giscard and Schmidt, Mitterrand and Kohl, Chirac and Schroeder. This Franco-German motor implemented numerous initiatives which permitted the European project to move up to the cusp of the twentieth Century: the election of the European Parliament by universal suffrage, the European Monetary System and European Monetary Union, and the European Defence and Security Policy.

In a recent conversation with journalists in Strasbourg, Pierre Lellouche, the French Secretary of state for European Affairs, spoke of French-German reconciliation after World War II as being «in some sense the Europe of yesterday»²⁹. Within a European Union of 27, does the idea of Franco-German leadership still make any sense? Is a Franco-German engine still possible, on the one hand due to the differences of opinion which arise between Paris and Berlin, and on the other hand due to opposition from the other Member States? There has been no lack of recent examples —whether in relation to the Iraq crisis or the appointment of the President of the Commission— which show that France and Germany cannot expect their partners to embrace their policies automatically. With German unification and the enlargement of the Union towards the former Easter Bloc, the priorities of the French and German governments have begun to differ: Germany has regained its natural area of influence in central and Eastern Europe and France remains focused on a Mediterranean area of influence.

²⁸ CONFRONTATIONS (Association of Christian Intellectuals) «*The Search for a Common Cultural Bases For the Construction of Europe*» White Paper, Luxembourg, European Commission, June 2003, pp. 31-40.

²⁹ Quoted in *International Herald Tribune*, John VINOCUR: «British hold a Chance for EU Change», 26th. April 2010.

When the French President launched his Union for the Mediterranean, the project was greeted by the German government with scepticism, or even irritation. And Paris responded with a certain indifference to the desire recently expressed by Berlin to structure Franco-German cooperation around the Weimar Triangle. In addition to these «geopolitical» challenges, French and German industrial interests frequently diverge, as it is inevitable between the two largest countries in the European Union. We can take two recent examples. The first relates to the space program. Behind the procedural quarrels in Brussels over the negotiation of the Galileo project in 2007, it was possible to identify aspects of Franco-German industrial rivalry and Germany's willingness to play a major role in European space programmes, provided that investments were made in Munich and Bremen rather than in Toulouse and Les Mureaux. The second example involved the policy to reduce carbon emissions in Europe. In 2008, different production structures (luxury cars and mid-range cars) resulted in a clash between French and German car industries, which were quick to suspect each other of trying to manipulate the new rules and sanctions in order to change the conditions of competition.³⁰ Today Franco-German relations have been put to the test by the financial crisis. Although Angela Merkel has shown herself to be intractable with regard to Greece and the «Club Med countries», France, speaking through Christine Lagarde, has accused Germany of harming cohesion within the Eurozone: in short, by controlling wages and continuing to export, Germany's success would have been won at the expense of its European neighbours.³¹

However, the two countries remain very keen to display the strength of the links which have woven them together since the Second World War. The European visions of France and Germany are the closest which may be found within the heart of the European Union, even though there are differences. A «Rheinland model» of the social market economy does exist: France and Germany embody and share it, in particular in the face of the model of Anglo-Saxon capitalism, as the economic crisis has recently illustrated. In addition to the fact that each of these two countries is the main trading partner of the other, there are structures for political and economic cooperation as well as joint Franco-German declarations. At the institutional level, there are regular summits between the President and the Chancellor (in particular the one-to-one «Blaesheim» meeting held before every European Council meeting) and between other members of the governments, and in particular the defence, finance and foreign ministers, as provided for

³⁰ DE MONTFERRAND, Bernard, «Union européenne: l'exemple de la relation franco-allemande», in *Mondes, Europe: les nouveaux horizons* n.º 2, hiver 2010, pp. 38-44.

³¹ *Le Monde*, 20th March 2010.

by the Elysée Treaty. In 2008, French ministers visited Germany fifty-two times —that is, almost twice every working week—. In addition, there are close links forged out of the process of Franco-German reconciliation and friendship which seek to bring the two peoples closer together. Here again, the intensity of Franco-German relations, with 2,200 twinned towns and cities, the Franco-German university and youth exchanges organised on a large scale through the Franco-German Youth Office —OFAJ— and the television network Arte represent an experiment for Europe. Any pan-European settlement depends on the assent of both France and Germany. Within this context, the accomplishments of Franco-German relationship during the past three years are impressive. It was a Franco-German effort that freed Europe from its institutional stalemate. Without the alliance between Germany's Presidency —which set the targets in 2007— and France's Presidency —which defined how these targets could be achieved in mid-2008— the European Union could never have played a decisive role in mobilising international opinion on climate policy which, despite the disappointing outcome of Copenhagen, gives a new dimension to the EU.³² After months of fractious debate prompted by the worst crisis in the history of the Euro, a rescue package for Greece emerged in March 2010 when France and Germany agreed to a plan combining cash from the International Monetary Fund with financing from the 16 countries that use the single currency.³³

3. *The construction of Europe has reinforced democratic stability and assured 60 years of uninterrupted peace*

The European Community derives its strength from common values of democracy and human rights. Democratic values are the cement of Europe and a powerful integrating element. The respect for these values conditions not only the application of any candidate state seeking to join the Union, but also the maintenance of its rights and prerogatives associated with its membership of the Union. In fact, the failure by a government to respect these values may result in sanctions imposed by the Council of the European Union, including in particular the suspension of the State's voting rights within the Council of Ministers.

European polity has effectively exercised a form of moral authority over national governments, obliging them to be more open and even to heed their national politicians. The examples of Spain, Portugal and Greece,

³² DE MONTFERRAND, Bernard, «Union européenne: l'exemple de la relation franco-allemande», in *Mondes, Europe: les nouveaux horizons*, n.º 2, hiver 2010, pp. 38-44.

³³ *New York Herald Tribune*, 26th March 2010.

show that Europe can strengthen the fundamental rights of citizens, even in countries with a totalitarian past³⁴. This was also demonstrated in 1974, during the Conference on Security and Cooperation in Europe and the Helsinki Accords, which established the legitimacy of human and minority rights in Europe and provided indirect support and inspiration to the political dissident movements in Poland and Czechoslovakia. After the collapse of the Berlin wall, the European Council meeting in Copenhagen on 22 June 1993 set out the conditions required for membership of the former Eastern bloc nations: national administrations must develop and modernise themselves in order to implement the rule of law, and to create a viable market economy.

Although it is based on an economic approach, the programme of an «Ever closer Union» may be considered essentially as a security mechanism. This point is summarised in the preamble to the Schuman Declaration:

World Peace cannot be safeguarded without the making of creative efforts proportionate to the dangers which threaten it. The contribution which an organized and living Europe can bring to civilization is indispensable to the maintenance of peaceful relations.

The project of a European Coal and Steel Community was concluded in order to make war between Germany and France materially impossible:

The pooling of coal and steel production [...] will change the destinies of those regions which have long been devoted to the manufacture of munitions of war, of which they have been the most constant victims. The solidarity in production thus established will make it plain that any war between France and Germany becomes merely unthinkable, but materially impossible.

Since 1950, the European Community has established itself in its role as peacemaker for the members of the Council of Europe. Europeans now settle their differences through peaceful means, applying the rule of law and seeking conciliation. But, in terms of international politics as a whole, the power and authority of Europe is not that great.

³⁴ When, in 1961, Madariaga launched his initiative: «Jornadas Españolas de estudio sobre Europa» with the backing of the Council of Europe and of the European Movement, they all looked to Schuman as their main external supporter in forming a «Schuman Committee». These «study days», which preceded the renowned Munich meeting which took place the following year, failed due to both the external action of the Franquist Government and divisions in the anti-Franquist movement itself; in CAVALLARO, María Elena, *Los Orígenes de la integración de España en Europa*, Madrid, Silex, 2009, pp. 180-182.

Does a shared European interest or a common vision about what the European interest is exist today? It was believed somewhat naively in the 1950s and the 1960s that there was a pre-existing or natural European general interest that simply needed to be revealed by adequate procedures. Today, this European general interest seems like something we must construct sector by sector and issue by issue (climate change, global governance, struggle against terrorism), in order to map out the specific European positions.

Despite the energetic coordination effort in Security and Defence affairs which the European Union has launched in recent years, the force of the United States hegemonic presence bears against this European weak point, whilst political will is far from being unanimous in this field. Not only are neutral Member States reluctant, but some of the European allies are afraid that promoting European defence could encourage an American disengagement from Europe. Muddying the issue for almost half a century was the negative experience of the European Defence Community (1954). The first half of 1990 was a particularly painful period, during which the lack of understanding of the Yugoslav conflict, together with the irresponsible policy differences between the EU Member States concerning the division of Yugoslavia contributed to the bloody consequences of the break up. Similarly, one could point to the absence of a common defence and policy plan on Iraq in 2004.

The United States and Europe have a different approach to world security. As Schuman, who was criticised in his time for having the tendency to avoid confrontation and to being reluctant to define his position according to the events, Europe has been, during the last decade, often identified by its effort to avoid resolving every problem by military force. These efforts have been based on the conviction that security can only be guaranteed and provided by respecting international law, providing education and through the active participation of civil society. We cannot underestimate the combined effects of World War II, of the process of decolonisation and the Cold War that have caused Europeans to look inwards. But a pacifist approach does not necessarily lead to peace and, indeed, it has often appeared as an encouragement to aggressors.

Are national leaders ready to give Europe the necessary means of power? During the ten years of its existence, the European Security and Defence Policy (ESDP) established in Helsinki in 1999 has recorded a number of successes on the ground, having led twenty-three peace-keeping operations in the Balkans, Africa, the Middle East, Asia and the Indian Ocean. Europe can be proud of its crisis management operations, but the reality is that most of the operations led by the European Union are relatively small and have a mainly civil dimension. Three quarters of the world's humani-

tarian aid comes from Europe, but the European Union has only conducted six military operations in around ten years (EUFOR in Bosnia Herzegovina, EULEX in Kosovo, EU NAFOR Atalanta against piracy in the Indian Ocean, etc.).

Shortcomings in European defence need to be examined frankly and boldly. Budgets are not up to the task: the combined budgets of the 27 Member States of the EU, whose total GDP is greater than that of the United States, amounts to barely half of Pentagon's budget. The disparity is even greater for the military capabilities: the European Union as a whole can muster barely 10% of American military power projection capabilities in external theatres. In practice, the shortcomings of European armed forces make them dependent on the United States in such key areas as intelligence, strategic transport, large-scale helicopter operations and suppression of Enemy Air defence. European armaments programmes (such as the German SAR-Lupe and French Helios reconnaissance satellites, or the transport aeroplane A400M) are also behind schedule. Moreover they disperse their resources by simultaneously developing three fighter plane programmes, six submarine programmes and around twenty armoured combat vehicle programmes. Today the lack of large-scale cooperation projects, which would be essential for the construction and maintenance of an industrial and technological base for European defence, is striking. The Permanent Structured Cooperation provided for in the Treaty of Lisbon is an important step forward. The idea is that those who wish to move forward more quickly in defence matters can do so. Coordination between the European Union and NATO remains inadequate, and yet coordination in operations in which the two organisations are working side by side is still far from ideal, despite the possibilities opened up by «Berlin plus» agreement. The current reform of NATO and its strategic Concept provides an opportunity for Europe to claim its rightful place within the Alliance. The European Union must prepare itself collectively to assume its responsibilities and an increasing share of the burden.³⁵

4. *Mutual interest and support*

The genius of the founders of Europe lay in creating an «interest in being together»: the pooling of French and German resources in order to re-launch coal and steel production, which had been destroyed by the war.

³⁵ LELLOUCHE, Pierre, «La défense européenne, un défi pour la nouvelle Europe», in *Mondes, Europe: les nouveaux horizons* n.º 2, Hiver 2010, pp. 5-8.

This was the first stage, which was followed by a second, the creation of the single market, and then a third, economic and monetary Union. Today it appears to be necessary to put people back into the centre of the large market dominated by free competition and the profit motive. In order to reconcile citizens, consumers and producers with the single market, three grand principles should guide the action of the Commission: intelligent oversight and effective regulation in order to free up growth, a market in the service of a project of a society defined in collective terms, and a market where financial activities are regulated in order that they may no longer put the European economy at risk.

Mutual support between Member States and within their individual groups is in fact one of the stated and obvious purposes of the European project. The opening up of Iberian isolated economies, and later of communist Eastern and Central Europe, could not have occurred without a firm intention to reduce the gap in their economic and social circumstances. Through its decision to earmark a considerable part of the European budget to pre-membership and membership assistance for Eastern and Central Europe countries —80 Euros billion— the Berlin European Council of 25 March 1999 gave tangible expression to this need for solidarity. This was a vital investment in stability across the continent and the future of its reunification.³⁶ However today, there are doubts about the European leaders' handling of the Greek financial crisis. Former Belgian Foreign minister Guy Verhofstadt accused Angela Merkel of betraying the European idea by abandoning the principle of solidarity. Mrs Merkel's insistence that Greece pay a severe long term price and that the German Parliament must approve any bail out, has given the markets both reason and room to run up the price of Greek debt to unsustainable levels and fuelled the doubts of rating agencies over Spanish and Portuguese solvency.³⁷

Moves are already afoot to take common policies of solidarity further in the social, regional and environmental fields. Will Europe be capable of re-inventing a dialogue between the economic and social spheres? In order to ensure that numerous workers no longer perceive the single market as one of the factors responsible for the loss of their jobs, large-scale integration still has to be carried out, especially in fiscal matters and in particular regarding company taxation.³⁸

³⁶ FONTAINE, Pascal, *A New Idea for Europe. The Schuman Declaration: 1950-2000*, Luxembourg, European Commission, 2002, p. 26.

³⁷ *International Herald Tribune*, 30th April 2010.

³⁸ BARNIER, Michel, «The Internal market must serve a society based project», in Fondation Robert Schuman, *European Issues n.165* 5th April 2010.pp. 1-3.

5. *The «political federation» which Schuman called for today appears to have been abandoned*

Not only, as Schuman foresaw, Europe is not and will not become a superpower or a super-state, but we are today witnessing a resurgence of inter-governmentalism. The role of the Commission is often called into question in a more or less veiled fashion, and the heterogeneity of national preferences means that the balance of power within the Council is more uncertain. Little by little, we have arrived at a Union «à la carte», with a proliferation of the exceptions granted on the back of the whims of the Member States. Taking advantage of their opt-out, the United Kingdom, Denmark and Sweden have not wanted the Euro, whilst benefiting from the advantages of a large market. The United Kingdom, Ireland, Poland and the Czech Republic have not wanted the Schengen Agreement or the Charter of Fundamental Rights, symbols of this European model. France and Germany bear a large part of the responsibility for the abandonment of the stability pact which they themselves had contributed to establishing. Despite the lessons of the Greek crisis, the economic governance of the Euro is still not organised. The elaboration of common positions in the area of foreign policy has become a permanent headache, to the point that the American government is completely disorientated and has trouble distinguishing between its partners in the transatlantic relationship. Little by little, the unity of Europe is becoming clouded over by national perspectives which end up harming everyone.

Conclusion

René Raymond evaluated the historic declaration of 9 May 1950 in the following terms: «an initiative of incredible and unprecedented audacity». To guarantee peace and prosperity across the continent: was this not the *raison d'être* of the European project sixty years ago, when Europe was emerging blood-stained from the destruction of the Second World War? Today's challenges may be different in nature, but the hopes of individual people remain the same: to be protected and to live in a stable and prosperous world based on solidarity. Today as in 1950, when faced with these challenges, Europe must be imaginative. The economic and financial crisis, which gradually transformed itself into a geopolitical crisis, has unmasked the true face of globalisation: multi-polar competition between large continental groupings. It requires that Europe be counted and speak with a single voice with the United States and China, but also Russia and the emerging countries India and Brazil, which offer robust competition. In order to

survive politically, geopolitically and economically on the world stage, it is necessary for the European Union to evolve towards a union of sovereign states with a form of governance of the decentralised federalist type, well defined borders and a collective consciousness. Today, faced with gaping deficits, the notions of economic governance and financial solidarity are back on the agenda. They may be excellent initiatives, but the retreat of the federalist idea in favour of intergovernmentalism over the last ten years hardly makes this kind of development probable over the short term. Recent events have shown that solidarity between states is too fragile when one of them is under attack, jeopardising the entire Community edifice. Since 1950, France and Germany have often been the driving force behind European politics. Not that Europe can be summed up in this partnership, I should like to be clear, but it nevertheless provides its engine room so to speak —45 % of total Union GDP—. Without this partnership, Europe would be at a standstill. With it, we can move forward.

Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma

José Antonio Pastor Ridruejo

Profesor emérito de Derecho Internacional en la Universidad Complutense

Sumario: I. El significado último de la adhesión: el reforzamiento de la seguridad jurídica para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.—II. ¿Pero es realmente necesaria la adhesión?—III. Posición principal del Tribunal de Justicia de la Unión y posición subsidiaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—IV. El ensamblaje entre los dos Tribunales.—V. La cuestión de los instrumentos a los que debe adherirse la Unión.—VI. Cuestión previa a resolver: la reforma eficaz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumen: Como es conocido, el nivel de seguridad jurídica en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales por la Unión Europea era hasta ahora más bien deficiente, puesto que no existía en ella un instrumento jurídicamente obligatorio. Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la *Carta de derechos fundamentales* —proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento de la Unión Europea, el Consejo y la Comisión— se ha convertido en un instrumento jurídicamente obligatorio. Además el Tratado de Lisboa impone a la Unión Europea la obligación de adherirse a la Convención de Roma de 1950 sobre derechos humanos y libertades fundamentales. Una vez realizada la adhesión, la Unión dispondrá de dos instrumentos y de dos jurisdicciones internacionales para velar por el respeto de los derechos humanos: el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo. El control será sobre las instituciones de la Unión y sobre los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Esto significa que la seguridad jurídica en el tema quedará reforzada. En el artículo se examinan algunos de los principales problemas institucionales originados por la mencionada adhesión.

Palabras clave: Tratado de Lisboa, Derechos Fundamentales en la UE, Convenio Europeo.

Abstract: *As it is well known, the European Union standards of legal security regarding Human Rights and Fundamental Freedoms was, up to now, rather deficient, since an instrument legally binding did not exist. After the entry into force of the Lisbon Treaty on the first of December 2009, the Charter of Human Rights —proclaimed in Niza on December 2000 by the UE Parliament, Council and Commission— became a legally binding instrument. Furthermore, the Lisbon Treaty imposes on the European Union the obligation to accede to the 1950 Roma Con-*

vention of Human Rights and Fundamental Freedoms. Once the accession is completed, the Union will have two instruments and two international jurisdictions to ensure respect of Human Rights: the Court of Luxembourg and the Court of Strasbourg. The control is on the Union Institutions and on Member States when they apply the Union Law. That means that the legal security on the matter has been reinforced. In the article, some of the main institutional problems brought about by the said accession are examined.

Keywords: *Treaty of Lisbon, Fundamental Rights in the EU, European Convention.*

I. El significado último de la adhesión: el reforzamiento de la seguridad jurídica para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea

Nadie ignora que el funcionamiento de la Unión Europea está sometido a los patrones de la *rule of law*, imperio de la ley o Estado de Derecho, como se da a entender muy claramente en el artículo 2.º del Tratado de la Unión Europea. Sometimiento que sería palabra vana si los tratados no instituyesen un control jurisdiccional del respeto de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en el marco de la Unión. Pues bien, si en este punto la normativa de las antiguas comunidades adolecía de un cierto déficit de seguridad jurídica, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, creador de la Unión Europea como persona jurídica internacional, ha llenado y superado con creces el déficit en cuestión.

Señalo en este orden de ideas que el *leitmotiv* del presente artículo podría ser el siguiente: el largo peregrinaje de la Unión Europea hacia la seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales. Porque sí, efectivamente, hasta el año 1970, el Tribunal de Justicia se inhibía a la hora de asegurar esa protección, a partir de esa fecha la alta jurisdicción de Luxemburgo inicia un giro jurisprudencial —sentencias *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold*— que condujo a la fijación de unos criterios al respecto. Criterios o parámetros que, como es bien sabido, el Tratado de Maastricht de 1992 —el llamado Tratado de la Unión— confirmó que eran los constituidos por los principios generales del Derecho Comunitario, tal como se integra por los principios generales de los ordenamientos de los Estados miembros y por los que se inspiran los instrumentos internacionales en que son partes los referidos Estados, particularmente por la Convención Europea sobre salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950.

Sin embargo, pese al progreso indudable que comportaba la aplicación del citado parámetro normativo, el sentimiento imperante —justo por lo demás— era que las Comunidades no habían alcanzado el nivel necesario de seguridad jurídica en un punto tan importante y sensible como la protección de los derechos fundamentales. Déficit que alcanzaba no solo a la lista de derechos y libertades a proteger, sino también a su definición, y a su alcance preciso. Se hablaba con razón de una protección pretoriana.

Pues bien, para llenar este déficit de seguridad jurídica se abrían dos vías de solución. Una era la adhesión a la Convención de Roma de 1950, la adoptada en el marco del Consejo de Europa; la otra vía consistía en la formulación de un instrumento autónomo, propio y exclusivo de las Comunidades. Una y otra vía fueron intentadas en su momento.

Así, por lo que respecta a la primera vía —la adhesión—, es bien sabido que ya en abril de 1979, la Comisión plantea al Consejo la cuestión, y que solo en el mes de marzo de 1994 se solicita formalmente al Tribunal una opinión consultiva al respecto. La opinión se emite el 28 de marzo de 1996 y en ella se señala la envergadura constitucional de la adhesión y la consiguiente necesidad de modificar los tratados, el Derecho Primario. Ha habido que esperar a la entrada en vigor, el 1.º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa para que la Unión Europea, dotada ya de personalidad jurídica internacional, se vea no solo habilitada sino también obligada a adherirse a la Convención de Roma, lo que conlleva la importante consecuencia de aceptación de la jurisdicción del Tribunal Europeo de derechos humanos.

En cuanto a la segunda vía —la formulación de un instrumento exclusivamente comunitario— hay que decir que llega a su fin en la reunión del Consejo europeo celebrada en Niza en diciembre del año 2000. Se trata de la *proclamación* —que no la adopción— por la Comisión, Consejo y Parlamento de la Carta de derechos fundamentales. Pero no estábamos ante un instrumento destinado entonces a desplegar efectos jurídicos vinculantes, sino ante un simple texto de carácter moral y político, aunque de una importancia en modo alguno desdeñable, toda vez que era invocado por los abogados generales, aplicado por los tribunales nacionales y, en alguna ocasión, por el Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea. Hoy se ha acrecentado esta importancia, porque después de su incorporación por referencia al Tratado de Lisboa, la Carta de Niza es un instrumento jurídicamente obligatorio que, como tal ha de ser aplicado por los tribunales nacionales y los de la Unión Europea.

Así, pues, tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del tantas veces citado Tratado de Lisboa y cuando sea efectiva la adhesión, la Unión Europea poseerá dos instrumentos jurídicamente vinculantes para la protección de los derechos fundamentales. Y contará además con dos jurisdicciones internacionales para velar por el respeto de esos derechos. Está claro,

por tanto, que la Unión ha dado en este terreno un paso de gigante, toda vez que de una seguridad jurídica precaria e insuficiente ha pasado a una seguridad jurídica no solo completa sino reforzada. Los ciudadanos de la Unión podemos felicitarnos, pues, de que el largo peregrinaje que inició en 1970 el Tribunal de Justicia haya podido alcanzar en 2009 la mejor de las metas imaginables.

En cualquier caso, es importante señalar que, como se dice en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la adhesión no comporta extensión de las competencias de la Unión Europea, y que esta carece de competencia general en materia de derechos humanos.

II. ¿Pero es realmente necesaria la adhesión?

Algunos sectores de opinión se han preguntado si, atribuido valor jurídico vinculante a la Carta de Niza, era realmente necesaria la adhesión a la Convención de Roma. Esta pregunta se formuló asimismo por un miembro del Parlamento Europeo en la audiencia celebrada sobre el tema el día 18 de marzo de 2010. La respuesta es que, en rigor, la mencionada adhesión no es imprescindible, aunque con todo presenta un *plus* o al menos tres ventajas añadidas y, por supuesto, emparentadas. La primera sería la eliminación de las discrepancias jurisprudenciales mediante la creación de un acervo jurisprudencial común a los dos sistemas, el de la Unión Europea y el del Consejo de Europa y, en definitiva, la consolidación progresiva de un orden público europeo. Otra ventaja consistiría en el aumento de garantías para el ciudadano frente a las instituciones de la Unión, en la medida en que, como hemos dicho, queda reforzada la seguridad jurídica. Puede afirmarse en fin que, al menos entre los ciudadanos de la Unión y los de los Estados miembros del Consejo de Europa, la adhesión va a suponer el disfrute del mismo nivel de protección.

Llegados a este punto, y dejando bien sentado que la adhesión no puede ser pura y simple, sino articulada en un acuerdo como exige el Protocolo adicional octavo al Tratado de Lisboa, entiendo que pueden ser útiles algunas reflexiones —selectivas, en modo alguno exhaustivas— acerca del ensamblaje institucional y procesal entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (al que llamaré en adelante Tribunal de Luxemburgo) y el Tribunal europeo de derechos humanos (al que denominaré Tribunal de Estrasburgo). Para el examen de estas cuestiones, me voy a servir de los puntos de vista expresados por un grupo de expertos en la audiencia del Parlamento Europeo de 18 de marzo de 2010 —en la que tuve el honor de participar y dar a conocer mi propia opinión—. Me apoyaré asimismo en el informe y propuesta de resolución presentados por el parlamentario español Ramón Jáuregui el día 6 de mayo de 2010.

III. Posición principal del Tribunal de Justicia de la Unión y posición subsidiaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Un primer punto del referido ensamblaje es el de saber cuál de las dos citadas —si la de Luxemburgo o la de Estrasburgo— será la jurisdicción principal y cuál la subsidiaria. O lo que es lo mismo, a cuál de ellas habrá de recurrir previamente la persona que se considere víctima de una violación de sus derechos fundamentales imputable a una institución de la Unión o a un Estado en aplicación del Derecho de la Unión. La respuesta no ofrece dudas. Se deberá presentar en primer término la demanda ante el Tribunal de Luxemburgo, el de la Unión, y agotados sin éxito los recursos ante esta jurisdicción, quedará expedita la vía para recurrir al Tribunal de Estrasburgo, el del Consejo de Europa. Y esta afirmación resulta claramente de la aplicación de un gran principio del Derecho Internacional de los derechos humanos, el de su subsidiariedad: o lo que es lo mismo, el principio que proclama el carácter principal de los remedios nacionales y la naturaleza subsidiaria de los mecanismos internacionales. De ahí la regla (art. 35 de la Convención de Roma) que impone la necesidad de agotar los recursos internos para que se declare admisible una demanda. Así las cosas, puesto que a las instituciones de la Unión se les ha transferido el ejercicio de determinadas competencias de los Estados, se les ha transferido también y al mismo tiempo el carácter principal del ejercicio de estas competencias. Esto es, el Tribunal de Luxemburgo ocupará respecto al Tribunal de Estrasburgo una posición análoga a la que tienen los tribunales supremos de los Estados miembros. Estas ideas se recogen perfectamente en la propuesta de Ramón Jáuregui al Parlamento Europeo.

En cuanto al agotamiento de los recursos internos, hay que decir que de acuerdo con el art. 13 de la Convención de Roma, la Unión estará obligada a disponer de un sistema de recursos eficaces para reparar las violaciones de la Convención que le sean imputables. Cabe pensar que el recurso de indemnización o por responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 268 del Tratado de Funcionamiento de la Unión satisfará cabalmente este deber, aunque la última palabra sobre este punto la tendrá, caso por caso, el Tribunal de Estrasburgo.

En el contexto del agotamiento de los recursos internos, se suscitó una interesante cuestión en la mencionada audiencia ante el Parlamento Europeo de 18 de marzo de 2010. Si, por ejemplo, una jurisdicción nacional deja de plantear indebidamente la consulta prejudicial prevista en los artículos 267 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, impidiendo que el Tribunal de la Unión tenga oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto ¿podrían considerarse agotados por el Tribunal de Estrasburgo los recursos internos?, ¿Podría este último Tribunal hacer él

mismo la pregunta al Tribunal de la Unión para que pronuncie su sentencia? La respuesta que se da a esta cuestión en el informe de Ramón Jáuregui responde a las más elementales exigencias del sentido común: si el juez nacional no procede a efectuar la consulta prejudicial pedida por una parte en el proceso, habrá que entender que se han agotado los recursos internos.

IV. El ensamblaje entre los dos Tribunales

Tema relevante a considerar en la cuestión del ensamblaje entre las dos jurisdicciones es el de la participación de un juez «nacional» a título de la Unión («nacional» entre comillas) en las distintas formaciones del Tribunal de Estrasburgo. Y es que desde el mismo modo que en la sustanciación de las demandas contra un Estados parte en la Convención de Roma ha de tomar parte el juez nombrado a título de ese Estado (art. 7, p. 2.º), en el examen de las demandas contra alguna institución de la Unión deberá participar un juez elegido a título de la referida Unión, que es quien, desde la más absoluta independencia e imparcialidad, podrá ilustrar a sus compañeros de formación acerca de las particularidades del Derecho de la Unión que sean pertinentes para el caso. Y está claro que no debe tratarse de un juez *ad hoc* —esto es, para el asunto a resolver—, sino de un magistrado permanente y con obligación de dedicación *full time*, y ello sobre todo con la finalidad de que conozca bien y desde dentro del Tribunal la manera como se resuelven las demandas contra Estados y tenga por consiguiente los necesarios elementos de juicio y comparación. Esto significa que el juez elegido a título de la Unión debe de estar en pie de igualdad con el resto de los jueces —los elegidos a título de los Estados—. Es obvio por lo demás que la Unión tendrá derecho a presentar una terna de candidatos propios para que, después de los trámites pertinentes, la Asamblea Parlamentaria elija a uno de ellos como juez a título de la Unión. Estas ideas se recogen debidamente en la propuesta de Ramón Jáuregui al Parlamento Europeo.

Continuando con el examen de los supuestos en que la Unión participará como parte demandada en procedimientos ante el Tribunal de Estrasburgo, recuerdo que las sentencias definitivas de esta jurisdicción deben ser puestas en conocimiento del Comité de Ministros (del Consejo de Europa) a fin de que vele por su ejecución (art. 46, párrafo 2.º de la Convención de Roma). Como se sabe, ese Comité es el órgano intergubernamental supremo, y en su funcionamiento cotidiano está integrado por los embajadores de los Estados miembros ante el Consejo de Europa, que actúan como sustitutos de los ministros. Por supuesto que cuando se trate de velar por la ejecución de las sentencias que concluyan en una violación de un derecho

fundamental por una institución de la Unión, deberá estar presente con facultad de voto el representante de esta organización. Y pongo énfasis en la idea de que este representante deberá participar también en las reuniones del Consejo en que se examinen a efectos de ejecución las sentencias dictadas contra Estados miembros. Tal previsión tiene la finalidad de suministrar al representante de la Unión el mayor número posible de elementos de juicio al respecto. Pero lo que no cabe pensar de ninguna de las maneras es que la presencia de un delegado de la Unión a los efectos señalados en el Comité de Ministros convierta a la Unión en miembro del Consejo de Europa. También lo esencial de estas ideas aparece recogido en la propuesta de resolución del parlamentario español Ramón Jáuregui.

Señalo por lo demás en este apartado que varios expertos estimaron que con relación a las instituciones de la Unión, habría que exceptuar la aplicación del artículo 33 de la Convención de Roma. Si este artículo autoriza las demandas interestatales por incumplimiento de la Convención, entendieron esos expertos, a mi juicio con razón, que la presentación de demandas de este tipo en el marco de la adhesión distorsionaría el sistema judicial de la Unión, toda vez que se superpondría al ejercicio de recursos ya previstos en el Tratado de la Unión Europea, donde es más adecuado que sean sustanciados.

V. La cuestión de los instrumentos a los que debe adherirse la Unión

Cuestión de interés es asimismo la de saber a qué instrumentos ha de adherirse la Unión, si únicamente a la Convención principal (por supuesto la enmendada por los Protocolos 11 y 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010) o si también a algún Protocolo adicional de aceptación facultativa, que son los protocolos que enuncian derechos. Partiendo del supuesto de que, en rigor y según los términos del artículo 6 del Tratado de Lisboa, la Unión no está obligada a adherirse a estos últimos instrumentos, considero que sí debería participar en los Protocolos número 1, 4, 7 y 12. En estos instrumentos, efectivamente, se enuncian derechos importantes (propiedad, instrucción, elecciones libres, prohibición de prisión por deudas, prohibición de expulsión de nacionales, prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, segunda instancia en materia penal, garantías procesales en la expulsión de extranjeros, indemnización por error judicial, principio *ne bis in idem*, igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges y no discriminación) cuyo respeto por la Unión tiene en ciertos casos especial interés para los ciudadanos. En el informe de Ramón Jáuregui se recomienda la adhesión de la Unión a los Protocolos facultativos números 1, 4, 6, 7, 12 y 13.

En cualquier caso, como se subrayó por algunos expertos en la reunión del Parlamento Europeo el pasado 18 de marzo, es del mayor interés que la Unión Europea se adhiera en el futuro a otros instrumentos del Consejo de Europa, muy especialmente a la Carta Social Europea o Carta de Turín tal como fue enmendada en 1996 y que, como la Carta de Niza, se ocupa de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta adhesión requeriría una habilitación expresa a la Unión Europea, y no dejaría de plantear complejos problemas técnicos dada la naturaleza intergubernamental de los mecanismos de protección que insta la Carta de Turín.

En fin, está por ver si la adhesión se va a plasmar en un acuerdo independiente o en un nuevo protocolo de enmienda a la Convención. Por supuesto que ambas soluciones son posibles. En cualquier caso, la adhesión se demoró a una fecha posterior al 1 de junio de 2010, que era la prevista para la entrada en vigor del Protocolo 14 y de la correspondiente versión enmendada de la Convención. La lógica de esta idea es que este texto enmendado prevé la participación de la Unión Europea. Entiendo además que convendría evitar en la medida de lo posible la siempre fastidiosa pluralidad de instrumentos, por lo que una vía especialmente adecuada sería la de integrar los términos y condiciones de la adhesión en un texto único, de carácter consolidado, que es el que sería objeto de la adhesión de la Unión Europea.

VI. Cuestión previa a resolver: la reforma eficaz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Hechas las anteriores reflexiones —insisto, muy selectivas— me refiero ahora a un tema de gran interés para el futuro del Tribunal Europeo y también, por consiguiente, para la mayor efectividad de los fines que busca la adhesión y muy especialmente para alcanzar la seguridad jurídica reforzada que se supone imperará tras la participación de la Unión en la Convención de Roma. Se trata de los problemas, ciertamente graves, con que se enfrenta en la actualidad el sistema de esta última Convención como consecuencia de la apabullante avalancha de demandas que llegan al Tribunal, hasta el punto de hacer urgente e imperiosa su reforma. El propio Tribunal de Estrasburgo entendió sin ambages en su informe anual de 2009 que su situación era crítica. Es lo cierto que al 31 de diciembre de ese año era de 119.298 el número de demandas pendientes de tratamiento ante una formación judicial. Por más que la aplicación del protocolo 14 —que entró en vigor el 1 de junio— haya sido concebida para mejorar la productividad del Tribunal, no cabe olvidar que esta mejora va a ser del todo insuficiente: solo entre el 20 y el 25 % del número de casos en estimación del propio Tribunal. Y es que lo que hace fundamentalmente el repetido Protocolo 14 es re-

partir el mismo número de demandas entre el mismo número de jueces, con la previsión, sí, de alguna reducción del número de estos en determinadas formaciones, pero con el riesgo anejo del recorte de garantías.

De estos efectos limitados de la aplicación del Protocolo 14 han tomado conciencia los Estados partes en la Convención y también el propio Tribunal —me refiero a su presidente, a jueces, y a miembros de la Secretaría—, hasta el punto de que muy recientemente, en los días 18 y 19 del mes de febrero de 2010, se celebró en Interlaken una conferencia interministerial para tratar el futuro del sistema. De la reunión salió un interesante plan de acción, del que hay que esperar que produzca los frutos deseados. Pero no hay que hacerse demasiadas ilusiones. Estos frutos no se van a dar de la noche a la mañana.

En fin, si me he permitido tratar con alguna extensión el tema de una reforma eficaz del Tribunal Europeo, es por dos razones. La primera consiste en la necesidad de evitar que la aceptación de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo se convierta para la Unión en una fuente de problemas, en la medida en que se sustancien las demandas contra sus instituciones con retrasos o dilaciones excesivas. La segunda razón es de orden más general, toda vez que sin una reforma eficaz del Tribunal Europeo de derechos humanos va a tardar en llegar a la Unión la seguridad jurídica reforzada y el resto de las ventajas añadidas que se supone acarrea la adhesión. Es imperioso por tanto que la Unión asuma e interiorice la crítica situación del Tribunal de Estrasburgo y que contribuya activamente al proceso de su reforma iniciado en Interlaken en febrero de 2010. De hecho, en el informe y propuesta de Ramón Jáuregui de 6 de mayo de 2010 se deja constancia de los «problemas extremadamente graves» con los que se enfrenta el Tribunal de Estrasburgo y se señala la importancia del proceso de reforma iniciado en Interlaken. Reforma, es preciso decirlo, cuyo éxito radica esencialmente en la voluntad política y en la generosidad de los Estados miembros del Consejo de Europa y también de la propia Unión Europea.

Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular.

Diez años de política europea de readmisión a debate

Nuria Arenas Hidalgo

Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva

Sumario: Introducción. La política europea de readmisión al servicio de la lucha contra la inmigración irregular.—I. Orígenes de la política de readmisión y base jurídica de la competencia comunitaria. 1. De las «cláusulas de readmisión» a los acuerdos comunitarios de readmisión. 2. ¿Una competencia exclusiva o concurrente?—II. Contenido básico de los Acuerdos de Readmisión. 1. Criterio de selección de los terceros Estados e «incentivos» a la firma de los acuerdos puestos a su disposición. 2. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión.—III. La política de readmisión comunitaria y las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular, el derecho de asilo.—Epílogo. Más allá de la readmisión. La importancia de vigilar la reintegración de los retornados.

Resumen: Este estudio analiza la actual política europea de readmisión, en especial, los acuerdos comunitarios de readmisión de inmigrantes en situación irregular, concluidos por la Unión y terceros Estados con objeto de facilitar la readmisión de nacionales que han sido hallados residiendo en situación irregular, así como nacionales de terceros Estados en tránsito. Se analizarán los orígenes de esta política, así como el contenido básico de los once acuerdos concluidos hasta la fecha y, en especial, la compatibilidad entre las obligaciones que derivan de estos acuerdos y aquellas relacionadas con los derechos humanos, principalmente, el derecho de asilo.

Palabras clave: Política europea de readmisión, inmigración irregular, política migratoria comunitaria, política de retorno, acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular, derechos humanos, derecho de asilo.

Abstract: *This study analyses the current European Readmission Policy, in particular, readmission agreements of irregular migrants signed by the Union and third states in order to facilitate the readmission of nationals who were apprehended while residing irregularly within the territory of a foreign state, but also third country nationals who transited through their soil. It will be explain the origin and content of the eleven conventions adopted and the compatibility between these agreements and the international and European human rights obligations, mainly, the right to asylum.*

Keywords: *European Readmission Policy, irregular migration, return policy, European migration policy, readmission agreements of irregular migrants, human rights, right to asylum.*

Introducción. La política europea de readmisión al servicio de la lucha contra la inmigración irregular

Hoy en día es posible identificar la inmigración como uno de los hitos de la construcción europea, pues se trata de uno de los hechos cuya regulación, en el marco comunitario, ha obtenido una evolución más exponencial. En este periodo de tiempo, hemos pasado de unos Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que no mencionaban, en absoluto, la inmigración, al actual Tratado de Lisboa que dispone, en el art. 79 TFUE, el desarrollo de una «política común de inmigración», considerada como una de las prioridades de la agenda europea¹. Esta evolución tiene mayor mérito si cabe, si tenemos en cuenta que la política migratoria se ha considerado una materia esencialmente vinculada a la soberanía estatal, de ahí la resistencia de los Estados a ceder competencias en este terreno. Tras la comunitarización de esta área llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, gran parte de los esfuerzos se han cifrado en la lucha contra la inmigración irregular —uno de los principales motivos de preocupación de los ciudadanos— y, en especial, en la armonización de las normas nacionales en materia de retorno.

La política de retorno europea, y más específicamente los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular, forman parte del llamado planteamiento global para prevenir y controlar la inmigración irregular, en el marco de las relaciones exteriores de la Unión Europea. Es tal la importancia que ha adquirido el retorno de los nacionales de terceros países que han dejado de tener derecho a permanecer en territorio comunitario que la propia credibilidad e integridad de la política migratoria común se hace depender de la eficacia de la política de retorno y, *por ende*, de su principal instrumento técnico, los acuerdos de readmisión con Estados de origen y tránsito de los inmigrantes².

No ha de sorprender el consenso europeo en la virtualidad de esta medida, pues todos los Estados miembros se enfrentan a los mismos problemas a la hora de proceder a la devolución de los inmigrantes en situación irregular: dificultades para identificar a la persona y, en particular, su nacionalidad, pues a menudo se destruyen los documentos de identidad con objeto de

¹ Art. 79 TFUE: «La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

² «La premisa es que es necesaria una política de retorno para salvaguardar la integridad de los sistemas legales y humanitarios de admisión». *Libro Verde relativo a una política de retorno de residentes ilegales*. COM (2002) 175 final, para. 1 (en adelante, Libro Verde sobre Retorno).

evitar o retrasar el retorno, así como los obstáculos en la cooperación con los terceros países que suelen negar que la persona en cuestión posea su nacionalidad o bien no proporcionan los documentos necesarios para proceder a su retorno u objetan las modalidades del mismo. Estrechamente relacionado con la readmisión está el problema del tránsito. Efectivamente, las dificultades son aún mayores si lo que se pretende es la readmisión a un país de tránsito, cuando el extranjero inmigrante que se encuentra en situación ilegal en el territorio del Estado miembro no ha llegado al mismo directamente desde su país de origen sino a través del territorio de otros Estados. A la vista de que los acuerdos de readmisión son convenios internacionales que disponen la obligación de aceptar el retorno de nacionales de terceros Estados, imposición que no puede deducirse del Derecho internacional general, es comprensible que la obtención del mayor número posible de acuerdos de readmisión con países de origen y tránsito se haya convertido en una de las prioridades de las relaciones exteriores de la Unión.

Tras el reconocimiento de la competencia comunitaria para concluir acuerdos de readmisión por el Tratado de Ámsterdam (art. 63.3.b TCE) y su posterior confirmación en los sucesivos Consejos Europeos y Programas Plurianuales que fijan las prioridades en materia de libertad, seguridad y justicia, la Unión ha tratado de reforzar la cooperación con los países de origen y tránsito de los inmigrantes irregulares, a lo largo de la última década, con los acuerdos de readmisión como instrumento estrella³. Así,

³ El artículo 63.3.b) del TCE disponía: «El Consejo (...) adoptará (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: b) La inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales».

Recién entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam, el Consejo Europeo de Tampere aprueba el primer programa plurianual (1999-2004) en el que invita al Consejo a celebrar acuerdos de readmisión con países de origen y tránsito de inmigrantes, al tiempo que hace un llamamiento a desarrollar la asistencia a estos países con objeto de hacerles más llevadero el cumplimiento de sus obligaciones en materia de readmisión (paras. 26 y 27).

El Programa de La Haya (2004-2009) vuelve a insistir en la necesidad de agilizar la conclusión de los acuerdos de readmisión (para lo que nombra un Representante Especial de la Comisión para la Política Común de Readmisión) y la cooperación con terceros países en este sentido y desde un planteamiento equilibrado en la gestión de la migración que se ocupe tanto de la migración legal como de la ilegal. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, DO C 53, 3.3.2005 (p. 6).

El último programa plurianual adoptado en el Consejo Europeo de Estocolmo ya no dispone tanto la celebración de nuevos acuerdos como la garantía de aplicación de los vigentes, así como la necesidad de intensificar la cooperación de con los países de origen y tránsito dentro del marco del Enfoque Global de la Migración y en sintonía con el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo. *El Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que protege al ciudadano*, DO C 115, 4.5.2010 (para. 6.1.6).

en septiembre de 2000, el Consejo dispone el primer mandato a la Comisión con objeto de negociar acuerdos de readmisión⁴. Desde entonces, ha recibido dieciséis mandatos, respecto de los cuales se han concluido once acuerdos de readmisión con los siguientes países o entidades: Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania, Rusia, Ucrania, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Macedonia, Serbia y Moldova⁵. El resto de Estados (Marruecos, Argelia, China, Pakistán o Turquía) al tratarse de complicados países de origen y tránsito de inmigrantes, permanecen aún en negociación⁶. En definitiva y siempre de acuerdo con las autoridades comunitarias, los acuerdos de readmisión europeos se espera jueguen un papel determinante para una mejor y más eficiente gestión —en asociación con los terceros países en cuestión— de los movimientos migratorios que se dirigen a territorio europeo.

⁴ Formalmente, la Dirección General de la Comisión encargada de la negociación es la DG Relex, con Karen Kovanda como Representante Especial para la Política Común de Readmisión (véase el nombramiento en el Programa de La Haya: COM (2005) 184 final). Sin embargo, en la práctica, gracias a un compromiso tácito, esta etapa del proceso se deja en manos de la DG JLS.

⁵ Hong Kong: Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2004, L 17/23, 21/01/2004).

Macao: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2004, L 143/97, 30/04/2004).

Sri Lanka: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2005, L 124/41, 17/05/2005).

Albania: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2005, L 304/14, 23/11/2005).

Rusia: Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión (DO 2007, L 129, 17/05/2007).

Ucrania: Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la readmisión de personas (DO 2007, L 332/46, 18/12/2007).

Bosnia-Herzegovina: Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/25, 19/12/2007).

Montenegro: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/25, 19/12/2007).

Macedonia: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Antigua República Yugoslava de Macedonia sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/1, 19/12/2007).

Serbia: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/46, 19/12/2007).

Moldova: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/148, 19/12/2007).

Véase el anexo I de este estudio.

⁶ Para conocer el estado de la negociación con el resto de países, véase el anexo II de este estudio.

No obstante, dejando al margen su también cuestionada eficacia, la política europea de readmisión plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con las obligaciones internacionales y europeas, en materia de retorno y, especialmente, respecto de aquellas derivadas del derecho de asilo, recientemente consagrado al más alto nivel⁷. Efectivamente, los acuerdos de readmisión no sólo disponen el retorno de los inmigrantes en situación irregular sino también de los solicitantes de asilo cuya solicitud de protección ha sido rechazada o aquellos cuya demanda no ha sido analizada en cuanto al fondo debido a su procedencia de un tercer país considerado «seguro». Como han señalado Peers y Rogers, en los casos de personas que pueden hallarse en necesidad de protección, disponer los vínculos necesarios entre los acuerdos de readmisión y las obligaciones en materia de derechos humanos es esencial⁸. Las dudosa reputación de algunos de los Estados con los que se ha concluido un acuerdo de readmisión o se continúa en negociación, la ausencia de salvaguardas específicas en los propios tratados o el hecho de incluir en ellos procedimientos acelerados de retorno aplicables a aquellos que son interceptados en la frontera tratando de entrar de forma irregular, plantean serias dudas sobre su compatibilidad con el principio de *non refoulement* consagrado en la Carta Magna del Derecho de los Refugiados, esta es, la Convención de Ginebra de 1951 y ahora en el propio Derecho originario europeo⁹.

Es preciso subrayar, no obstante, que ni el instrumento jurídico ni la preocupación por sus consecuencias en materia de derechos humanos son nuevos. A pesar del reciente interés político y académico por los acuerdos de readmisión, se trata de un clásico instrumento estatal para facilitar el retorno de inmigrantes y solicitantes de asilo que obtuvo particular importancia a finales de los años ochenta y principios de los años noventa, cuando la

⁷ Artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

⁸ PEERS, S.; ROGERS, N., «EC Readmission Agreements», *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 893.

⁹ Artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951: «Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement») 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Véase también el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Protección en caso de devolución, expulsión y extradición. «1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

Europa occidental introduce la noción de «tercer país seguro»¹⁰. En aquellos años, el uso combinado de los acuerdos de readmisión con la aplicación de dicho principio recibió duras críticas por parte de ACNUR a causa del detrimento que causaban estas medidas en los refugiados *bona fide*¹¹. Si bien es cierto que ninguna norma obliga al solicitante de asilo a presentar su solicitud de protección en el primer país de asilo posible, tampoco se puede afirmar que existan reglas definidas que prohíban enviar a un solicitante de asilo a otro Estado donde no tema sufrir persecución que es justo lo que facilitan los acuerdos de readmisión.

En todo caso, ahora es necesario analizar este instrumento en un marco jurídico diferente. Ahora no sólo los Estados pueden negociar acuerdos bilaterales de readmisión sino que la propia Comunidad Europea (ahora Unión) tiene asignadas competencias en relación con la repatriación de nacionales de terceros países, lo que incluye competencias exteriores para concluir acuerdos de readmisión con objeto de acelerar y facilitar el retorno de estas personas o incluir cláusulas estándar de readmisión en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y terceros Estados. En todo caso, no se trata sólo de una cuestión de adquisición de nuevas competencias comunitarias sino éstas se confieren en un estadio de armonización en materia de asilo y de retorno completamente diferente del que se disponía en los años noventa. La primera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ha concluido, por lo que ya se dispone de un estándar de medidas que deben hallarse en completa consonancia con la Convención de Ginebra por imperativo del Derecho originario, lo que significa, principalmente, que se

¹⁰ En 1986, Dinamarca adoptaba en su Derecho interno el principio de «tercer país de asilo», en virtud del cual se podía rechazar una solicitud de asilo, sin entrar a valorar el fondo, si el sujeto procedía de un país considerado seguro, es decir, del que no cabe considerar peligro de la persecución prohibida por la Convención de Ginebra de 1951. Poco después, Alemania, Dinamarca y otros países europeos introducen en su legislación el principio de «país seguro de origen», con la misma finalidad respecto de aquellos países de origen de los solicitantes de asilo. A finales de los noventa, el resto de países europeos occidentales habían incorporado dichas disposiciones en sus ordenamientos y hoy día, algo más de veinte años después, tales principios forman parte del acervo comunitario en materia de asilo, obligatorio para todos los Estados miembros (véase el artículo 26 para el principio de «tercer país de asilo» y los artículos 29, 30 y 31 para el concepto de «países de origen seguros» de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado: DO L 326 13.12.2005 p. 13 (en adelante, Directiva de Procedimientos).

Para conocer algo más sobre la fase formativa del actual sistema europeo común de asilo, véase: BYRNE, R., NOLL, G., VEDSEN-HANSEN, J., «Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union», *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2, 2004, pp. 355-379.

¹¹ Véase, *inter alia*, «UNHCR Position on Readmission Agreements, “Protection Elsewhere” and Asylum Policy», 1.8.1994.

respetará el principio de *non refoulement* y nadie será enviado a un lugar donde pueda temer persecución¹². Al mismo tiempo, recuérdese que la obli-

¹² El SECA supone un sistema normativo —parte integrante del espacio de libertad, seguridad y justicia— que define las obligaciones comunitarias en materia de asilo y que, tras la finalización de la primera fase de ejecución, que dispuso la armonización de los marcos legales de los Estados miembros sobre la base de normas mínimas comunes, se concentra, de forma principal, en siete normas de Derecho derivado que comprenden: un mecanismo para la distribución de la responsabilidad entre los Estados miembros en relación al examen de una demanda de asilo (Reglamento Dublín II y EURODAC); normas mínimas sobre los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado (Directiva de Procedimientos), así como la definición de cuatro estatutos de protección (convencional, subsidiario y temporal): el estatuto de solicitante de asilo (Directiva de Acogida); el estatuto de refugiado y el de beneficiario de protección subsidiaria (Directiva de Cualificación), así como el estatuto de beneficiario de protección temporal para casos de afluencia masiva (Directiva de Protección Temporal); y todo ello con el apoyo financiero del Fondo Europeo de Refugiados (FER).

Reglamento (CE) n.º 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DO L 222 05.09.2003 p. 3 (en adelante, Reglamento Dublín II). Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO L 316 15.12.2000 p. 1.

Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado DO L 326 13.12.2005 p. 13 (en adelante, Directiva de Procedimientos).

Directiva 2003/9/CE del Consejo, 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. DO L 031 06.02.2003 p. 18 (en adelante, Directiva de Acogida).

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. DO L 304, 30.09.2004 (en adelante, Directiva de Cualificación).

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. DO L 212 07.08.2001 p. 12 (en adelante, Directiva de Protección Temporal).

Decisión 2000/596, por la que se crea el Fondo Europeo para Refugiados, DO L 252, de 6 de octubre de 2000.

Pueden verse el resto de iniciativas comunitarias en: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/asylum/doc_asylum_intro_en.htm.

Es importante subrayar que los Tratados no disponen una definición del SECA. El Consejo Europeo de Tampere lo cita por primera vez, sin aportar mayor concreción sobre su contenido o funciones. Desde entonces, los preámbulos de las normas que conforman la política común de asilo hacen referencia al sistema y cómo contribuir a su conformación supone el objeto último de las mismas.

gación de readmisión supone la continuación natural y, al mismo tiempo, necesaria, de las medidas de retorno. La regulación de esta cuestión se ha de situar en relación de complementariedad o sinergia con la vía comunitaria de la Directiva de retorno, recientemente adoptada¹³. Así las cosas, en este estadio de evolución, es necesario estudiar la interconexión entre las obligaciones que se deducen de los acuerdos comunitarios de readmisión y aquellas derivadas del SECA —en el más amplio contexto del Derecho internacional de los Refugiados—, y de la política de retorno, en especial, de la Directiva 2008/115/CE.

Tras diez años de política de readmisión y ante los inciertos resultados de la misma, el Consejo Europeo, en el recientemente adoptado Programa de Estocolmo hace un llamamiento para crear un «planteamiento global» sobre repatriación y readmisión, donde más que adoptar nuevos convenios, se garantice la aplicación de los vigentes y su evaluación, también de las negociaciones en curso, a lo largo del año 2.010, con una propuesta de mecanismo para el seguimiento de su aplicación y la definición de una «estrategia renovada»¹⁴. Desde luego, el diseño de esta estrategia se va a ver del todo condicionada por el papel que en codecisión —gracias al Tratado de Lisboa— jugará en breve el Parlamento Europeo. De hecho, la Cámara está pendiente de aprobar la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión, tras el demoledor informe de la ponente que recomienda su rechazo debido a la situación de violencia e inestabilidad del país, a la falta de preocupación de la Comisión durante las negociaciones respecto a la seguridad de los repatriados y a las sospechas de que el acuerdo servirá para repatriar, de forma encubierta, a ciudadanos afganos, un país que sufre una cruenta guerra entre talibanes y fuerzas internacionales¹⁵. Una negativa del Parlamento Europeo pondría en cuestión diez años de política de readmisión y obligaría a redefinir su contenido y principios de base. Tenemos nuevos actores utilizando los acuerdos de readmisión (UE) y un nuevo marco normativo que les resulta obligatorio; el contexto ha cambiado, pero

¹³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348/de 24.12.2008 (en adelante, Directiva de Retorno).

¹⁴ Programa de Estocolmo, para. 6.1.6 (véase la cita n.º 3).

¹⁵ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*. 2009/0036/ (NLE). Ponente: Nicole Kiil-Nielsen.

También se espera en breve la opinión del Parlamento Europeo respecto del Acuerdo de readmisión con Georgia: COM (2010) 200 final.

no las causas de preocupación. En este marco, parece del todo oportuno realizar una puesta al día de este importante componente de la política migratoria comunitaria. Así, en la primera parte del análisis se dará cuenta de los orígenes de la política de readmisión con objeto de poner en evidencia cómo la actual política comunitaria de readmisión se basa y supone una continuación de la bilateral llevada a cabo por los Estados miembros, con la que se halla en relación de complementariedad, así como con las «cláusulas de readmisión» incorporadas a los convenios de asociación y cooperación. En el apartado segundo, se expondrá el contenido básico de los acuerdos comunitarios de readmisión adoptados haciendo hincapié en las obligaciones jurídicas y en los tipos de procedimientos de readmisión previstos en los mismos, en especial, el controvertido «procedimiento acelerado 48 horas», así como en la ausencia de salvaguardas específicas en materia de derechos humanos. Por último, en el apartado tercero se expondrán las principales preocupaciones que en el ámbito de los derechos humanos, en general, y del derecho de asilo, en particular, plantean estos instrumentos jurídicos, para concluir que se debe producir un efectivo diálogo entre las obligaciones jurídicas que disponen éstos y aquellas derivadas de la Directiva de Retorno y, en particular, el Sistema Europeo Común de Asilo, con objeto de evitar el riesgo, *a contrario*, de crear condiciones que puedan poner en peligro la garantía de derechos fundamentales e incluso resultar ineficaces, a la postre, respecto de su principal objetivo, la lucha contra la inmigración irregular.

I. Orígenes de la Política de readmisión y base jurídica de la competencia comunitaria

Como se ha indicado en la introducción, la política de readmisión no es una iniciativa europea totalmente nueva sino que la conclusión de acuerdos de readmisión de personas, por el contrario, es un instrumento estatal clásico empleado con objeto de controlar los flujos migratorios, tanto a nivel bilateral como multilateral. Gracias a estos tratados internacionales, de carácter técnico, se trata principalmente de establecer un procedimiento claro para la identificación y el retorno de los nacionales de terceros Estados en situación irregular que procure el efectivo cumplimiento de unas obligaciones internacionales que, en esta materia, resultan especialmente poco precisas.

Efectivamente, la obligación de los Estados de readmitir a sus propios nacionales suele deducirse como corolario del derecho a volver al propio país, consagrado en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el 12.4 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos y considerada, en general, una costumbre internacional¹⁶.

Sin embargo, en el caso de la readmisión de nacionales de terceros países en tránsito por el territorio del Estado, no existe una obligación similar en Derecho internacional general. Una parte residual de la doctrina se aventura a deducir dicha obligación de la más general de «buena vecindad» o, en el caso de las Instituciones comunitarias, como complemento de la obligación de controlar las fronteras; deducciones ambas controvertidas y sin apoyos en la práctica o en la jurisprudencia¹⁷. He ahí, pues, la gran virtualidad de estos convenios que consiguen que el Estado requerido acepte el regreso de personas que se han limitado a transitar por su territorio sin verse jurídicamente obligados *prima facie*; sin duda, la disposición más compleja en la negociación. En virtud de este tipo de tratados, la nacionalidad ya no resulta un factor decisivo para el retorno del inmigrante si se puede demostrar o presumir sobre la base de indicios que esa persona ha transitado por

¹⁶ Art. 13.2 DUDH: 2. «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Art. 12.4 del PCDP: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». Véase también el art. 2.2 del Protocolo cuarto al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El *Pacto Europeo de Inmigración y Asilo* proclama, de forma contundente, que «todos los Estados tienen la obligación de volver a admitir a sus nacionales que se encuentren en situación irregular en el territorio de otro Estado», sin embargo, no alude al origen consuetudinario de dicha obligación (Consejo, doc. n.º 13440/08); tampoco el *Programa de Estocolmo* cuando «exige a todos los Estados que readmitan a sus propios nacionales que están residiendo ilegalmente en el territorio de otro Estado». El único acuerdo de readmisión que confirma el origen consuetudinario internacional de la obligación de readmisión de nacionales es el Acuerdo con Pakistán, en su artículo 20.3 («Sin perjuicio de las obligaciones de reaceptación de los propios nacionales impuesta a las Partes por el Derecho consuetudinario internacional, el presente Acuerdo y sus protocolos de ejecución se aplicarán a las personas que hayan entrado en los territorios de Pakistán y de los Estados miembros tras la entrada en vigor del Acuerdo»).

¹⁷ Según el Profesor Hailbronner: «Due to lack of a long standing common European practice and *opinio iuris* there is no evidence to date of a strict obligation, derived from customary international law, of neighbouring States to readmit “illegal” third-country nationals and stateless persons. Principles of good neighbourly conduct do, however, provide an element of emerging customary law regard to the development of a common European responsibility for dealing with uncontrolled migration movements». Hailbronner, K. *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 482.

También el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, si bien dicha afirmación no se repite en Consejos Europeos posteriores: «Si ha lugar, procurarán celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con países de origen o tránsito para asegurar que los inmigrantes ilegales puedan ser devueltos a sus países de origen, haciendo extensiva así la cooperación en este ámbito a otros Estados sobre la base de las buenas relaciones entre vecinos».

En conversación con los representantes de la Comisión en materia de readmisión, siempre se refieren a la obligación de los Estados de controlar sus fronteras con objeto de justificar esta política.

dicho territorio. La actual proliferación de acuerdos de readmisión, tanto bilaterales como multilaterales, con esta cláusula, está dando lugar a una práctica consistente y uniforme que sumada a la convicción de su obligatoriedad jurídica (*opinio iuris*) podría derivar en breve en una costumbre internacional también en este campo.

En todo caso y dejando a un lado la base jurídica de la readmisión en Derecho internacional general, lo cierto es que a falta de un acuerdo sobre estos términos y habida cuenta que el Estado de origen o tránsito puede rehusar a la readmisión del sujeto si el Estado que reclama no puede válidamente probar o demostrar que el inmigrante en situación irregular tiene la nacionalidad de ese Estado o, en el caso de nacionales de terceros países, que dicha persona ha transitado a través de su territorio, la devolución resulta imposible a menos que el Estado requerido expresamente la acepte. En consecuencia, disponer de un acuerdo sobre los medios de prueba, la documentación a utilizar o sobre quiénes serán los funcionarios de enlace se hace imprescindible para la aplicación efectiva de la obligación de readmisión; dichos tratados la hacen realmente operativa y, por ello, se ha convertido en el instrumento clave de la política de retorno europea.

1. De las «cláusulas de readmisión» a los acuerdos comunitarios de readmisión

Con objeto de identificar las obligaciones en materia de readmisión de los Estados europeos se han de distinguir dos marcos de actuación complementarios: el marco bilateral, en el que cada Estado miembro negocia acuerdos de readmisión de personas con terceros Estados en función de sus necesidades específicas; y el marco multilateral-comunitario, en el que se han adoptado dos tipos de iniciativas al respecto: la introducción de «cláusulas de readmisión» en todos los acuerdos de asociación y cooperación, así como la negociación y conclusión de acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular que son tratados firmados por la Comunidad (ahora Unión) y los Estados miembros.

Respecto de la primera medida, en 1996 el Consejo Europeo acuerda un «modelo de cláusula de readmisión» que debía ser incorporada, caso por caso, en futuros tratados mixtos —acuerdos entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y terceros Estados—. Dicho modelo disponía de dos artículos básicos, un artículo «X» que contenía una cláusula estándar de readmisión de nacionales y un artículo «Y» con el compromiso de negociar acuerdos de readmisión bilaterales, a petición de las partes, y que podían incluir la readmisión también de nacionales de terceros países y apátridas. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y la adquisición de nue-

vas competencias comunitarias, se actualiza el modelo que ya no se negocia caso por caso sino que ahora debe ser incluido en todos los futuros acuerdos comunitarios y mixtos y que incorpora de nuevo la cláusula estándar de readmisión de nacionales (art. A), así como dos artículos que disponen el compromiso de negociar acuerdos de readmisión no sólo con los Estados miembros (art. C) sino también con la Comunidad Europea (art. B). Ni el modelo de 1996, ni el actualizado de 1999 incluyen disposición alguna sobre la específica protección que, en estos casos, merecen los solicitantes de asilo o refugiados¹⁸.

Las primeras cláusulas de readmisión se incorporan en los acuerdos de asociación y cooperación firmados con países de Asia central y el Cáucaso, a mediados de los años noventa. Desde entonces se generaliza su uso gracias al mandato al respecto de los Consejos Europeos de Tampere o Sevilla y ello a pesar de su relativa eficacia¹⁹. En este sentido, es preciso subrayar que estas cláusulas no son acuerdos de readmisión en sentido estricto sino «cláusulas habilitadoras» que precisan de la celebración de un tratado bilateral con el Estado miembro o la Comunidad para ser realmente operativas. La firma de un acuerdo de asociación o cooperación que incluya dicha disposición se convierte, así, en un paso previo ineludible que sienta las bases para la negociación futura del convenio de readmisión *stricto sensu*. Estas cláusulas son ahora obligatorias y no se firmará acuerdo de asociación o cooperación (comunitario o mixto) a menos que la otra parte acepte estas obligaciones. De hecho, se reconoce que sigue siendo la base adecuada para la negociación de acuerdos bilaterales suplementarios de readmisión con los países ACP, en el marco del Acuerdo de Cotonú, cuyo artículo 13 contiene la clásica cláusula de readmisión en los términos expuestos²⁰. Así las cosas,

¹⁸ 1995 EU Council Conclusion on readmission clauses (Council doc. 4272/96). 1999 EU Conclusion on readmission clauses (Council doc. 13409/99).

Pueden verse ambos documentos en: <http://www.statewatch.org/news/2003/may/12a1995ccs.html> y <http://www.statewatch.org/news/2003/may/12b1999dec.html> (visitado por última vez el 29 de junio de 2010).

¹⁹ Consejo Europeo de Tampere (1999): «El Consejo Europeo invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes» (para. 27).

Consejo Europeo de Sevilla (2002): «El Consejo Europeo insta a que se incluya una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país» (para.33).

²⁰ *Acuerdo de Asociación entre los Estados de África y del Pacífico, por una parte y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra*, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000. DO L 317, 15.12.2000. Artículo 13 titulado «Emigración». Véase en concreto el apartado 13.5.c) i) para la cláusula estándar de readmisión y el 13.5.c) ii) para el compromiso de celebración de posteriores acuerdos de readmisión.

aunque los acuerdos europeos de readmisión suelen identificarse como un fenómeno «post-Ámsterdam», lo cierto es que descansan ampliamente sobre la trayectoria dispuesta al respeto por estas cláusulas incorporadas a los acuerdos de asociación y cooperación desde mediados de los años noventa. Ambas se complementan o se suceden, según las relaciones de cooperación dispuestas con el Estado tercero.

Por lo que se refiere a la conclusión de acuerdos de readmisión propiamente dichos, hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam, el retorno de las personas que se hallaban residiendo de forma irregular en territorio europeo era una competencia exclusiva de los Estados miembros, en consecuencia, eran ellos los únicos que podían negociar y concluir dichos tratados internacionales. Ello daría como resultado lo que se conoce en la doctrina como la primera y segunda generación de acuerdos de readmisión: la primera equivaldría a los acuerdos bilaterales concluidos en la década de los cincuenta y sesenta con objeto de atender a los movimientos irregulares de personas producidos entre los propios Estados europeos —los cuales no contemplaban la readmisión más que de los nacionales—; y la segunda generación de acuerdos de readmisión se referiría a aquellos adoptados en la etapa «post-Schengen», con los países de Europa central y oriental, países de origen y tránsito de inmigrantes ubicados a lo largo de la frontera exterior europea.

En función de sus competencias y tras la consideración de estas cuestiones como interés común, la Comunidad se limita a recomendar vivamente la adopción de estos convenios y para ello dispone de un «modelo común de acuerdo de readmisión» —adoptado por la *Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país*—, como base para la negociación con terceros Estados, al tiempo que se diseñan unas directrices que debían seguirse en la elaboración de los protocolos sobre la aplicación de los acuerdos de readmisión —*Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión*—. Ambas recomendaciones sientan las bases de lo que se conocerá más tarde como política europea de readmisión, pues disponen un contenido normativo que prácticamente es el que se reproduce en la ac-

Según la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: *El Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración*: «En términos de cooperación con los países ACP, la obligación de readmisión contenida en el artículo 13 Cotonú es decisiva, y es una base adecuada para los acuerdos bilaterales suplementarios de readmisión entre Estados miembros de la UE y los países ACP seleccionados». COM (2006) 735 final, para. 3.4.

tualidad: la readmisión de nacionales, sin mayores formalidades, siempre que se tenga constancia o se acredite la nacionalidad de las personas concernidas; la readmisión de nacionales de terceros Estados, siempre que se tenga constancia o se acredite su entrada por la frontera exterior; la distinción entre un procedimiento ordinario o regular de 15 días y otro acelerado de 48 horas, aplicable éste último siempre que la persona hubiera sido detenida en la zona fronteriza; un listado de medios de prueba de la nacionalidad y de la entrada en el territorio por las fronteras exteriores sentando las bases del principio según el cual la prueba establecida de la nacionalidad y de la entrada en el territorio debería ser admitida obligatoriamente por las partes, sin mayor investigación a tal efecto; y, de especial importancia para nuestro análisis, todo acuerdo ha de incluir una «cláusula de compatibilidad o no perjuicio» en virtud de la cual, los Estados reconocen que dicho acuerdo no afectará a las obligaciones de las partes contratantes derivadas de convenios internacionales como el CEDH o la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, si bien no se dispone ninguna otra salvaguarda específica respecto a este colectivo²¹.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam marca el inicio de la política comunitaria de readmisión al disponer el artículo 63.3.b) TCE que «El Consejo (...) adoptará (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: (...) la inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales». Se trataba, sin duda, de un enunciado poco preciso, pero que en todo caso suponía el reconocimiento a la Comunidad de competencias implícitas exteriores para concluir acuerdos de readmisión con terceros países, con objeto de acelerar y facilitar el retorno de los inmigrantes en situación irregular —da comienzo, así, la llamada tercera generación de acuerdos de readmisión europeos—. En opinión de algunos autores,

²¹ *Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país*: DO C 274, 19.09.2006, pp. 20 y ss. Según esta recomendación, los acuerdos de readmisión tendrían una estructura dividida en los 13 artículos: art. 1: readmisión de un nacional; art. 2: readmisión de nacionales de terceros países a su entrada por una frontera exterior; art. 3: readmisión de nacionales de terceros países por parte de la parte contratante responsable de la entrada; art. 4: permiso de residencia; art. 5: plazos; art. 6: plazo de prescripción de la obligación de readmisión; art. 7: tránsito; art. 8: protección de datos; art. 9: gastos; art. 10: comité de expertos; art. 11: cláusula de no perjuicio; art. 12: entrada en vigor; y art. 13: suspensión y denuncia.

Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión: DO C 274, 19.09.2006, pp. 25-33. En virtud de dicha recomendación, los protocolos deberán especificar las obligaciones de las partes contratantes sobre I: procedimientos de readmisión regulares y acelerados; II: medios de identificación de las personas que deban readmitirse; III: designación de las autoridades competentes; IV: tránsito; V: protección de datos; y VI: condiciones de aplicabilidad del Protocolo.

la cuarta generación de acuerdos de readmisión emerge de la dimensión exterior de la política de readmisión en el contexto de las asociaciones de movilidad²².

Desde entonces, los Consejos Europeos han dado prioridad a la celebración de estos tratados o a la inserción de cláusulas modelo en sus acuerdos de cooperación entre la Comunidad y terceros países o grupos de países pertinentes, como instrumento para una gestión eficaz de los flujos migratorios. Se considera que, incluso, proporcionan un marco institucional fiable para la cooperación y ayudan a socavar la credibilidad y los intereses financieros de las redes de contrabando implicadas²³. Sin embargo, a la espera de una evaluación oficial de los acuerdos concluidos hasta el momento y a la vista de que comparten la naturaleza y contenido de los acuerdos de segunda generación, no parece que vayan a medirse por su eficacia. Diversos análisis demuestran que si bien gracias a los acuerdos bilaterales y multilaterales de la década de los noventa el número de readmisiones aumento, así como se redujo el número de rechazos a la misma²⁴, lo cierto es que no resultaron mecanismos útiles en el control de la inmigración irregular, ni acabaron con las redes de tráfico de personas, mientras que, por el contrario, sí tuvieron un importante impacto negativo en solicitantes de asilo y refugiados. Según Bouteillet el hecho de que los acuerdos comunitarios de readmisión compartan la filosofía de los de segunda generación demuestra que la Unión parece no haber aprendido ninguna lección del pasado²⁵.

2. ¿Una competencia exclusiva o concurrente?

La Comisión Europea ha reclamado, de forma reiterada, el carácter exclusivo de la competencia comunitaria para adoptar acuerdos de readmisión; interpretación rechazada por los Estados miembros. En virtud de la doble base jurídica (arts. 63.3.b) y 300.3 TCE, ahora arts. 79.3 y 218 TFUE), es posible deducir que la Unión no tiene competencias exclusivas respecto a la política común de readmisión, por lo tanto, en lo que respecta a la adop-

²² *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países*: COM (2007) 248 final.

Bouteillet-Paquet, D. «Passing the buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *European Journal of Migration and Law*, 5, 2003, pp. 359-377.

²³ Libro Verde sobre Retorno, para. 4.

²⁴ *IGC Report Intergovernmental Consultations to Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia*. January 2002.

²⁵ Bouteillet-Paquet, D., *op. cit.* 364-368.

ción de acuerdos de readmisión de personas actúa en la medida en que la actuación comunitaria suponga un valor añadido para los Estados miembros en su negociación bilateral, esto es, resulte un problema supranacional que requiera una actuación a este nivel para su mayor eficacia. La adopción de acuerdos de readmisión comunitarios no supone, en consecuencia, la supresión de la capacidad nacional para concluir acuerdos de readmisión. Al ser una competencia concurrente, los Estados miembros podrán continuar con sus políticas nacionales de readmisión y, por tanto, adoptando estos acuerdos siempre y cuando la Unión no haya concluido un acuerdo con ese país tercero, pues en ese caso éstos dispondrían de prioridad, o bien en los casos en los cuales los acuerdos concluidos por la Unión contengan sólo vagas referencias a la readmisión²⁶. Eso sí, es una competencia compartida pero en cierto modo «excluyente», pues, en todo caso, recibido un mandato de negociación y en virtud del principio de cooperación leal (actual art. 4.3 TUE), los Estados deberían abstenerse de llevar a cabo negociaciones bilaterales y, además, el acuerdo de readmisión comunitario tiene preferencia respecto de los bilaterales en caso de incompatibilidad, tal y como precisan los propios acuerdos de readmisión. Efectivamente, todos disponen de un artículo titulado «relación con los instrumentos o acuerdos bilaterales de readmisión de los Estados miembros» donde se dispone la primacía del acuerdo comunitario frente a estos en la medida en que las disposiciones de estos instrumentos sean incompatibles²⁷.

²⁶ Vid: 218th Council Meeting Justice and Home Affairs, Brussels, 27/28 May 1999: «Readmission agreements-consequences of the entry into force of the Amsterdam Treaty: (...) The Community's responsibility with regard to the conclusion of readmission agreements is therefore not exclusive. A Member State can continue to conclude readmission agreements with third States provided that the Community has not concluded an agreement with the third State concerned or has not concluded a mandate for negotiating such an agreement. In individual cases Member States may also conclude bilateral agreements after the conclusion of a Community agreement or after the opening of negotiations, for instance where the Community agreement or the negotiating mandate contains only general statements on readmission but one or more States require more detailed arrangements on the matter. The Member State may no longer conclude agreements if these might be detrimental to existing Community agreements».

Sobre la negociación de los acuerdos bajo la égida del art. 63.3.b) TCE y la naturaleza de la competencia comunitaria, véase: SCHIEFFER, M., «Community Readmission Agreements with Third Countries-Objectives, Substance and Current State of Play», *European Journal of Migration and Law*, 5, 2003, pp. 350-351. SCHIEFFER, M., «Readmission and Repatriation of Illegal Residents», MARTENCZUK, B.; SERVAAS VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty and Security. New Challenges for EU External Relations*, Vubpress, Brussels University Press, Institute for European Studies, Brussels, 2008, pp. 100-103.

²⁷ Véase por ejemplo el artículo 17 del Acuerdo con Ucrania: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, las disposiciones del presente Acuerdo primarán sobre las disposiciones de cualquier Acuerdo bilateral u otro instrumento jurídicamente vincu-

La compatibilidad entre los acuerdos de readmisión bilaterales y comunitarios resulta de especial importancia para España, en el caso de las negociaciones con Marruecos, país con el que disponemos de un acuerdo de readmisión²⁸. En este sentido, es previsible que el acuerdo comunitario sea compatible con el español, pues éste último se ha firmado en un marco más amplio de cooperación que incluye formas de asistencia adicional. España podría continuar con su acuerdo de readmisión bilateral en tanto en cuanto persigue objetivos más amplios o bien reemplazarlo por el acuerdo de implementación del comunitario con Marruecos —que es la intención de este último—.

En todo caso, aunque la Comisión es responsable de la negociación de los acuerdos de readmisión, la decisión de expulsar al inmigrante en situación irregular y solicitar su readmisión es competencia y responsabilidad, en exclusiva, del Estado miembro. En consecuencia, los Estados miembros han de cumplir con todas las obligaciones internacionales al respecto, incluido el principio de *non refoulement*, y la Directiva de retorno, so pena de incurrir en responsabilidad.

El Tratado de Lisboa mejora la redacción de la base jurídica, al disponer expresamente el actual artículo 79.3 TFUE que «La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros». Pero si en algo resulta relevante la adopción del nuevo Tratado es por la aplicación que lleva a cabo del procedimiento de codecisión (procedimiento legislativo ordinario) a este campo y, por tanto, la ampliación de la competencia legislativa del Parlamento europeo (art. 218 TFUE). Ello es especialmente relevante para nuestro análisis, pues si en algo se han distinguido los informes del Parlamento Europeo, en aplicación del procedimiento de consulta realizado hasta la fecha, ha sido por su preocupación respecto de la compatibili-

lante relativo a la readmisión de personas que se haya concluido o vaya a concluirse en aplicación del artículo 16 entre los distintos Estados miembros y Ucrania, en la medida en que las disposiciones de esos instrumentos sean incompatibles con las del presente Acuerdo.

²⁸ Sobre el acuerdo de readmisión con Marruecos, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, I., «El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 22, 2006, pp. 255-284.

Sobre los acuerdos de readmisión adoptados por España, en general, véase: Fajardo del Castillo, T. «Los acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular celebrados por España», ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J.M. (coords.), *Migraciones y Desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*, Marcial Pons, 2007, pp. 87-102.

dad de estos convenios internacionales con las obligaciones internacionales y europeas en materia de derechos humanos. Dicha institución ha llegado a reclamar la inclusión de referencias más específicas respecto de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra de 1951; se ha preguntado sobre la necesidad de que dichos países fueran considerados «seguros»; o ha llamado la atención sobre el potencial papel monitorizador de ACNUR en dichos procesos de retorno²⁹. Si bien se mostró más contundente en sus informes sobre los primeros acuerdos de readmisión, en general, en todos destaca que: «It is of the utmost importance to ensure that the readmission procedures fully respect the rights and duties arising from international law in the field of human rights and the protection of asylum seekers and refugees»³⁰. Gracias a su nueva competencia normativa, ahora tendrá oportunidad de exigir la introducción de dichas demandas en los acuerdos de readmisión e incluso rechazar la adopción de los mismos si no se dan las mínimas garantías de seguridad —como se ha recomendado respecto del Acuerdo con Pakistán—.

II. Contenido básico de los Acuerdos de Readmisión. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión

1. Criterio de selección de los terceros Estados e «incentivos» a la firma de los acuerdos puestos a su disposición

Habida cuenta de la finalidad de estos convenios, no es de extrañar que el Consejo haya identificado la «presión migratoria» y la «proximidad geográfica a la frontera exterior común» como los criterios básicos de selección de los países candidatos a la negociación de un acuerdo de readmisión —los países adyacentes a la Unión son claves especialmente respecto a la readmisión de inmigrantes en tránsito³¹—. Dicha evaluación, por ende, ha de hacerse «caso por caso», tomando en consideración la aplicación práctica del

²⁹ *Inter alia*, European Parliament Report on the proposal for a Council decision on the signing of the Agreement between the European Community and the Government of the Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization (SEC(2002) 412 — C5-0263/2002— 2002/0092(CNS)).

³⁰ *Inter alia*, European Parliament Report 12 October 2007 on the proposal for a Council decision on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on readmission COM (2007)0431-C6-0301/2007-2007/0146(CNS)).

³¹ Dos documentos del Consejo identifican los criterios de selección: «Criteria for the identification of third countries with which new readmission agreements need to be negotiated», Council Doc. 7990/02, 16.04.2002. Y Council Doc. 13588/04 REV 1. 2614th Council meeting, Brussels, 2 November 2004.

acuerdo y las necesidades reales del momento —método éste último que no resulta incompatible con una aproximación regional, como se ha puesto de manifiesto en la negociación de los acuerdos con los Balcanes occidentales—. En todo caso, la elección del país, a través de este método individualizado, ha de responder a uno de los principios rectores de la política europea de readmisión, este es, que los acuerdos comunitarios supongan un «valor añadido» para los Estados miembros en sus negociaciones bilaterales, en clara consonancia con la naturaleza de competencia compartida.

Como puede comprobarse, el Consejo obvia por completo aquel requisito previo identificado por la Comisión, en virtud del cual, antes de la negociación de cualquier acuerdo de readmisión, se debía tener en cuenta la situación política y el respeto a los derechos humanos en el país de origen y de tránsito³². De nuevo, los criterios conformadores de la política de readmisión aparecen disociados de las obligaciones de los Estados miembros, y ahora de la Unión, en materia de derechos humanos y el principio de *non refoulement*. Este es uno de los motivos de crítica incluido en el Informe del Parlamento Europeo sobre el Acuerdo con Pakistán. En concreto, la ponente lamenta que «aunque el acuerdo reafirma los compromisos respecto a las obligaciones internacionales relativas a los derechos fundamentales en las repatriaciones, no parece que durante las negociaciones la Comisión haya hecho intentos de garantizar los derechos y la seguridad de los repatriados (...)».³³ En función de los términos de la decisión final del Parlamento Europeo sobre dicho acuerdo, puede que se vuelva a los orígenes y las condiciones de seguridad del país se conviertan en un criterio ineludible de selección que exija un estudio concreto y expresa motivación por la Comisión.

Cada acuerdo de readmisión es redactado en unas condiciones de reciprocidad jurídica que no se corresponden con una equivalencia de condiciones en la práctica, pues es de sobra conocido que estos convenios actúan más a favor de los intereses comunitarios que de los terceros Estados. Su conclusión con éxito depende, pues, de los «incentivos positivos» o «efecto

El primero resulta más amplio e incluye cinco criterios (presión migratoria; países con los cuales la Comunidad ha concluido acuerdos de cooperación o asociación que contuviesen cláusulas de readmisión; proximidad geográfica a la Unión; equilibrio geográfico entre regiones de origen y tránsito; y suponer un valor añadido para los Estados miembros en negociación bilateral) que en 2004 se condensan en los dos básicos: la presión migratoria y la proximidad geográfica a la Unión.

³² *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una Política común de inmigración ilegal*. COM (2001) 672 final. para. 4.8.

³³ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*, *op. cit.*, para. 2.

palanca» —en palabras de la Comisión³⁴— que se ponga a disposición de ellos, especialmente, la firma de acuerdos sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración³⁵. De cualquier forma, a pesar de disponer de estos incentivos, en el caso de los acuerdos de readmisión con Marruecos, Argelia, China o Turquía se ha demostrado que no son suficientes. La readmisión no sólo de sus nacionales sino también de los nacionales de terceros Estados puede convertirlos en una «zona de contención» de todos los inmigrantes procedentes de África y Asia, algo que la Unión tiene difícil compensar. La Comisión ha reclamado, de forma reiterada, un mayor apoyo político y diplomático de los Estados miembros, así como la implicación de otros sectores comunitarios con objeto de proporcionar nuevos alicientes a la firma de estos tratados en forma de expansión comercial, asistencia técnica y financiera o ayuda complementaria al desarrollo³⁶. El uso, *a contrario*, de medidas coercitivas —o «incentivos negativos»— con objeto de doblegar la voluntad de estos países no resulta una opción a considerar, por mucho que el Consejo Europeo de Sevilla la pusiera sobre la mesa y el reciente Programa de Estocolmo, desafortunadamente, haya pedido un plan-

³⁴ COM (2002) 564 final, para. 252. Con un lenguaje aún más desafortunado, el Representante Especial de la Comisión en materia de Readmisión se ha referido al uso de «zanahorias»: «Successful readmission negotiations so indeed depend very much on incentives that the Community has to offer, or carrots if you wish. In point of fact, carrots have not always been easy to find». Entrevista celebrada con eurasylum en marzo de 2006: www.eurasylum.org

³⁵ Acuerdo de facilitación de visado con Bosnia: DO L 334/97, 19.12.2007; Macedonia: DO L 554/125, 19.12.2007; Albania: DO L 334/85, 19.12.2007; Moldova: DO L 334/169, 19.12.2007; Montenegro: DO L 334/109, 19.12.2007; Serbia: DO L 334/137, 19.12.2007; Rusia: DO L 129/27, 15.05.2007; Ucrania: DO L 332/68, 18.12.2007.

Sobre las particularidades de estos convenios, véase: TRAUNER, F.; KRUSE, I., «EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool?», *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, pp. 411-438.

³⁶ COM (2002) 564 final, para. 252. Ucrania consiguió que se incluyera en el Acuerdo una «Declaración conjunta sobre apoyo técnico y financiero», en los siguientes términos: «(...). En este contexto, la CE se ha comprometido a facilitar recursos financieros con vistas a ayudar a Ucrania en la ejecución del presente Acuerdo. Para ello, se prestará especial atención al desarrollo de la capacidad. Este apoyo se ha de ofrecer en el contexto de las prioridades generales de ayuda a Ucrania, en el marco de los límites del total de fondos para este país y cumpliendo plenamente las normas y procedimientos pertinentes a efectos de la aplicación de la ayuda exterior de la CE».

En el caso de la Propuesta de Acuerdo con Pakistán la Declaración conjunta va más allá y trata de conseguir incentivos en materia de migración legal: «(...). En este contexto, la Unión Europea prestará apoyo a Pakistán a través de programas comunitarios de asistencia, especialmente el programa Aeneas, en la aplicación de todos los componentes del presente Acuerdo, incluido el apoyo destinado a la reinstalación y el bienestar de las personas readmitidas. En principio, tal apoyo puede asimismo servir para fomentar los vínculos entre la migración y el desarrollo, organizar y promover la migración económica legal, gestionar la migración clandestina y proteger a los emigrantes contra la explotación y la exclusión».

teamiento común en este ámbito³⁷. No cabe duda de que ello minaría aún más la capacidad del Estado de readmitir a sus ciudadanos y a los nacionales de terceros Estados.

2. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión

Las instituciones comunitarias han definidos los tratados de readmisión como el acuerdo por el que se establecen obligaciones recíprocas para las partes contratantes, así como los procedimientos administrativos y operativos detallados, con el fin de facilitar el retorno y el tránsito de las personas que ya no cumplen las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado solicitante³⁸.

Dichos tratados se han aprobado por unanimidad y, posteriormente por mayoría cualificada³⁹, tras consulta preceptiva al Parlamento Europeo, y reflejan la fragmentación espacial propia de estas materias derivadas de los

³⁷ Consejo Europeo de Sevilla (para. 35 y 36): «35. El Consejo Europeo estima que hay que llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con los terceros países que no colaboren en la lucha contra la inmigración ilegal. Esta evaluación se tendrá en cuenta en las relaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros con los países afectados, en todos los ámbitos pertinentes. Una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión. 36. Una vez que se hayan agotado sin resultado los mecanismos comunitarios existentes, el Consejo podrá constatar, por unanimidad, una falta injustificada de colaboración por parte de un tercer país en la gestión común de los flujos migratorios. En tal caso, el Consejo podrá adoptar, de conformidad con lo dispuesto en los tratados, medidas o posiciones en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común y de las demás políticas de la Unión Europea, dentro del respeto de los compromisos contraídos por la Unión y sin menoscabo de los objetivos de la cooperación para el desarrollo».

Programa de Estocolmo (para. 6.1.6): «El Consejo debería definir una estrategia renovada y coherente en materia de readmisión sobre dicha base, teniendo en cuenta el conjunto de las relaciones con el país afectado, con inclusión de un planteamiento común respecto de los terceros países que no cooperen en la readmisión de sus propios nacionales».

³⁸ COM (2002) 564 final, anexo.

En la parte dispositiva de todos los acuerdos adoptados, se pone de manifiesto la finalidad de estos convenios, al mostrarse deseosos de establecer, por medio del convenio y sobre una base de reciprocidad, procedimientos rápidos y eficaces para la identificación y el retorno de personas que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio del Estado tercero o en uno de los Estados miembros de la Unión Europea, y facilitar el tránsito de estas personas en un espíritu de cooperación.

³⁹ Los acuerdos concluidos hasta el 1 de enero de 2005, fueron adoptados por unanimidad y a partir de esa fecha por mayoría cualificada. En ese sentido, recuérdese la *Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado*. DO L 396, 31.12.2004.

Sobre la supresión del voto por unanimidad, véase también el Programa de La Haya, p. 5.

Protocolos de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Así, el ámbito de aplicación *ratione loci* de estos convenios, en territorio comunitario, se hace efectivo en veintiséis de los veintisiete Estados miembros tras la negativa de Dinamarca a participar en estas materias; los convenios de readmisión no son de obligado cumplimiento para ella⁴⁰.

El contenido de los acuerdos de readmisión comunitarios incluye, básicamente, tres tipos de obligaciones jurídicas: las obligaciones de readmisión de las partes contratantes, tanto en lo que respecta a los nacionales de ambos países, como en relación con los nacionales de terceros Estados y apátridas, obligaciones de tránsito y de reaceptación en caso de readmisión por error⁴¹.

Efectivamente, las partes contratantes se comprometen a readmitir en su territorio —sin más trámite que los especificados en el acuerdo—, a sus propios nacionales (o en el caso de los Acuerdos con Hong Kong y Macao a los residentes permanentes) que no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos vigentes para entrar, estar o residir en el territorio del Estado requirente, siempre que se demuestre o se presuma sobre la base de indicios, que la persona en cuestión es nacional del país —y ello independientemente de la voluntad de la persona que deba ser readmitida⁴²—. Dicha obligación de readmisión incluye a los familiares del nacional sólo en el caso de los Acuerdos de readmisión con los Balcanes, en el resto de casos, se interpreta que han de cumplir con los requisitos de forma indepen-

⁴⁰ Protocolo (n.º 4) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda (véase el actual Protocolo n.º 21 del Tratado de Lisboa); Protocolo (n.º 5) sobre la posición de Dinamarca (véase el actual Protocolo n.º 22 del Tratado de Lisboa).

En los acuerdos de readmisión se suele incluir una declaración conjunta relativa a Dinamarca, en la que se confirma que el acuerdo no le será de aplicación, por lo que expresan la conveniencia de celebrar uno paralelo entre dicho Estado miembro y el tercer Estado concernido.

La misma fórmula se utiliza con Islandia, Noruega y Suiza —éste último sólo en los Acuerdos con los Balcanes y la propuesta de Decisión con Georgia—. Téngase en cuenta que a pesar de que estos países no son Estados miembros de la Unión Europea gozan de un régimen especial de asociación y forman parte del sistema Schengen. Por este motivo, los acuerdos de readmisión incluyen una declaración conjunta relativa a estos países por la que se dispone la conveniencia de que el Estado tercero en cuestión celebre un acuerdo de readmisión con ellos en las mismas condiciones del acuerdo concernido, de lo contrario, las obligaciones de readmisión no les serían aplicables.

⁴¹ Recuérdese que en virtud de la Directiva de Retorno, «nacional de un tercer país» es cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen.

⁴² El artículo 2 del Acuerdo de readmisión con Ucrania recuerda que la voluntad del nacional que debe ser remitido no resulta determinante. Ningún otro acuerdo incluye una disposición semejante.

diente⁴³. La obligación de readmisión implica la expedición del documento de viaje requerido para el retorno de dicha persona que, en función del acuerdo, pueden acordar utilizar el normalizado comunitario a efectos de expulsión⁴⁴.

En el caso de los nacionales de terceros países o apátridas, la obligación de readmisión va unida a ciertas condiciones. La persona que vaya a ser readmitida debe ser titular de un visado o permiso de residencia válido expedido por el Estado requerido o bien ha debido entrar ilegal y directamente en el territorio del Estado requirente tras haber permanecido en el territorio del Estado requerido o transitado por él. Dicha permanencia no incluye el tránsito aéreo en un aeropuerto internacional, circunstancia que queda excluida de la obligación de readmisión. El nacional del tercer Estado o apátrida debe hallarse, por tanto, en «situación irregular», circunstancia que en virtud de la Directiva de Retorno va unida a los requisitos exigidos por el Código de Fronteras Schengen, es decir principalmente, a la posesión de un visado válido⁴⁵. Sin duda se trata de la obligación jurídica más gravosa para los terceros Estados, de ahí que algunos hayan negociado fórmulas con objeto de limitar su aplicación. Así, el Acuerdo con Pakistán dispone la no retroactividad de la obligación de readmisión de los nacionales de terceros Estados, por lo que excluye de su ámbito de aplicación material a aquellos que se hallaran en situación irregular con carácter previo a la entrada en vigor del citado convenio (art. 20.3). En otros casos, se ha negociado una cláusula de suspensión de la obligación, de carácter temporal, de dos años en los casos de Albania o Ucrania y de tres años en el caso de Rusia, por lo que la obligación de readmisión de nacionales de terceros Estados sólo sería operativa transcurrido ese plazo desde la entrada en vigor del tratado⁴⁶. Pero la fórmula de suspensión de las obligaciones de readmisión relativas

⁴³ En virtud de estos acuerdos, la familia incluye a los hijos solteros, independientemente de su lugar de nacimiento o nacionalidad, y al cónyuge que posea otra nacionalidad, a menos que tengan derecho independiente de residencia en el Estado requirente. *Vid. inter alia*, art. 2.2 del Acuerdo de readmisión con Bosnia y Herzegovina.

⁴⁴ Véase la Recomendación del Consejo de la UE de 30 de noviembre de 1994.

⁴⁵ Artículo 5 del Código de Fronteras Schengen Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (DO L 105 de 13.4.2006), en lectura combinada con el Reglamento (CE) n.º 1244/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

⁴⁶ Artículo 20.3 del Acuerdo de readmisión con Ucrania: «Las obligaciones enunciadas en el artículo 3 del presente Acuerdo sólo serán aplicables a los dos años de la fecha mencionada en el apartado 2 de este artículo. Durante ese periodo de dos años, sólo serán aplicables a los apátridas y nacionales de terceros países con los que Ucrania haya celebrado tratados o convenios bilaterales de readmisión (...)».

a nacionales de terceros países o apátridas que deja un mayor margen de apreciación a los Estados es la incluida en los Acuerdos con los Balcanes. El artículo 22.4 de cada uno de los acuerdos permite la suspensión temporal de la obligación de readmisión respecto de estos colectivos por «razones de seguridad, protección del orden público o de la salud pública». La consulta previa con carácter preceptivo al comité mixto de readmisión no parece limitar mucho su carácter discrecional.

En todo caso, para cumplir con las obligaciones de readmisión es indispensable cerciorarse de que el sujeto es nacional del Estado o, en el caso de nacionales de terceros Estados, que posee una autorización de entrada o se halla en situación irregular. La obligación de readmisión se condiciona, en consecuencia, a la prueba o presunción *iuris tantum* de la posesión de nacionalidad del Estado requerido. La nacionalidad o tránsito puede ser válidamente asumido en base a evidencias *prima facie*. En todo caso, cada acuerdo incluye un anexo con la lista de documentos cuya presentación se considera probatoria de la nacionalidad (pasaporte, documento de identidad, certificado de ciudadanía, cartilla y documentos de identidad militares, o cartilla de marinero y licencias de patrón de buques) o de las condiciones para la readmisión de nacionales de terceros países o apátridas (sellos de entrada/salida o inscripción similar en los documentos de viaje del interesado, certificados de atención hospitalaria o billetes de compañías aéreas o marítimas)⁴⁷.

⁴⁷ A modo de ejemplo, véanse los anexos del Acuerdo con Pakistán:

- Anexo 1: lista común de documentos cuya presentación se considera prueba de la nacionalidad: pasaporte auténtico de cualquier tipo, documentos nacionales de identidad; certificados auténticos de ciudadanía.
- Anexo 2: lista de documentos cuya presentación deberá iniciar el proceso de establecimiento de la nacionalidad: huellas dactilares digitales u otros datos biométricos; documentos nacionales de identidad temporales y provisionales, documentos de identidad militares y partidas de nacimiento; fotocopia de cualquiera de los documentos mencionados en el anexo 1; permiso de conducir o fotocopia del mismo; fotocopia de otros documentos oficiales en los que se haga mención de la ciudadanía; tarjetas de servicio, libretas de inscripción marítima, tarjetas de servicio de capitanes o fotocopia de las mismas; declaraciones hechas por el interesado.
- Anexo 3: lista común de documentos que serán considerados elementos probatorios de las condiciones para la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas: sellos de entrada/salida o inscripciones similares en el documento de viaje del interesado; visado válido y/o permiso de residencia expedido por el Estado requerido.
- Anexo 4: lista de documentos que serán considerados elementos probatorios para iniciar las investigaciones para la readmisión de nacionales de terceros países o apátridas: declaraciones oficiales realizadas, en particular, por el personal de los puestos fronterizos y otros testigos oficiales o de buena fe (por ejemplo, personal de compañías aéreas) que puedan atestiguar que la persona interesada cruzó la frontera; descripción, por las autoridades competentes del Estado requirente, del lugar y las circunstancias de la interceptación del interesado tras su entrada en el territorio de dicho Estado; in-

En los casos en los que no se pueda devolver al nacional del tercer país o apátrida directamente al país de destino, las partes contratantes se comprometen a autorizar el tránsito siempre y cuando se den dos tipos de condiciones: en primer lugar, se ha de garantizar la continuación del viaje a otros Estados de tránsito, así como la readmisión por el Estado de destino. En segundo lugar, la parte requerida podrá negarse a autorizar el tránsito si existe riesgo de que el nacional de un tercer país o apátrida corra riesgo de ser sometido a tortura o a un trato o castigo inhumano o degradante o a la pena de muerte o la persecución a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o condena política en el Estado del destino u otro Estado de tránsito; o cuando pueda ser objeto de procesamiento o sanciones penales en el Estado requerido o en otro Estado de tránsito; o por razones de sanidad pública, seguridad nacional u orden público, u otros intereses nacionales del Estado requerido.

En caso de error respecto a la nacionalidad o tránsito de la persona readmitida, los acuerdos disponen el compromiso de aceptación de la misma por el Estado que había solicitado la readmisión. Dicha obligación caduca en el plazo de tres meses desde el traslado de la persona.

Por lo que respecta al procedimiento de readmisión, todos los convenios incluyen un conjunto de disposiciones técnicas (sección III de los acuerdos) en relación con dicho procedimiento (solicitud de readmisión, elementos probatorios, límites temporales, modalidades de traslado y medios de transporte o los costes normalmente a cargo del Estado requirente). Éste se inicia con la presentación de una solicitud formal de readmisión —que ha de contener una información concreta y cuyo formulario modelo suele acompañar al acuerdo en un anexo—, salvo que la persona disponga de documentos de viaje válido, en cuyo caso, bastará con una comunicación escrita. El Estado requirente dispone de un año como máximo para solicitar la readmisión, a contar desde el momento en que la autoridad competente del Estado requirente tiene conocimiento de la situación de irregularidad, condición que permite disponer de la readmisión prácticamente en cualquier momento. El Estado requerido debe emitir una respuesta en un plazo que varía entre los acuerdos (10 días en el caso del acuerdo con Bosnia y Herzegovina o 25 en el caso de Rusia), pero

formación relativa a la identidad y/o la estancia de una persona proporcionada por una organización internacional (por ejemplo, ACNUR); informes/confirmación de la información por miembros de la familia; declaraciones efectuadas por el interesado; billetes nominativos, certificados y facturas de cualquier tipo (por ejemplo, facturas de hotel, recordatorios de citas con médicos o dentistas, entradas a establecimientos públicos o privados, etc.) que muestren claramente la presencia del interesado en el territorio del Estado requerido; billetes nominativos y/o listas de pasajeros de avión o barco que muestren el itinerario en el territorio del Estado requerido; información que demuestre que el interesado ha recurrido a los servicios de un guía o agencia de viajes.

que de cualquier forma, no puede superar los treinta días, en cuyo caso, operaría el silencio positivo. En todos los acuerdos se dispone el traslado del individuo, superados todos estos trámites, en el plazo máximo de tres meses.

Los plazos disminuyen considerablemente en los casos excepcionales de intercepción en frontera en los que se contempla la posibilidad de aplicar el controvertido «procedimiento acelerado de 48 horas». Efectivamente, en los acuerdos de readmisión concluidos con Ucrania, Macedonia, Serbia, Rusia y Moldova —países que comparten frontera exterior con la Unión Europea— si se detiene a una persona procedente directamente del territorio del Estado requerido, justo después de cruzar ilegalmente la frontera se podrá presentar la solicitud de readmisión en el plazo de dos días laborables tras su detención. Habida cuenta que el Estado requerido debe responder en el plazo máximo de dos días, ello significa que en un total de cuatro días podría disponerse la readmisión del individuo, periodo excesivamente breve que obliga a extremar las precauciones con objeto de evitar el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de retorno o el principio de *non refoulement*, en el caso de potenciales solicitantes de asilo.

Sin embargo, los acuerdos no disponen de específicas garantías en este sentido más allá de la clásica «cláusula de compatibilidad» del acuerdo con los derechos, obligaciones y responsabilidades de la Comunidad, los Estados miembros y el Estado tercero derivados del Derecho internacional. En función de las obligaciones internacionales del Estado concernido, se citan más o menos instrumentos jurídicos —la cláusula de los tres primeros acuerdos de readmisión fue criticada por el Parlamento por excesivamente vaga, pero es que los Estados en cuestión ni siquiera eran parte del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados⁴⁸—, entre los que se

⁴⁸ *European Parliament Report on the proposal for a Council decision on the signing of the Agreement between the European Community and the Government of the Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization* (SEC(2002) 412 - C5-0263/2002 - 2002/0092(CNS)) . «The main question on which your rapporteur intends to focus is the “non-attachment clause” (article 16 of the Agreement), which says that “*this Agreement shall be without prejudice to rights, obligations and responsibilities arising from international law applicable to the Community, the Member States and the Hong Kong SAR*”. Your rapporteur considers that this clause is too weak and does not refer explicitly to respect for human rights on the basis of the Universal Declaration of Human Rights and the 1951 Geneva Convention on the status of refugees. In the case of Hong Kong, which has not formally acceded to the Geneva Convention, but seems essentially to respect its dictates, the negotiators found it impossible to draw up a more explicit text. However, since the Agreement with Hong Kong is the first in a long series and the Commission is modeling subsequent agreements on it, the Commission should be called upon to reconsider the wording of the clause or to make provision for the definition of a joint declaration, annexed to the Agreement itself, making the obligation deriving from international treaties in the sphere of respect for human dignity, rights and fundamental freedoms more explicit».

suelen contar: la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados; los convenios internacionales sobre extradición y tránsito; convenios y acuerdos internacionales multilaterales sobre la readmisión de extranjeros; el Convenio de 10 de diciembre contra la tortura y otros tratos o penas, inhumanos o degradantes; y el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Se parte de la base que las garantías establecidas en el mecanismo convencional de readmisión alcanzan derechos y garantías reconocidos en las legislaciones de los Estados involucrados⁴⁹. Sin embargo, como se verá en la parte tercera de este estudio, dicha presunción no parece suficiente.

Los Estados miembros no podrán corregir estas deficiencias en los Protocolos de aplicación del acuerdo previstos en todos los convenios de readmisión, pues en realidad, están pensados para desarrollar disposiciones técnicas. En todo caso, es preciso subrayar que su adopción no es obligatoria salvo en el caso de Rusia⁵⁰, con objeto de ahorrar esfuerzos y no agotar en negociaciones a veintiséis lo que ya se ha acordado para el conjunto por parte de la Comunidad. Tampoco los Comités mixto de readmisión parece que vayan a vigilar estas cuestiones⁵¹.

El procedimiento finalizaría con el retorno operativo del individuo, actuación en la que la Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia se ve apoyada por FRONTEX (Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la

⁴⁹ Se añaden también detalladas disposiciones sobre la protección de datos de carácter personal, aunque los terceros Estados no están obligados a cumplir con el estándar mínimo comunitario.

⁵⁰ El acuerdo de readmisión con Rusia dispone la necesidad de concretar en los protocolos de aplicación a) las autoridades competentes, los puntos de paso de fronteras, el intercambio de información sobre puntos de contacto y las lenguas de las comunicaciones; b) las modalidades para la readmisión por el procedimiento acelerado; c) condiciones aplicables a los traslados con escolta, incluido el tránsito con escolta de nacionales de terceros países y apátridas; d) justificantes y pruebas adicionales a las enumeradas en los anexos 2 a 5 del presente Acuerdo; e) el procedimiento para las entrevistas previstas en el artículo 9 del presente Acuerdo; f) en caso necesario, acuerdos específicos sobre plazos para la tramitación de solicitudes de readmisión de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del presente Acuerdo. Ello ha dado lugar a la adopción del Protocolo de Ejecución entre el Reino de España y la Federación de Rusia, relativo a los plazos de respuesta a las solicitudes de readmisión de conformidad con el acuerdo entre la Comunidad europea y la Federación de Rusia sobre readmisión de 25 de mayo de 2006: BOE núm. 269, de 9 de noviembre de 2007.

⁵¹ Véase, *inter alia*, las funciones asignadas al mismo en el Acuerdo de readmisión con Bosnia y Herzegovina (art. 18): a) supervisar la aplicación del presente Acuerdo; b) adoptar las decisiones necesarias para la ejecución uniforme del presente Acuerdo; c) mantener intercambios regulares de información sobre los protocolos de aplicación celebrados por cada uno de los Estados miembros y Bosnia y Herzegovina de conformidad con el artículo 19; d) proponer modificaciones del presente Acuerdo y sus anexos.

Unión Europea⁵²) en la coordinación de los aspectos operacionales de la devolución.

III. La política de readmisión comunitaria y las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular, el derecho de asilo

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, los convenios comunitarios de readmisión se configuran como unos instrumentos principalmente operativos, con un objeto muy concreto cifrado en conseguir un acuerdo entre la Unión y el tercer Estado sobre procedimientos rápidos y eficaces para la identificación y repatriación de las personas que han dejado de tener derecho a residir en el Estado y facilitar el tránsito de éstas en un espíritu de cooperación. La virtualidad de estos tratados se mide por su brevedad y carácter eminentemente técnico, sin embargo, la ausencia de específicas disposiciones que vinculen a ambas partes en la consecución de un retorno conforme a Derecho y habida cuenta que estos convenios pueden servir de «catalizador» de una devolución en circunstancias cuestionables, es lógico que su compatibilidad con las obligaciones internacionales y europeas en materia de derechos humanos, en particular el derecho de asilo, se haya puesto de manifiesto no sólo por ONGs o la doctrina sino también al más alto nivel.

Efectivamente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2008, explicaba así su interés por estos convenios: «These readmission agreements (...) raise a number of human concerns, which must not be over-ridden by migration management concerns. This is why it is essential that the Council of Europe looks carefully at these agreements from both a migration management and human rights angle»⁵³. Por los mismos motivos, el Parlamento Europeo ha recomendado dejar de celebrar acuerdos de readmisión y someter a evaluación los existentes, pues «resulta preocupante constatar que los once acuerdos de readmisión en vigor nunca se han sometido a evaluación y que tampoco se ha suministrado información al Parla-

⁵² DO L 349/1, 25.11.2004.

⁵³ Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission agreements: a mechanism for returning irregular migrants*. Doc. 11519, 1 de febrero de 2008, para. 3. La Asamblea Parlamentaria reconoce las virtudes de estos convenios, pero también alerta sobre: «(...) the absence of safeguards for asylum seekers whose claims have not been examined in substance; a wide-ranging re-entry ban which could deny Access to protection for people who may require it in the event of changed circumstances in their home countries; separation of families during the expulsion procedure and the need to respect the best interest of children; readmission of non-nationals, including stateless and undocumented irregular migrants; lengthy detention periods; lack of adequate funding for durable re-integration of returnees».

mento Europeo sobre las readmisiones llevadas a cabo. Antes de que se celebren otros acuerdos de readmisión es absolutamente necesario que dicha evaluación se lleve a cabo, *sobre todo para comprobar que se respetan los derechos humanos*»⁵⁴.

La situación era aún más insostenible cuando no se disponía de la Directiva de Retorno y, por tanto, no existían normas mínimas vinculantes para todos los Estados miembros sobre la necesidad de garantizar un retorno voluntario, periodos y condiciones de detención de los inmigrantes o sobre el estatuto jurídico que les corresponde durante el procedimiento de devolución. Conviene recordar aquí que el derecho del Estado a expulsar a los extranjeros que se encuentran en situación ilegal en su territorio está limitado al estándar mínimo de derechos que se reconoce a los extranjeros en general, y al principio de *non refoulement* en particular, el cual resulta de especial importancia en la readmisión en tránsito, pues no se podrá devolver al inmigrante a un tercer Estado en que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra. A ello hay que añadir que la prohibición de las expulsiones colectivas, el pleno control judicial de las expulsiones y los retornos, las garantías de defensa efectiva, el trato humano y digno durante el proceso de expulsión y retorno y la no criminalización de las personas por el mero hecho de su situación irregular son derechos universalmente aceptados y deben ser respetados especialmente en territorio europeo⁵⁵. En el caso de los menores —colectivo que, sorprendentemente, no merece mención específica alguna en ninguno de los once acuerdos de readmisión en vigor— debe primar el interés superior del menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) y que su repatriación al país de origen sólo se acuerde si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del mismo, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen⁵⁶.

El hecho de que la obligación de velar por el correcto cumplimiento de estas obligaciones se corresponda con la fase de adopción de la decisión de retorno, a nivel nacional —justo la etapa anterior a la entrada en acción de los acuerdos de readmisión—, podría justificar la ausencia

⁵⁴ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*, op. cit, para. 4 (la cursiva es de la autora).

⁵⁵ AGUDO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A., «Directiva de Retorno, Directiva de Expulsión (Nota crítica vuelapluma desde los derechos humanos)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 18, julio 2008, p. 123.

⁵⁶ En el caso de España, vid. Art. 92.4 RD 2393/2004 y LO 1/1996 de protección jurídica del menor.

de salvaguardas específicas en estos tratados. De hecho, el propio Consejo Europeo ha defendido esta disociación entre la adopción de la decisión de retorno que sí ha de velar por el estricto cumplimiento de estas obligaciones —incluida la garantía de un recurso efectivo previo a la expulsión— y el acuerdo de readmisión que aparecería simplemente como la base jurídica de una operación de traslado de carácter técnico⁵⁷.

Aunque la evaluación en materia de derechos humanos deba realizarse en una etapa previa, lo cierto es que las condiciones en el país de destino pueden cambiar mientras se lleva a cabo la readmisión, de ahí que estos acuerdos deban observar determinadas garantías. Además, en todo caso, la «cláusula de compatibilidad» operaría a modo de condición preclusiva fiscalizable por el Tribunal de Justicia, de tal forma que en función del respeto a las obligaciones internacionales en el tercer Estado, el Consejo estaría obligado a vigilar en todo momento su cumplimiento y, en su caso, suspender la aplicación del acuerdo⁵⁸.

No obstante, a pesar de que los acuerdos de readmisión deben entrar en funcionamiento una vez se ha garantizado que el retorno cumple con todas las exigencias jurídicas internacionales y europeas, se ha considerado que la «seguridad» del Estado en cuestión sea, en todo caso, una pre-condición de la negociación. En un *briefing paper* preparado para el Parlamento Europeo, Balzacq considera que la Unión debe condicionar, sistemáticamente, la firma de los acuerdos de readmisión con un país tercero al estricto cumplimiento con los convenios y principios internacionales, tales como el respeto por los derechos humanos, dignidad y no devolución⁵⁹. Las consecuencias

⁵⁷ «As far as the expulsion of illegal migrants is concerned, it is the responsibility of each member state to ensure the expulsions are carried out in accordance with its obligations arising from the Geneva Convention of 28 of July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties». Council of European Union, Doc. n.º: 5472/00.

⁵⁸ Peers y Rogers consideran que «since the EC Courts have found in several cases involving individuals that they have jurisdiction over wrongful conclusion and termination of agreements and arguably also over wrongful behaviour by the EC as a member of an international organisation, they logically have jurisdiction over wrongful failure by the Council to terminate a treaty». PEERS, S.; ROGERS, N., «EC Readmission Agreements», *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, op. cit., p. 893.

⁵⁹ Balzacq recuerda en concreto que: «In a report issued on 11 January 2006, the European Parliament called «for the European Neighborhood Policy (ENP) to be used as a strong tool for consolidating democracy and the rule of Law in the EU's neighboring countries and promoting democratization in non-democratic countries», y, por ello, recomienda que la Comunidad «should, systematically, condition the signing of a readmission agreement with a third country to the strict compliance with international Conventions and principles, such as the respect of human rights, dignity, and non refoulement. In this context the European Parliament should defend its idea that 'if countries violate international and European standards of respect for human rights and democracy, the EU should be ready to restrict or suspend aid

derivadas de una violación del principio de no devolución, o *refoulement* indirecto, son demasiado graves para dejarlo todo en manos de una correcta aplicación de las normas internacionales en la práctica. Roig y Huddleston añaden: «The transfer of responsibility to countries of transit with fragile capacities and spotty human rights records could result in rendering the EU as an accomplice in forced returns, human rights violations and human tragedies»⁶⁰.

Ello es especialmente delicado en los casos de devolución de solicitantes de asilo que son enviados a terceros países sin una sentencia firme sobre sus solicitudes de protección tras la aplicación del principio de «tercer país seguro» y la invocación de un acuerdo de readmisión. O peor aún cuando interceptados en frontera y ni siquiera se garantiza su acceso al procedimiento de asilo en aplicación del «procedimiento acelerado de 48 horas» que incorporan algunos de los acuerdos en liza. Este mecanismo aplicado en las circunstancias descritas mina la capacidad del solicitante de asilo de obtener acceso a un procedimiento efectivo y, en el peor de los casos, crea un riesgo de *refoulement*.

Así las cosas, se ha reclamado que los acuerdos europeos de readmisión incluyan una cláusula en virtud de la cual nadie sea expulsado o extraditado a un Estado donde haya riesgo de que sea sometido a tortura, pena capital o tratos inhumanos o degradantes, así como ciertas garantías procedimentales, incluida aquella que garantice que la solicitud de asilo va a ser examinada efectivamente en aquel país. De esta manera, se evitaría que el uso del principio de «tercer país seguro» y los acuerdos de readmisión pueda derivar en una «cadena de devoluciones»⁶¹. El problema es, como puntualiza Coleman, que no existe obligación internacional ni europea que duplique la necesidad de tal garantía⁶². A lo sumo la Directiva de Procedimientos exige que se entregue un documento en el que se informe a las autoridades del tercer país, en la lengua de dicho país, que no se estudió el contenido de la solicitud (art. 27.3.b). Se trata, por tanto, de una mera obligación de notificación previa.

En todo caso, no creemos que en el transcurso de un procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, se pudiera considerar «tercer país

and even to cancel agreements». European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs. *The Implications of European Neighbourhood Policy in the context of Border Controls (Readmission Agreements, Visa Policy and Human Rights)*, 2008, p. 31.

⁶⁰ ROIG, A.; HUDDLESTON, Th., «EC Readmission Agreements: A Re-Evaluation of the Political Impasse», *European Journal of Migration and Law*, 9, 2007, pp. 363-387.

⁶¹ KRUSE, I., «EU Readmission Policy and Its Effects on Transit Countries. The Case of Albania», *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, pp. 115-142.

⁶² COLEMAN, N., *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

seguro», y menos aún «país seguro de origen», a los terceros Estados con los que la Unión ha concluido un acuerdo de readmisión. De acuerdo con los requisitos de la Directiva de procedimientos en relación con el principio de «tercer país seguro», dicho Estado debe observar las obligaciones de la Convención de Ginebra y el principio de *non refoulement*, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Los requisitos aumentan en los casos de aplicación del principio de «país seguro de origen». Téngase en cuenta que en virtud del artículo 27.1.d) no es suficiente que el Estado sea parte de los instrumentos del Derecho internacional de los refugiados, sino que es necesario también que ambos Estados dispongan de un procedimiento para determinar el estatuto de los refugiados que garantice el disfrute de los derechos secundarios que dispone la Convención de Ginebra. En los casos de Hong Kong, Macao o Sri Lanka ambos requisitos, procedimiento y derechos secundarios, son totalmente desconocidos. Lo mismo ocurre en los supuestos de Ucrania y Moldova que han sido identificadas como potenciales participantes en Programas Regionales de Protección, con objeto de mejorar la capacidad de estas áreas para proteger a los refugiados. Por lo que respecta a Rusia, Serbia y Montenegro, no sólo la readmisión de nacionales de terceros Estados es motivo de preocupación sino también la relativa a nacionales, pues se trata de algunos de los principales países de origen de los solicitantes de asilo de los últimos años⁶³.

Además, y en atención al sentido literal de los términos del artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del contexto de la disposición, es posible afirmar que el derecho de asilo implica «el derecho a una solución duradera a través de una protección que ha de ser adecuada y que incluye la solicitud de derechos secundarios», no es otra la principal consecuencia del vínculo ineludible dispuesto con la Convención de Ginebra. El derecho de asilo bajo este contexto jurídico llevaría aparejada una consecuencia del todo relevante: siempre que un Estado miembro proceda a la devolución de un solicitante de asilo a un tercer país —evidentemente se ha de tratar de un tercer país seguro— se ha de garantizar que aquellos que tengan derecho al asilo disfruten de una solución duradera vinculada a derechos secundarios⁶⁴. Ninguno de los Estados con los que se

⁶³ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum.

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los Programas Regionales de Protección, COM (2005) 388 final.

⁶⁴ Permítaseme citar: ARENAS HIDALGO, N., «El derecho de asilo en la carta (art. 18): un corolario esencial del “sistema europeo común de asilo”», *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 513-539.

ha concluido un acuerdo de readmisión se halla en condiciones de garantizar esta premisa. Los solicitantes de asilo, por tanto, no podrían ser devueltos a sus países de origen o tránsito, en aplicación de un acuerdo de readmisión en estas circunstancias.

En el caso de la legislación española, además, la aplicación del principio de «tercer país seguro» va acompañada de una exigencia adicional que hace inviable la devolución de un solicitante de asilo a un país en tránsito. El artículo 20.1.d) de la Ley 12/2009 dispone que podrá exigirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a tal país⁶⁵. Las autoridades estarían obligadas a estudiar la existencia de lazos familiares o similares habitualmente desconocidos en los países en tránsito.

Así las cosas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha hecho un llamamiento a sus Estados miembros para: «conclude readmission agreements only with countries that comply with relevant human rights standards and with the 1951 Geneva Convention, that have functioning asylum systems in place and that project their citizens' rights to free movement, neither criminalising unauthorised entry into, nor departure from, the country in question». E invita a la Unión Europea a: «properly consider the human rights situation and the availability of a well-functioning asylum system in a country prior to entering into negotiation on readmission agreements with that country, and use its strong bargaining position to negotiate provisions in readmission agreements that safeguard the human rights of the persons to whom they are to be applied»⁶⁶.

Obviamente, si el país no es seguro, el principio no es aplicable, pero para ello resulta sumamente importante tener garantías jurídicas reales de poder rebatir la presunción de seguridad. Según el artículo 27.2.b) y c) de la Directiva de Procedimientos la aplicación del principio de «tercer país seguro» debe incluir una consideración *caso por caso* de la seguridad del país para el solicitante concreto. En materia de derechos procedimentales, el TEDH ha exigido un examen de la solicitud individual antes de la transferencia (el caso T.I v. UK es central en este tema⁶⁷). Sin embargo, el hecho de que no se pueda asegurar el carácter suspensivo del recurso interpuesto contra una resolución que afirmara la seguridad del tercer país implicaría la devolución del individuo en aplicación del acuerdo de readmisión sin una

⁶⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 23 de octubre.

⁶⁶ Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission Agreements: a mechanism for returning irregular migrants*, Doc. 12168, 16 March 2010, paras. 6.1 y 7.1-7.2.

⁶⁷ TEDH. *T.I. v. The United Kingdom*, Rec. No. 43844/98.

sentencia firme⁶⁸. De igual forma, en los casos de aplicación del procedimiento acelerado de 48 horas, si no se garantiza la asistencia legal desde el primer momento para todos los inmigrantes interceptados en frontera, resultará imposible siquiera manifestar la intención de solicitar asilo. En el caso de la legislación española, para los solicitantes de asilo interceptados en frontera, la asistencia legal es preceptiva (art. 19.2 de la Ley de asilo), pero habrá que estar atentos a su garantía efectiva a menudo reclamada en sede judicial⁶⁹. Piénsese que más de la mitad de las 38.000 personas procedentes de Somalia y Eritrea que llegaron a Italia y Malta en 2008 a través de cauces ilegales, se les reconoció, a la postre, el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria⁷⁰. No se trata, pues, de un problema de toma de conciencia sino de ausencia de mecanismos legales o salvaguardas que garanticen un acceso físico a la protección, vehículo de realización material del derecho de asilo tal y como se conforma en la actualidad.

Desde un punto de vista teórico, parece que no hay conflicto entre las obligaciones de la política de readmisión y las obligaciones internacionales en materia de asilo. Si se garantiza un acceso efectivo al procedimiento y el solicitante tiene garantizada un estudio de la seguridad del país para su caso concreto, no habría violación del principio de *non refoulement*, aunque el acuerdo de readmisión no incluya salvaguardas en ese sentido. Sin embargo, no podemos obviar que las circunstancias en la práctica son muy distintas. A menudo, los problemas tienen que ver con la ausencia de intérpretes, dificultades en el acceso a ayuda legal, el poder discrecional de los guardias de frontera, todo ello puede suponer que los refugiados *bona fide* queden excluidos del procedimiento de determinación del estatuto⁷¹. La combinación del principio de tercer país de asilo y los acuerdos de readmisión puede ser objeto de abuso, sin embargo, no es una cuestión que pueda ser resuelta por los acuerdos de readmisión, en exclusiva, sino que se trata de procurar una correcta aplicación del acervo en materia de asilo.

⁶⁸ En el caso de la legislación española, cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo y se solicita la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tiene la consideración de especial urgencia del artículo 135 de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 29.2 Ley de asilo).

⁶⁹ En numerosos casos, AN o TS han admitido las demandas de asilo por defectos en la garantía de asistencia legal. Véase *Inter. alia*: STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2328/2004; SAN de 6 de febrero de 2008, rec. 346/2006 o SAN de 8 de noviembre de 2007, rec. 170/2007.

⁷⁰ «UN calls on EU to treat asylum seekers fairly», www.euobserver.com

⁷¹ Véase la denuncia de graves casos de incumplimiento del principio de *non refoulement* en Europa en: Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission Agreements: a mechanism for returning irregular migrants*, *op. cit.*

En todo caso, si bien se puede predicar la legalidad y compatibilidad de los convenios comunitarios de readmisión con las estrictas obligaciones internacionales, no se pueden analizar como instrumentos aislados sino que, por el contrario, deben ser estudiados en su contexto. Piénsese que las políticas indiscriminadas de lucha contra la inmigración irregular están haciendo inviable el ejercicio del derecho de asilo, anulando el efecto útil del Convenio ginebrino. La dimensión externa del asilo, la aplicación de la «alternativa de huida interna», la utilización de conceptos como «país seguro de origen», «tercer país seguro», solicitudes «manifiestamente infundadas», unidos a política de visados, sanciones a transportistas o el uso arbitrario de los acuerdos de readmisión han convertido la posibilidad de solicitar asilo en Europa una odisea a menudo insalvable, con independencia de que podrían hallarse en abierta contradicción con las obligaciones internacionales. La gestión integrada de las fronteras exteriores —en especial de las marítimas meridionales—, prioridad en la lucha contra la inmigración irregular,⁷² se concibe, además, a través del incremento del uso de medidas coercitivas y una sofisticada tecnología de vigilancia, así como con el desarrollo de un sistema de acciones coordinadas a través de FRONTEX. Este modelo de gestión se basa en la *extraterritorialidad del control* y en la *prevención de la movilidad humana* hacia el área europea común⁷³. Con base en acuerdos con terceros países de origen y tránsito, se desplaza el control a estos países, así como la readmisión/retorno de aquellos llamados «ilegales» incluso antes de haber abandonado el territorio. Se trata de una estrategia preventiva que ignora el hecho de que el individuo puede no ser un «ilegal» sino un «potencial refugiado». En definitiva, podría afirmarse que el desarrollo de la política de asilo en la Europa comunitaria, en los términos expuestos, podría vaciar de contenido el propio derecho de asilo que ahora consagra la Carta de Derechos Fundamentales, siempre y cuando impida su ejercicio efectivo (principio *pacta sunt servanda*).

Los Estados miembros no cumplen con sus obligaciones internacionales con el mero reconocimiento formal de las mismas en una escueta «cláusula de compatibilidad o no perjuicio» porque de lo que se trata es de garantizar el ejercicio *efectivo* de los derechos, en particular, el derecho de asilo. El acceso al procedimiento de asilo depende del acceso al territorio de la Unión y éste resulta más complicado si cabe cuanto más se incrementan y sofisti-

⁷² Comisión. Comunicación. *Sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*. COM (2006) 402 final, Bruselas, 19.7.2006.

Véase también: Comisión. Comunicación. *Refuerzo de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*. COM (2006) 733 final, Bruselas, 30.11.2006.

⁷³ CARRERA, S.; GEYER, F., «Terrorism, Borders and Migration. The Commission 2008 Policy Strategy in the Area of Freedom, Security and Justice», CEPS 2007.

can los controles fronterizos. Se trata, en definitiva, del irresuelto conflicto entre el derecho soberano al control de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular y la obligación internacional de garantizar acceso al procedimiento de asilo para aquellos que, en el contexto de los flujos migratorios mixtos, pudieran hallarse en necesidad de la protección internacional. De esta forma, la obligación de garantizar protección a través de un acceso al procedimiento de asilo imposibilitado en aplicación de las férreas medidas de *non entrée* se convierte en la auténtica *pedra de toque del sistema*, donde se pone a prueba el compromiso real de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia compatible con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en general y asilo, en particular.

Epílogo. Más allá de la readmisión. La importancia de vigilar la reintegración de los retornados

La readmisión de los propios nacionales y, en especial, de los nacionales de terceros Estados constituye un enorme desafío para los países de tránsito desde el punto de vista administrativo, institucional, social o financiero. Podría decirse que gracias a la política de readmisión, la Unión Europea traslada la gestión de la inmigración a los países de origen y tránsito de inmigrantes —la llamada *burden-shifting policy*— que se hallan en condiciones menos favorables con objeto de asegurar un retorno sostenible. Por mandato de la Directiva de Retorno, las obligaciones en materia de readmisión no acaban con la entrega del individuo al Estado requerido sino que los Estados miembros están obligados a asegurar un retorno sostenible del mismo, y en consecuencia, han de velar por las condiciones de reintegración de estas personas en sus sociedades de origen⁷⁴. Este tipo de salvaguardas sólo pueden incorporarse en los acuerdos de readmisión porque es el único instrumento que dispone obligaciones jurídicas vinculantes al mismo tiempo para los Estados miembros y terceros países⁷⁵. En realidad, la mo-

⁷⁴ Véase el Considerando n.º 7 de la Directiva de Retorno: «A fin de facilitar el proceso de retorno se destaca la necesidad de que haya acuerdos de readmisión comunitarios y bilaterales con terceros países. La cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible».

⁷⁵ En un informe realizado para el Parlamento Europeo, Claudia Charles recomendaba exigir a las autoridades de las Partes contratantes la realización de un informe anual sobre la reintegración de estas personas: «If the non-affectation clauses and references to respect for fundamental rights contained in the readmission agreements are to have any real meaning, the follow-up of the implementation of those agreements must extend to the conditions under which foreign nationals are readmitted into third countries. The negotiations must include the princi-

nitorización del retorno se convertiría en la auténtica piedra de toque de la política de retorno, pues si los retornados no reciben apoyo para su reintegración o, peor aún, si se les deja en un país extranjero en tránsito, no les quedaría más remedio que tratar de volver a entrar en la territorio europeo, sea por los cauces que sean. Según datos aportados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, un tercio de las personas readmitidas por Rusia, trataron de volver al país del que habían sido retornados⁷⁶. Esto nos debe hacer pensar sobre la eficacia real de estos instrumentos respecto de su finalidad última, esta es, la lucha contra la inmigración irregular.

Desde este punto de vista, la política europea de readmisión mantiene una perspectiva meramente defensiva, operacional y de control absolutamente desconectada de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Los compromisos comunitarios en materia de gobernanza, protección de los derechos fundamentales y desarrollo económico de los principales países de origen de los inmigrantes irregulares aparecen disociados de la esta política que adquiriría, así, un perfil más sancionador. Se ha criticado que los acuerdos de readmisión no tengan un objetivo omnicompreensivo que vaya más allá de las obligaciones recíprocas en materia de readmisión para incorporar también compromisos en la lucha contra las causas que se encuentran en el origen de los desplazamientos humanos. Sin embargo, se ha de observar que esos acuerdos son instrumentos técnicos complementarios de la política de retorno y ésta sí ha de velar por crear condiciones para la reintegración de estas personas en sus sociedades de origen. Sin embargo como denuncia Bouteillet «Partnership with countries of origin is an euphemism for a policy that has so far produce little more than extended the control driven policy, while very little progress has been made in the field of economic development and root causes prevention. This new generation of readmission agreements raises serious concerns owing to the humanitarian and political situation prevailing in the countries that are generating forced displacements».⁷⁷ Así las cosas, la gestión de la inmigración irregular va a poner a prueba, por ende, la coherencia de la acción exterior de la Unión con los compromisos asumidos en materia de condicionalidad democrática y protección de los derechos humanos.

ple that the third country authorities must draw up an annual report giving at the very least statistical indications of the fate of readmitted persons (detention, release, expulsion in the case of third country nationals and, in the case, breakdown of statistics by country of return).

⁷⁶ European Parliament. Policy Department External Policies. Readmission Agreements and Respect for Human Rights in Third Countries. Review and Prospects for the European Parliament, 2007, p. 10.

⁷⁷ Bouteillet-Paquet, D. «Passing the buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *European Journal of Migration and Law*, *op. cit.*, p. 360.

Anexo I

Acuerdos en vigor

País	Mandato recibido	Primera ronda negociaciones	Firma	Entrada en vigor
Hong Kong	Abr. 2001	Octubre 2001	27 nov. 2002	1 marzo 2004
Macao	Abr. 2001	Octubre 2001	13 oct. 2003	1 junio 2004
Sri Lanka	Set. 2000	Julio 2001	4 junio 2004	1 mayo 2005
Albania	Nov. 2002	Mayo 2003	14 abril 2005	1 mayo 2006
Rusia	Set. 2000	Enero 2003	25 mayo 2006	1 junio 2007
Ucrania	Jun. 2002	18 nov. 2002	18 junio 2007	1 enero 2008
Macedonia	Nov. 2006	1 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Bosnia-Herzegovina	Nov. 2006	20 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Montenegro	Nov. 2006	15 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Serbia	Nov. 2006	4 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Moldova	Dic. 2006	9 feb. 2007	10 oct. 2007	1 enero 2008

Anexo II

Acuerdos que no han entrado aún en vigor

País	Mandato recibido	Primera ronda negociación	Última ronda	Estado actual
Pakistán	Septiembre 2000	Abril 2004	7. ^a ronda formal Septiembre 2007	El acuerdo fue firmado el 26 de octubre de 2009. Pendiente dictamen Parlamento Europeo
Georgia	Noviembre 2008	Abril 2009	3. ^a ronda formal Agosto 2009	El Acuerdo fue firmado el 26 de noviembre de 2009. Pendiente dictamen Parlamento Europeo
Marruecos	Septiembre 2000	Abril 2003	14. ^a ronda formal Octubre 2009	Las negociaciones están en curso
Turquía	Noviembre 2008	Mayo 2005	4. ^a ronda formal Diciembre 2006	Las negociaciones están en curso
Cabo Verde	Junio 2009	Julio 2009	13. ^a ronda formal Julio 2009	Las negociaciones están en curso
China	Noviembre 2002			Las negociaciones formales aún no han comenzado
Argelia	Noviembre 2002			Las negociaciones formales aún no han comenzado

Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico

Manuel Monteagudo Valdez*

Doctor en Derecho de la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne,
LLM de la Universidad de Houston, Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Profesor ordinario de la PUCP de Derecho Internacional Económico y Gerente Jurídico del Banco Central de Reserva del Perú

Sumario: Introducción.—I. La transformación del Derecho Internacional.—II. La evolución del DIE y la comunidad de derecho en la Unión Europea (una dinámica de *Hard law*). 1. Un orden jurídico superior que combina la acción comunitaria y la acción nacional: *fisura* en el Derecho Internacional. 2. El reto de la internacionalización (*comunitarización*) de las políticas económicas nacionales.—III. La vía Latinoamericana de la liberalización por los caminos del *Soft law*. 1. El cómo y el porqué del *soft law* en la liberalización económica. 2. Liberalismo y apertura: el cambio de paradigma. 3. La construcción de un nuevo derecho internacional de inversiones: ¿ingreso a un verdadero *orden* jurídico?—Palabras finales.

Resumen: Con motivo de la creciente integración económica entre América Latina y Europa, expresada en los logros de la VI cumbre de Madrid, el autor nos invita a reflexionar sobre la forma en que ambas regiones han construido jurídicamente sus matizados procesos de liberalización económica. Mientras que en la Unión Europea el instrumento jurídico protagónico ha sido el tratado internacional y el derecho comunitario derivado, la liberalización económica en un importante grupo de países de América Latina se ha desarrollado a través de la armonización legislativa y estandarización económica con mecanismos no vinculantes y a los que la doctrina califica como *soft law*. Ambas técnicas, sin embargo, son manifestaciones de una evolución mayor en el Derecho Internacional, el que aunque como un derecho inter-estatal hoy en día tiende a ser más bien doméstico, aun que no exento de nuevos desafíos. De un lado, la convergencia de políticas macroeconómicas internas en la Unión Europea constituye una extraordinaria evolución en derecho de integración, que está siendo puesta a prueba por la crisis financiera internacional. De otro, la liberalización y *estandarización* del tratamiento a la inversión extranjera que se ha desarrollado en algunos países latinoamericanos, sin un marco jurídico sujeto a supervisión global, presenta todavía algunos límites e inconsistencias.

* El presente artículo representa únicamente la opinión de M. Monteagudo.

Palabras clave: Derecho internacional, integración, globalización Latinoamericana, Unión Europea (ESP)

Abstract: *Following the sixth European Union and Latin America summit in Madrid and its important results at the economic integration level, the author invites us to think about the way both regions have built a legal framework of their specific economic liberalization. While in the European Union the international treaty has been the major juridical instrument, including the derived community law, the economic liberalization in many Latin American countries has developed through legislative harmonization and standardization with non binding mechanisms, well known as soft law. Both techniques, however, are the expression of a key and challenging evolution of international law which was born as an inter-state system and today tends to be rather domestic. In the European Union the convergence of domestic macroeconomic policies constitutes an exceptional evolution in integration law that is being tested by the current international financial crises. On the other side, liberalization and standardization of foreign investment treatment in some Latin American countries developed without any global supervision still shows some limits and inconsistencies.*

Keywords: *International law, integration, globalization, Latin America, European Union (ING).*

Introducción

La velocidad e intensidad en que parecen avanzar los procesos de integración entre Europa y América Latina sobrepasan casi todos los precedentes de integración o asociación comercial, tanto al interior de ambas regiones como a nivel multilateral. Y la Sexta Cumbre entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea celebrada en Madrid entre el 16 y el 19 de mayo de 2010 no ha hecho sino confirmar esta tendencia, con la suscripción de los acuerdos comerciales de la Unión Europea con Perú y Colombia y la reapertura de las negociaciones con MERCOSUR; que se suman a los acuerdos de asociación con Méjico (1997), Chile (2002) y la reciente conclusión de negociaciones con América Central (2010).¹ Ello se produce además en un contexto de generalizada proliferación de instrumentos internacionales

¹ Al término de la Cumbre de Madrid también se resolvió crear la fundación UE-ALC, como instrumento para reforzar las estrategias y proyectos comunes y un nuevo Mecanismo de Inversión (el Latin America Investment Facility, LAIF), destinado a movilizar recursos para el financiamiento de actividades prioritarias. Ver Texto de la *Declaración de Madrid*, 18 de mayo 2010 (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/er/114536.pdf).

en materia económica orientados a abrir mercados, consolidar la libre circulación de bienes, servicios y capitales y crear jurisdicciones internacionales, como una de las expresiones de la globalización económica.

Cabe sin embargo reparar en que la construcción europea y la liberalización económica en América Latina durante los últimos veinte años se han desarrollado a través de instrumentos jurídicos diferentes. Mientras que en el primer caso el protagonismo lo han tenido los tratados (comunitarios) —instrumento clásico del Derecho Internacional— y el derecho derivado, en el segundo, gran parte de la armonización legislativa y estandarización económica (en materia fiscal, monetaria, financiera y de inversiones) se ha implementado con mecanismos más bien no convencionales (no vinculantes) y a los que la doctrina califica como *soft law*. Así, gran parte de las reformas institucionales en materia económica ha sido el resultado de recomendaciones, leyes modelos o visitas técnicas de las organizaciones internacionales del Sistema de Bretton Woods, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio (OMC).²

Más interesante aun es que, tanto el derecho comunitario europeo como el *soft law* aplicado en América Latina, son manifestaciones de una evolución mayor del Derecho Internacional que, como lo proponen Slaughter y Burke-White, ha devenido —paradójicamente— en un derecho *doméstico*, pues liberándose de un ámbito estrictamente inter-estatal penetra en la exclusiva zona de los asuntos internos, afectando de manera *directa* las relaciones entre gobiernos y sus propios ciudadanos y administrados.³

Sin perjuicio del sesgo hacia cada uno de estos instrumentos, la experiencia europea como la latinoamericana no es unívoca, pues en el derecho comunitario europeo, en algunos casos se recurre a la técnica del *Soft Law*,⁴ de la misma forma que la liberalización económica en América Latina en ocasiones se apoya directa o indirectamente en tratados internacionales.⁵ Pero resulta evidente que hay una diferencia sustantiva entre ambos

² La OMC si bien se crea con la conclusión de los acuerdos de Marraquech al término de la ronda de Uruguay, corresponde a la evolución del sistema del GATT iniciado con los acuerdos de Bretton Woods.

³ SLAUGHTER & W. BURKE-WHITE, «The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)» *Harvard International Law Journal* / Vol. 47, 2, (2006) p. 327.

⁴ La «recomendación» es un instrumento empleado por los órganos comunitarios. El Banco Central Europeo dicta, además de elaborar Reglamentos y tomar decisiones, formula recomendaciones que no tienen el carácter de vinculantes (artículos 34.1 y 34.2 de los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales).

⁵ Como es el caso de los Tratados de integración de la Comunidad Andina, MERCOSUR o el sistema ALADI, o de los tratados Bilaterales de promoción y protección de inversiones con una buena parte de países industrializados, los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos de América o los Acuerdos de Asociación con la propia Unión Europea.

espacios jurídicos. Mientras (en) la Unión Europea (se) pretende una *comunidad de derecho* coherente con sus propios y novedosos mecanismos de supervisión, la América Latina *liberal* descansa en un sistema diversificado y eventualmente fragmentado, pero que se viene insertando al mundo y a las relaciones económicas internacionales con un relativo éxito.

Estos desarrollos no nos pueden llevar a concluir que la fragmentación del derecho internacional es un asunto marginal o secundario, o eventualmente mas eficaz que los esfuerzos por consolidar *comunidades de derecho* en la era de la globalización. Menos aún que el desarrollo del *soft law* representa el fracaso de la norma jurídica o del clásico *pacta sunt servanda*. Hoy asistimos, como ocurre en casi todos los campos de la cultura y la ciencia, a una genuina transformación de instituciones⁶ y de formas de ejercer el poder. Y si una comunidad de derecho como la Unión Europea se acerca vertiginosamente a una América Latina jurídicamente *diversificada*, es porque la construcción de un *estado de derecho* internacional puede nutrirse de las nuevas técnicas normativas que se crean al abrigo del orden jurídico y no en contra de éste.

En el presente artículo nos proponemos *pensar* la actual evolución del derecho internacional (1), pero acompañada por los aportes de la construcción europea (2) y la turbulenta liberalización económica en América Latina bajo el *soft law*, con el matiz de su ingreso al nuevo derecho internacional de la inversión extranjera (3).

La mirada latinoamericana de la Unión Europea que ofrecemos a continuación corresponde a una vieja fascinación mutua que no podemos soslayar. Europa siempre atrajo a Latinoamérica y viceversa. Y ello ocurrió en campos tan diversos como la geografía, cultura, la historia, el derecho y hoy por hoy en las relaciones económicas internacionales. Ya en el siglo XVII, cuando el Inca Garcilaso de la Vega se afincó en Montilla (España), adquiere su nacionalidad europea no solamente con la traducción que él hace, del toscano al español, de una obra de León Hebreo, sino cuando sus *Comentarios Reales* de los Incas son citados por los clásicos europeos (Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*)⁷. La evolución del derecho internacional económico nos ofrece una nueva oportunidad para pensar y repensar en esa antigua fascinación.

⁶ Marie-Claude SMOUTS, «Les organisations internationales», Armand Colin, Paris 1995, p. 5.

⁷ MONTESQUIEU, «De l'esprit des lois» Editions Garnier Frères Paris, Tomes I, II [deuxieme partie] L:XXII CH: VI, (1973) p. 76.

I. La transformación del Derecho Internacional

Como es ampliamente comentado en la doctrina, la segunda mitad del siglo XX marca un cambio crítico en el Derecho internacional, en primer lugar por la aparición de nuevos sujetos o actores, antes inexistentes o habitualmente excluidos de un ámbito (el internacional) reservado a las relaciones interestatales, como es el caso de las organizaciones internacionales, la empresa multinacional, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y el propio individuo. Pero además, por las relaciones y efectos que desde el derecho internacional y hacia las jurisdicciones domésticas estos nuevos sujetos empiezan a crear. En la actualidad nos puede incluso resultar arcaico el texto del artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas que establece que *ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*, cuando en el derecho internacional contemporáneo constatamos continuos reenvíos de reglas internacionales de aplicación directa a asuntos domésticos. Por ejemplo, *el estándar de tratamiento justo y equitativo* de la inversión extranjera al interior de una jurisdicción interna es materia de valoración por parte de jurisdicciones arbitrales internacionales *privadas* y a iniciativa y requerimiento de una empresa transnacional privada. Tradicionalmente muchos de los conflictos de tratamiento a la inversión extranjera privada que eran sometidos a jurisdicción internacional, se activaban por obra de la protección diplomática generando un diferendo siempre entre Estados. Si se quería reclamar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de algún principio de derecho internacional, al particular afectado no le quedaba sino esperar que su propio Estado tomara la iniciativa de asumir el reclamo. El caso *Barcelona Traction*⁸ resulta en ese sentido muy paradigmático, pues es nada menos que en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que se discute una materia (responsabilidad internacional por denegación de justicia), que hoy muy bien podría ser de competencia de un Tribunal Arbitral constituido al amparo del sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En *Barcelona Traction* la CIJ no llegó a abordar el asunto de fondo en sentido estricto, por cuanto consideró que el Estado demandante (Bélgica) no era el habilitado a ejercer la protección diplomática, pues en una de las contribuciones más relevantes de esa jurisprudencia al derecho internacional se confirmó que el vínculo de nacionalidad de una empresa se determina en circunstancias normales por el lugar de su constitución o sede social (en

⁸ Ver F. NOVAK, «Caso Barcelona Traction Ligth and Power Company Limited : España vs Bélgica (1970)», *Agenda Internacional*, Año 4, No. 8. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (PUCP), 1997, pp. 77-115.

el caso Canadá) y no por la nacionalidad de las mayoría de sus accionistas como había sido el caso.⁹

La aparición en la escena internacional del individuo o grupos de individuos ha hecho irreversible la posibilidad de que estos puedan llevar a los Estados a cortes o tribunales internacionales competentes para conocer denuncias de violaciones de derechos humanos, obligándolos incluso a modificar la legislación doméstica a partir de consideraciones, principios o costumbre internacional. En este aspecto, la reciente experiencia del Perú con la caída del régimen de Fujimori resulta sumamente ilustrativa, pues como resultado de diferentes acciones promovidas por individuos y Organizaciones No Gubernamentales, el Estado se vio forzado a modificar la legislación antiterrorista.¹⁰

La acción de las organizaciones internacionales también es parte de esta nueva evolución del Derecho Internacional, con solo constatar el continuo liderazgo que asumen y reasumen organizaciones como el Fondo Monetario Internacional o el Bank for International Settlements (BIS) en la solución de las cíclicas crisis financieras del tercer y el primer mundo y la reforma de los sistemas bancarios y financieros nacionales. La integración europea y la liberalización del tratamiento de la inversión extranjera en América Latina confirman esta preponderancia de las organizaciones internacionales en la armonización de reglas económicas a nivel transnacional, pero sobre todo —esa es la particularidad— a nivel interno.

Todo este proceso no solamente modifica relaciones jurídicas o ámbitos competenciales, sino que sobre todo transforma continuamente a los propios sujetos y muy particularmente a aquél en torno al cual se construye el Derecho Internacional desde el siglo XVI: el *Estado nacional*. Y claro, a primera vista si se toma en cuenta que la aparición de los Estados nacionales opera a través de un proceso de centralización del poder político y económico de los reinos europeos en contraposición al modelo imperial o la influencia del papado en las relaciones internacionales, en el siglo XX operará un desbor-

⁹ La CIJ comparó las teorías de la constitución y del control (mayoría de accionistas) para determinar el vínculo de la nacionalidad y optó por la primera, aunque señaló las circunstancias especiales en que la segunda podía prevalecer tales como aquellos casos en que el estado cuestionado era el mismo que el de la constitución o si la discusión refería específicamente a los derechos de los accionistas. Sin embargo, en el capítulo de inversiones de los TLCs que actualmente viene suscribiendo los Estados Unidos con países Latinoamericanos se adopta conjuntamente ambas teorías para definir la nacionalidad. M. MONTEAGUDO, «Apuntes para el entendimiento de la evolución del Derecho internacional de la inversión extranjera: De la emergencia a la liberalización», *Agenda Internacional*, Año 11, No. 24. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (PUCP), 2007, 203.

¹⁰ Ver párrafo 32 de Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003 (Caso Loayza Tamayo, Cumplimiento de Sentencia). <http://190.41.250.173/RIJ/BASES/jurispl/loayzac.htm>

dante proceso inverso que nos llena de preguntas. La aparición de los Estados nacionales trajo consigo a grandes teóricos de la soberanía del Estado, como Grocio, Boudín y a los propios padres de la Escuela de Salamanca como Francisco Vittoria, que trataron de explicar y justificar el fenómeno político, económico y social de la centralización del poder y la relación entre soberanos en la escena internacional.¹¹ Esta suerte de internacionalización del derecho doméstico y la transformación o *pérdida* de soberanía de los Estados aparece hoy como un fenómeno a escala mundial sino equivalente, cercano al de los padres del derecho internacional.

El profesor Raustiala tiene al respecto un interesante enfoque,¹² que sintetizo en dos puntos: (i) La discusión sobre la pérdida de la soberanía, más que una dicotomía entre si existe o no poder público que en alguna medida u otra regule las relaciones económicas transnacionales, es más bien una sobre dónde se le ubica o dónde resulta más efectiva para proteger a los individuos y a las colectividades (¿en Nueva York, Bruselas, Madrid, Santiago, Lima, Cuzco o la Paz?) y (ii) las organizaciones internacionales —lejos de afectar indefectiblemente la soberanía de los Estados— pueden incluso fortalecerla frente a la influencia o presión de los grupos de poder, nacionales y transnacionales (Raustiala los califica como *rent seekers*). Ello requerirá sin embargo adecuados mecanismos de transparencia y fiscalización, para no reproducir a nivel internacional o federal las ineficiencias domésticas o la *captura* del nuevo y descentralizado poder público internacional.

Hay que considerar que por definición el derecho internacional o el orden jurídico internacional supone una limitación a la soberanía de los Estados nacionales en el entendimiento de que existen reglas o principios aun superiores. Así lo entendió el propio Kelsen¹³ y es la base de la teoría de las fuentes del derecho internacional que reconoce las reglas *Jus Gogens* (principios inmodificables por los Estados), o el propio derecho internacional consuetudinario, generado por una práctica constante y extendida entre la mayoría de Estados sin que sea absolutamente unánime.¹⁴ Entonces, la internacionalización del derecho interno no es del todo ajena a nuestra cultura jurídica, como no lo es la armonización legislativa voluntaria entre Estados. Baste considerar la propagación de sistemas jurídicos a través de las familias jurídicas romano civilista, anglosajona o islámica a lo largo de la historia.

¹¹ Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER & A. PELLET, «Droit International Public,» Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 50-56.

¹² K. RAUSTIALA, «Rethinking the sovereignty debate in international economic law», *Journal of International Economic Law* 6 (4), 2003, 844-849.

¹³ Hans KELSEN, «Teoría pura del derecho» (editorial universitaria de Buenos Aires, 1975), p. 191.

¹⁴ Ver D. CARREAU, «Droit International» (Pedone, 2007), pp 246-267.

II. La evolución del DIE y la comunidad de derecho en la Unión Europea (una dinámica de *Hard law*)

Empezamos señalando que la Unión Europea es una construcción jurídica fundada en los instrumentos y fuentes básicos del derecho internacional, los tratados. Sin embargo, el derecho comunitario europeo tiene características tan singulares y complejas que él mismo también está contribuyendo a la transformación del Derecho Internacional. Para los propios políticos europeos no ha sido fácil comprender y por su puesto reconocer las implicaciones de la Europa *jurídica*. Al General De Gaulle por ejemplo, se le atribuyen las mayores diatribas hacia el poder de los órganos supranacionales; no obstante él mismo le dio al proyecto europeo un influjo (que se sigue recurriendo hasta nuestros días) cuando tomó la iniciativa de acercarse a la Alemania de Konrad Adenauer. De Gaulle fue además perfectamente consciente —como lo sugiere su Ministro Alain Peyrefitte— de los rumbos supranacionales en los que habría de derivar Europa.¹⁵ De la misma forma el presidente Mitterrand, durante la campaña por la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, militó activamente por el sí pero repetía que la política monetaria europea sería definida por los gobiernos de los Estados miembros.¹⁶ Y aunque hoy algunos lo lamenten, estuvo muy claro en el texto del Tratado de Maastricht que la política monetaria europea sería conducida de manera autónoma por el Banco Central Europeo.

Deseamos situar nuestra reflexión sobre el Derecho Comunitario Europeo y su contribución a la evolución del Derecho Internacional Económico a través de dos ejercicios: repasar lo esencial de su enfoque de convivencia entre Estados nacionales y organizaciones comunitarias y —con un propósito más bien *empírico*— comentar los retos del sistema de coordinación de las políticas económicas internas.

1. *Un orden jurídico superior que combina la acción comunitaria y la acción nacional: fisura en el Derecho Internacional*

Un primer elemento especialísimo en la creación y aplicación del Derecho Comunitario Europeo es la concurrencia —casi simultánea— de la acción interestatal o *intergubernamentalismo* (negociación y suscripción de tratados), la acción normativa de las organizaciones comunitarias que

¹⁵ A. PEYREFITTE, «C'était de Gaulle» (La France reprend sa place dans le monde), (éditions de Fallois/ Fayard, 1994), pp. 350-386.

¹⁶ R. CHEMAIN, «L'Union Économique et Monétaire, Aspects Juridiques et Institutionnels» (Paris, Pedone 1996), pp. 355-356.

podría aproximarse al *funcionalismo* de los organismos internacionales y la acción propia de los Estados nacionales. Para muchos comentaristas —como refiere Smouts— en cada avance hacia la Unión Europea hay una parte de intergubernamentalismo y otra de neo-funcionalismo, *una parte de voluntad consciente de los Estados y una parte de racionalidad tecnocrática*.¹⁷ Hay que recordar que el *funcionalismo*, en una de sus acepciones, es entendido como característica esencial de las organizaciones económicas internacionales nacidas con los Acuerdos de Bretton Woods y que se refiere a la *autonomía* (presupuestaria y funcional respecto del Sistema de Naciones Unidas) de estas organizaciones y su capacidad de crear normas y sobretodo de influir en las reformas legislativas y económicas domésticas, gracias a sus funciones operativas (financiamiento y asistencia técnica).¹⁸ En la teoría del Derecho Comunitario Europeo también hay una utilización directa del concepto de *funcionalismo*, como una novedosa forma de acción colectiva a través de instituciones comunes.¹⁹

Es precisamente por esta convivencia jurídica múltiple, basada en la preeminencia del Derecho Comunitario, que Papadopoulou utiliza el término *fisura* en los cánones clásicos del derecho internacional. Señala que la originalidad de la construcción europea, en el contexto del funcionamiento de un gobierno post-nacional y no puramente supranacional, es que los Estados siguen siendo soberanos, aun habiendo transferido sus competencias a la Comunidad en dominios tan sensibles como la política agrícola o la política monetaria.²⁰

A diferencia de lo que podría ocurrir en otros dominios *abiertos* del derecho internacional, como el derecho monetario internacional o el derecho

¹⁷ «La complementaridad aparente de los dos enfoques que constatamos hoy, solo se puede operar al precio de una renuncia a los postulados básicos de cada uno. El intergubernamentalismo parte de la convicción de que el Estado se encuentra en capacidad de resistir todas las peripecias y de sobrevivir a todos los intentos por substituirlo. El neo-funcionalismo estima al contrario que el Estado está destinado a hacerse a un lado ante instituciones supranacionales apoyadas por élites y grupos de interés transnacionales. La coexistencia de estas dos lógicas muestra la gran confusión intelectual en la que se encuentra el análisis de la construcción europea.» M.-C. SMOUTS, supra 6, pp. 25-26.

¹⁸ S. ZAMORA, «Economic Relations and Development», pp. 509-513, en SCHACHTER, O. y JOYNER, C. (eds.), *The United Nations Legal Order*, Vol. I. New York, 1995). Ver también H. HILLGENBERG, «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law* (1999), Vol.10 No. 3, 499-515.

¹⁹ Gérard SOULIER, «Histoire de la construction Européenne» Union Européenne, LexisNexis SA —2006— Fasc 161, (4).

²⁰ R.-E. PAPAPOULOU, «Souveraineté et surveillance dans le cadre de la communauté européenne ou comment concilier deux exigences contradictoires» (questions intéressant l'europa), *Annuaire Français de Droit International*, LI —2005— CNRS Éditions, Paris, 699-700

internacional de la inversión extranjera, la concurrencia o coexistencia de la acción normativa de los organismos internacionales (en este caso comunitarios) y la de los Estados nacionales obedece a un deliberado objetivo de *coherencia* y a una serie de mecanismos jurídicos para implementarlo y fiscalizarlo, como son la primacía del derecho comunitario, el efecto directo de las Directivas Europeas y la acción del Tribunal Europeo de Justicia. Hay en consecuencia tres niveles de producción normativa en búsqueda de una coherencia propia de una *comunidad de derecho*, de modo tal que la primacía del derecho comunitario debe ser garantizada por los Estados nacionales y al punto que el Juez nacional también controla su implementación.²¹

Como lo ha recordado en numerosas oportunidades el Tribunal Europeo de Justicia, los Estados no pueden oponer su propio derecho al de la comunidad. *La fuerza ejecutiva del derecho comunitario no debe variar de un Estado a otro como consecuencia de la legislación interna, de lo contrario se pone en peligro la realización de los objetivos de la comunidad... La transferencia del orden jurídico en favor del orden comunitario supone una limitación definitiva de sus derechos soberanos, como es el de hacer prevalecer [internamente] un acto unilateral sobre una norma comunitaria.*²²

De igual manera, el efecto directo de las Directivas Europeas —como también lo ha dicho el Tribunal Europeo de Justicia en su pronunciamiento fundador— no sólo está basado en la necesidad de la coherencia, unidad y efectividad, sino también en la *antropología* que guía al proyecto en su conjunto. La construcción europea supone la implicación de los individuos como receptores del derecho comunitario. Los tratados comunitarios tienen como objetivo a los *pueblos y de una manera más concreta, por la creación de los órganos que institucionalizan los derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos.*²³

Una última consideración sobre las novedades que aporta el Derecho Comunitario Europeo es que la supervivencia de las competencias nacionales en materias de exclusiva o concurrente competencia con la Unión Europea es limitada y sobre todo sujeta a una permanente supervisión. Así tenemos no solamente el efecto directo, sino las propias directivas de armonización que en las materias técnicas establecen reglas tan detalladas que a la postre dejan a los Estados miembros un margen muy limitado de discre-

²¹ Id., p. 707.

²² Decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de Julio de 1964 (*Costa cl Enel: Rec: CJCE*). Ver R MEHDI, «Primauté du droit communautaire» *Ordre Juridique Communautaire*, LexisNexis SA 2006, Fasc. 161-33-22.

²³ Decisión CJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*.

cionalidad para efectuar la transposición.²⁴ Igualmente, el Principio de subsidiariedad pensado por algunos como un instrumento de protección de los Estados miembros (*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...*),²⁵ permite también una justificación de la extensión de las competencias comunitarias cada vez que resulta que la acción en cuestión, por su dimensión o sus efectos, puede ser mejor realizada a nivel colectivo.²⁶

En suma, la Unión Europea, como expresión de la evolución del derecho internacional, constituye un orden jurídico *superior* que se implanta directamente en los sistemas jurídicos nacionales, con la acción mutua de Estados y organismos comunitarios, en la búsqueda permanente de coherencia.

2. *El reto de la internacionalización (comunitarización) de las políticas económicas nacionales*

Como hemos señalado, la singularidad y *fisura* del Derecho Comunitario Europeo no sólo se expresa en la forma de generar normas jurídicas (conurrencia de acciones normativas a diferentes niveles), sino también en las áreas domésticas en las que ingresa y entre éstas la conducción y ejecución de políticas macroeconómicas, lo que supone un cambio importante para el derecho internacional. Ello resulta más que evidente si se repara en que la capacidad *legal* (sobre todo constitucional) y material de los Estados nacionales para diseñar y ejecutar políticas económicas a nivel *macro*, ha ocupado gran parte de la historia económica del siglo XX y ha servido para consolidar y centralizar su poder.

Durante el siglo XIX no era frecuente imaginar que un ministro de economía y finanzas se planteara la posibilidad de controlar perfectamente la demanda agregada, o ejecutar una política coyuntural modificando los ingresos y gastos del Estado y variando las tasas de interés.²⁷ La puesta en práctica del intervencionismo Estatal en los países ajenos a la órbita de la URSS va irrumpir en gran medida con el *New Deal* del presidente Roosevelt

²⁴ PAPAPOULOU, *supra* 19, p. 705.

²⁵ Artículo 5 del Tratado de Lisboa.

²⁶ R. CHEMAIN, *supra* 16, p. 285.

²⁷ A partir de los años treinta que se desarrollarán políticas de crédito y políticas fiscales SCHNEIER, E., «L'état et l'économie» in RUEFF, J., *Les fondements philosophiques des systèmes économiques: textes de Jacques Rueff et essais rédigés en son honneur*, 23 août 1966, Paris: Payot, 1967, pp. 344-345.

y la multiplicación de las *agencies* del Gobierno. Llama primariamente la atención cómo uno de los novísimos mecanismos de fortalecimiento del Estado nacional termine atrapado, o más precisamente limitado, en la órbita de la comunitarización y en un período relativamente corto. A la luz de la actual crisis financiera europea generada en gran medida por los desbalances de las políticas fiscales domésticas, podemos intuir que los mecanismos de control y límite todavía no operan en los niveles esperados, lo que no quiere decir que la construcción europea no camine en esa dirección si tenemos en cuenta los principios de base de la creación del mercado interior y las ideas que lo inspiran.

Así pues, los tratados comunitarios han venido recogiendo, como ha ocurrido con la Constitución Europea y el Tratado de Lisboa, referencias a la expresión *Economía Social de Mercado* que, como veremos, es mucho más que un enunciado retórico, precisamente por sus consecuencias concretas en el diseño general de la Unión. El artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea señala que *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva...*²⁸ Si se revisan los antecedentes de este concepto, lo encontraremos bajo la fórmula del *ordoliberalismo* propuesto por un círculo de alemanes católicos antes de la Segunda Guerra Mundial y liderados por Walter Eucken (escribe su libro *The Foundations of Economics* en 1930). El ordoliberalismo o Economía Social de Mercado es implementado años más tarde por Ludwig Erhard, primero como ministro de Konrad Adenauer (1949-1963) y más tarde como canciller (1963-1966), bajo una la idea de una asociación entre la libertad política y económica y el *estado de derecho*. Lo particular es que el estado de derecho (*Rechtsstaat*) no se articula únicamente con la protección de los derechos individuales y colectivos sino también con un *orden* macroeconómico garantizado por el poder público, de lo que se deriva al concepto de *Constitución Económica*. Lejos de un anti-estatismo, el ordoliberalismo propone que el poder público garantice *constitucionalmente* la estabilidad monetaria, el libre acceso a los mercados, la propiedad privada de los medios de producción, la libertad de los contratos y sobre todo la *constancia en las políticas macroeconómicas económicas*.²⁹ Es precisamente alrededor de este último elemento que se construye la supervisión del equilibrio fiscal, por los efectos perturbadores

²⁸ En el objetivo I-3 de la Constitución Europea hay un texto similar.

²⁹ LATOURNALD, A.-G., *L'ordolibéralisme, les linéaments d'une synthèse entre l'histoire, le droit et l'économie politique*, Mémoire DEA, Histoire de la pensée économique et Epistémologie, Paris I, (direction: Françoise Duboeuf), septembre 1995, Paris, p. 29.

que pueden crear en la economía de los individuos la inflación y las crisis financieras del poder público.

No debe sorprender entonces que la creación del mercado interior europeo tenga como elemento subyacente la garantía de un *orden constitucional económico*, aún sin duda en proceso de consolidación en un contexto en el que comparten competencias órganos comunitarios y Estados nacionales. Los artículos 2 y 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señalan que los Estados miembros *coordinarán sus políticas económicas* y que con este fin *el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas*, lo que se encuentra ampliamente desarrollado en el artículo 121 bajo el mecanismo del control multilateral. De este modo, *cuando se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro*.³⁰

Otro medio de control comunitario de las políticas económicas domésticas son las diversas medidas que prevé el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para el caso de los *déficits públicos excesivos*. Estos empiezan con la determinación de dos criterios de observancia de la disciplina presupuestaria: un valor de referencia de la relación déficit público/PBI y otro de la relación deuda pública/PBI. El incumplimiento de estos criterios determina la elaboración de informes de la Comisión Europea, que son dictaminados por el Comité Económico y Social, para la resolución final del Consejo respecto a si se ha incurrido o no en déficits excesivos, que deben incluir recomendaciones de obligatorio cumplimiento. Ante la persistencia de la situación no corregida, el Estado miembro es susceptible de recibir sanciones que incluyen la interrupción de préstamos del Banco Europeo de Inversiones, la obligación de constituir un depósito sin devengo de interés o simplemente la imposición de multas.³¹

Ahora bien, este andamiaje de supervisión de las políticas económicas ha existido desde antes del Tratado de Lisboa y ha tenido sus momentos críticos. A raíz de la suspensión del procedimiento seguido por el Consejo contra Francia y Alemania en el año 2003, que motivó una demanda de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que el sistema de prohibición de déficits públicos excesivos constituyen obligacio-

³⁰ El artículo 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece un procedimiento detallado que se inicia con la determinación de orientaciones generales de políticas económicas, cuyo cumplimiento es sometido a un control supranacional que incluye una fase de recomendaciones.

³¹ Artículo 126 del TFUE.

nes jurídicas señalando que este sistema tiene un carácter obligatorio que se impone no solamente a los Estados, sino también a las instituciones comunitarias, incluyendo al Consejo, el que no se debe exonerar de las reglas ni recurrir a vías alternativas.³² Incluso hoy mismo, resulta necesario esclarecer la efectividad de estos mecanismos en el contexto de la crisis fiscal de Grecia y las preocupantes señales en países como España, Portugal y la propia Inglaterra. ¿Por qué resultan sorprendentes las cifras sobre desajuste fiscal en algunos países miembros, si las coordinaciones y compromisos de convergencia deben ser supervisados con la misma agudeza que la transposición nacional del derecho comunitario?

La respuesta a esta interrogante requiere un análisis riguroso, que no tenemos la pretensión de desarrollar aquí, pero sí cabe remarcar desde nuestro enfoque jurídico que las normas de los Tratados comunitarios y los fundamentos que las inspiran han construido un sistema en el que la estabilidad macroeconómica de todo el espacio europeo es una inevitable suma de partes; de modo que conforme se avance en la profundización del mercado interior los efectos de una crisis fiscal, financiera o real en uno de sus miembros afectará también y con mayor profundidad al resto. Y este efecto en cadena está ligado a la profundización del mercado común que es el verdadero motor de la evolución del derecho comunitario, como reseñamos en el siguiente ejemplo.

Durante los años del Tratado de Roma, el principal objetivo de las políticas comunitarias fue facilitar el libre movimiento de bienes, servicios y personas a través de las fronteras nacionales y crear el Mercado Único. Lo interesante es que la consolidación progresiva de las libertades de circulación ha ido generando nuevas libertades y ampliando el contenido económico del Mercado Único y en consecuencia interconectando más profundamente las economías de los países miembros. Como lo apunta el profesor Patrick Juillard, cuando la Unión Europea concretiza definitivamente la integración comercial, las libertades financieras se convierten en motor de una nueva evolución. En 1988 la Comisión europea aprueba la Directiva n.º 88/361/CEE que consagra la completa liberación de movimientos de capitales, la que de ser una libertad secundaria en relación a la integración comercial, se convierte en el nuevo impulso de la integración bancaria y financiera.³³ En ese momento, la integración monetaria deviene en una consecuencia absolutamente lógica, pues ante un solo espacio económico en que circulan libremente bienes, servicios, capitales y personas es razonable que el instrumento monetario tenga que ser único. Esto último retroali-

³² PAPADOPOULOU, *supra* 19, pp. 722-723

³³ JUILLARD, P., «Libre circulation de capitaux — introduction générale — stipulations du Traité de Rome» (*Circulation de capitaux*), *Jurisclasseur Europe*, 1988, fasc 900, p. 9.

mentará la necesidad de coordinar las políticas económicas y precipitará al mismo tiempo una reforma institucional en el seno del sistema monetario al crear el Banco Central Europeo. Hay que recordar además que en el año 2000 se aprueba la Agenda Lisboa, adoptándose un programa de 10 años para la implementación de 42 medidas orientadas a fortalecer la Industria Financiera Europea y consolidar definitivamente un espacio financiero europeo, que no podrá generar nuevas evoluciones en un contexto en que la estabilidad fiscal de los países miembros no se encuentre completamente asegurada.

III. La vía Latinoamericana de la liberalización por los caminos del *Soft law*

Luego de estas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del Derecho Comunitario Europeo, una mirada paralela del proceso latinoamericano nos hace pensar inmediatamente en los *criterios de adhesión* a la Unión Europea³⁴ (aunque técnicamente hablando la adhesión no es el camino previsible) y más específicamente al criterio económico: *La existencia de una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión*. Ocurre que América Latina, a partir de los años ochenta experimenta un impresionante y generalizado proceso de transformación económica hacia la apertura económica y la economía de mercado, despues de los años de inflación y crisis financiera, proceso que es relativamente homogéneo y directamente impulsado, como señalamos al inicio, por organizaciones económicas internacionales como el FMI, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo. Ello estará aunado al contexto mundial atizado por la caída del régimen soviético y el impulso de la Unión Europea también de fines de los ochentas. Se desata entonces una generalizada euforia liberal de Norte a Sur y las estatizaciones de los años revolucionarios se transforman en proyectos privatizadores y un franco proceso de estabilización macroeconómica en la mayoría de países. Cabe destacar sin embargo que la generalizada euforia liberal de los noventa ha tenido su relativización (pero de ningún modo su fin) con los procesos políticos y económicos de países que de alguna manera siguen el liderazgo de la Venezuela de Hugo Chávez.

Los procesos políticos además durante los últimos años en América Latina han estado marcados por una complejidad aún mayor y aunque requieren de un análisis específicos, no pueden ser ignorados si consideramos

³⁴ Criterios de Copenhague. Consejo Europeo, Junio 1993 (precisados en Madrid 1995)

que los *criterios de adhesión* incluyen uno político: *la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías*. Hoy por hoy las dictaduras militares de los años setentas no son la regla y prácticamente en toda la región —con algunas excepciones— se están sucediendo gobiernos democráticamente elegidos. Ello sin duda constituye un avance muy significativo. Sin embargo, el descrédito general de la política y la crisis de representación (debilitamiento de partidos políticos en las mayoría de países y surgimiento de liderazgos o caudillismos de coyuntura) y la persistencia de profundas desigualdades socio-económicas,³⁵ está impidiendo que la integración económica de América Latina con el mundo esté acompañada —al mismo ritmo— de una consolidación de sistemas políticos estables y legitimados por la opinión pública. Con un ingrediente de desaconsejable fatalismo, en América Latina se suele comentar que al *éxito* macroeconómico y a la apertura de las inversiones en la mayoría de países, no le sigue la madurez política y social o que sus logros en la política no alcanzan a aquellos en el arte y la literatura.³⁶

Es posible que este *déficit* político de la apertura económica en América Latina explique en parte sus dificultades para desarrollar un proyecto de integración regional, con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea, según hemos reseñado precedentemente y el hecho de que su homogenización (en gran número de países) sea producto del *soft* y no del *hard law*. De hecho, si tenemos en cuenta el texto del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) suscrito en Brasilia el 23 de mayo de 2008,³⁷ que es evidentemente un paso político tras-

³⁵ De acuerdo al Índice de Oportunidad Humana (IOH) 2010 del Banco Mundial, presentado en Madrid en mayo de 2010, América Latina ha crecido en los últimos 15 años a un ritmo de un punto porcentual por año, con lo cual la universalización de los servicios básicos podría tardar hasta una generación —es decir, 24 años— en llegar a todos los latinoamericanos. (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/0,,contentMDK:22579687~pagePK:146736~piPK:146830~theSitePK:489669,00.html>)

³⁶ «Desde el inca Garcilaso de la Vega y Sor Juana Inés de la Cruz hasta los poemas de Vallejo, Neruda, Octavio Paz, nuestra literatura ha edificado una América Latina de ficción a la altura del paradigma que vieron en ella los primeros europeos que desembarcaron aquí. En el campo político, en cambio, en el que conviene discernir con claridad lo que separa a la realidad con la ficción, esta tendencia ha resultado catastrófica [...] Lo que ahora necesitamos es que América Latina lleve a cabo en el ámbito político y social las mismas proezas que sus creadores han realizado en el dominio de la literatura, la plástica, la música y el cine.» Mario VARGAS LLOSA, «Sueño y Realidad de América Latina», pp. 39, 54 (Fondo Editorial PUCP, 2009).

³⁷ Los países signatarios del Tratado de UNASUR son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. El caso de la integración centroamericana a través del Sistema de la Integración Centroamericana

cidental y que tendrá que evolucionar, está planteado bajo un esquema básicamente intergubernamental.

El artículo 2 del Tratado de UNASUR sintetiza la ambición del proyecto y sus naturales limitaciones institucionales (si piensa en la concurrencia normativa de Estados y órganos comunitarios del Derecho Comunitario Europeo): *La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.* El propio artículo 12 del Tratado señala categóricamente que toda la normativa de UNASUR se adoptará por *consenso*. Y si al mismo tiempo se considera la interesante evolución de los procesos de la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) que deberán integrarse al proyecto sudamericano, se constata que una de las dificultades centrales de ambos procesos descansa en la reiterada aprehensión de los Estados miembros a transferir competencias a los órganos *comunitarios*.³⁸

1. *El cómo y el porqué del soft law en la liberalización económica*

No es nuestro propósito realizar un análisis comparativo entre Derecho Comunitario Europeo y el derecho comunitario de los diversos esfuerzos de integración en América Latina. Más bien, queremos identificar lo esencial de una forma alternativa de *homogenización* y si se quiere de relativa *armonización*, del proceso de apertura y liberalización económica en un buen número de países de América Latina. Decimos *alternativa* porque no se ha implementado con los instrumentos formales-coercitivos del derecho comu-

(SICA) ha sido mas significativo, aunque la regla del consenso para las decisiones de los órganos del subsistema económico, también fue recogida en el Tratado constitutivo (artículo 52 del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centro Americana, *Protocolo de Guatemala*).

³⁸ Sobre la historia institucional de la CAN y MERCOSUR y sus perspectivas en UNASUR sugerimos la tesis de Jimena Solar, «Análisis de la Evolución de los Órganos de la Comunidad Andina y del Mercado Común del Sur: Fortalecimiento, Convergencias y Sinergias en la Unión de Naciones Suramericanas» Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú (16 de Junio de 2010). ALGUNA REFERENCIA A LA INTEGRACIÓN EN CENTROAMÉRICA.

nitario y el derecho internacional, sino más bien por la vía de la persuasión y estandarización (*Soft Law*). Ya hemos señalado también que esta técnica no es ajena al derecho internacional económico contemporáneo (y a la propia práctica europea) e incluso, tiene conexiones con algunas prácticas del clásico. Recuérdese que la *modelización* en materia sobre todo económica no siempre ha requerido de enunciados *ideológicos* en Tratados Internacionales o Constituciones Políticas.³⁹ Este es el caso del sistema de Patrón Oro que imperó en una buena parte del mundo durante el siglo XIX, consagrándose en diversas constituciones nacionales y permitiendo una integración financiera que se anticipó a nuestros días. El sistema de patrón Oro devino en una práctica casi universal, sin suscribirse un tratado multilateral como los que vendrían al final de la Segunda Guerra mundial.⁴⁰

La gama de mecanismos que conforman el *soft law* tienen como punto central el hecho de que no comprometen la responsabilidad internacional de los Estados, pues no se está frente a una obligación jurídicamente vinculante. Más aún, las recomendaciones o estándares (por ejemplo, las recomendaciones sobre la supervisión bancaria del Comité de Basilea,⁴¹ las líneas directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa⁴² o los códigos de conducta del FMI sobre transparencia de la política fiscal⁴³) son suficientemente flexibles para adaptarse a cada circunstancia e incluso van evolucionando en el tiempo como resultado de su aplicación general e intercambio de experiencias (es el caso precisamente de las reglas de Basilea). Pero el incumplimiento del *soft law*, si bien no acarrea consecuencias jurídicas directas sí puede tener efectos económicos, políticos o de credibilidad, que en algunas ocasiones brindan un efecto mayor que la norma jurídica internacional. Los países europeos han tenido una importante experiencia con el *Soft Law* a través de la acción de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD)⁴⁴ y — como ya señalamos — al interior del propio Derecho Comunitario Europeo, que

³⁹ El artículo 58 de la Constitución Política Peruana, como el Tratado de la Unión Europea define el modelo económico como el una economía social de mercado.

⁴⁰ Ver CARREAU, D., *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, p. 43 (Paris: Cujas, 1970). De hecho la práctica universal del patrón oro facilitó intentos de integración monetaria en el siglo XIX, como la Unión Latina.

⁴¹ Ver G. HEINRICH, «Determinación de estándares internacionales. Hacia la certidumbre jurídica y la estabilidad financiera», pp. 120-150 en *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo I (UNAM, México 2006).

⁴² *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992. Ver I. F. I. SHIHATA, «Legal treatment of foreign investment: the World Bank guidelines» (Martinus Nijhoff, 1993).

⁴³ CÓDIGO REVISADO DE BUENAS PRÁCTICAS DE TRANSPARENCIA FISCAL (2007) en <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/codes.pdf>

⁴⁴ Por ejemplo, el Código de liberalización de movimientos de capitales.

recurre a la figura de las *recomendaciones* de sus diversas instituciones y órganos.

Tanto en la doctrina como en la práctica del derecho internacional se considera a los denominados *Actos concertados no convencionales* (o *non-binding agreements*), con características similares al Soft Law, pues vinculan a los Estados por el principio de buena fe, facilitan los procesos de negociación en materias complejas que requieren de mayor tiempo para alcanzar acuerdos formales y definitivamente permiten coordinar la armonización de la legislación interna, evitando los largos procesos de aprobación y ratificación de los tratados.⁴⁵

2. Liberalismo y apertura: el cambio de paradigma

La crisis de la deuda de América Latina, que se inicia con el anuncio de la moratoria de Méjico (1982), es parte de un problema global que comprende inflaciones en el primer mundo (y aumentos en la tasa de interés) y una combinación de crisis estructurales en la balanza de pagos y agudos déficits fiscales en el tercero. La respuesta a la crisis va a coincidir con una serie de fenómenos y reacciones que a la postre precipitarán un cambio de paradigma de las políticas económicas nacionales a nivel global. En el terreno de las negociaciones comerciales, tendremos el relanzamiento de la ronda de Uruguay en las negociaciones multilaterales del GATT y al interior de los países industrializados, la aplicación de sendos programas de estabilización económica y financiera. En el caso específico de los Estados Unidos, nos referimos a los años de la *desregulación* bancaria y financiera y a nivel europeo, a la aplicación de programas de ajuste económico complementados con sendos programas de privatización en países como Inglaterra y Francia. Además, en 1986 la construcción europea ingresa en una nueva evolución con el lanzamiento del Plan Delors, que concluirá con la aprobación del Tratado de Maastricht y la creación de la Unión Económica y Monetaria Europea (1992).

América Latina será parte del cambio de paradigma económico, en el contexto de su salida de la crisis financiera y a partir de los años noventa la mayoría de países ingresa a una abierta competencia por atraer inversiones extranjeras. Este momento también coincide con un cierto nivel de consenso en la teoría económica y más específicamente en la teoría monetaria, cuando se reconoce la separación entre política fiscal y monetaria, en el sentido de que la primera corresponde a la acción redistributiva del Estado

⁴⁵ Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER & A. PELLET., *supra*, pp. 384-389.

y la segunda, única y exclusivamente a la preservación de la estabilidad de precios. Este último concepto (en favor de los monetaristas vis-à-vis los keynesianos) coadyuvará con la diseminación del modelo del banco central independiente. Todo este proceso estará acompañado por la acción de las organizaciones internacionales, de modo que diferentes reformas legislativas y acciones de política económica, serán el resultado de recomendaciones, visitas técnicas o programas de asistencia técnica aunados a financiamiento internacional.⁴⁶ Aspectos como las reformas institucionales ligadas al equilibrio fiscal y la administración tributaria, la administración y gestión de la tesorería del Estado, la reforma de la regulación y supervisión bancaria y la independencia del Banco Central, fueron parte de los programas de ajuste económico supervisados y asistidos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. En el caso específico de la regulación bancaria y financiera, la mayoría de países de América Latina adoptó las recomendaciones de la Comité de Basilea de supervisión bancaria, modificando las legislaciones y regulación en materia bancaria y financieros. Estos procesos han sido y continúan siendo objeto de evaluaciones periódicas del FMI.

La reforma de un gran número de Bancos Centrales de América Latina, a fin de establecer constitucional y legalmente un estatuto de independencia respecto de los poderes públicos, también ha jugado un rol determinante en el proceso de estabilización económica y reforma institucional. Por ejemplo, la prohibición de financiamiento monetario al tesoro público, en términos análogos al recogido en el artículo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se encuentra recogido en la mayoría de constituciones políticas, del mismo modo que la autonomía presupuestaria y funcional de los bancos centrales para conducir y ejecutar la política monetaria.⁴⁷

En lo que concierne al tratamiento de la inversión extranjera también se produce un dramático cambio de actitud en la mayoría de países de América Latina. De una visión que durante muchos años reclamó el sometimiento de la inversión extranjera a la ley y jurisdicción de los países receptores de la misma, cuyas máximas expresiones fueron la doctrina Calvo⁴⁸

⁴⁶ Ver Ernesto AGUIRRE, «El proceso de reforma de los bancos centrales en América Latina» in AGUIRRE, E., JUNGUITO, R. et MILLER, G., *La banca central en América latina, aspectos económicos y jurídicos*, Bogotá: Tercer Mundo editores, 1997, pp. 6-9. Las principales reformas se llevan a cabo en Chile (1989), El Salvador (1991), Argentina (1992), Colombia (1992), Ecuador (1992), Nicaragua (1992), Perú (1992), Venezuela (1992), and Bolivia (1993), Méjico entre otros.

⁴⁷ Ver M. MONTEAGUDO, «Neutrality of Money and Central Bank Independence» en INTERNATIONAL MONETARY AND FINANCIAL LAW The Global Crisis (M. GIOVANOLI y D. DEVOS eds.), (Oxford, 2010).

⁴⁸ En reacción al uso de la fuerza de los Estados extranjeros para proteger sus inversiones en América Latina, el Ministro de Relaciones Exteriores Carlos Calvo (1824) inicia un

y las Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la *Soberanía Permanente de los Estados sobre sus Recursos Naturales*⁴⁹ y la *Carta de Derechos y Deberes Económicos*,⁵⁰ la mayoría de países se integra a un proceso de *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera. Este proceso, a diferencia del Derecho Comunitario Europeo, está signado por una diseminación de fuentes. En principio esta *internacionalización* no está basada en un sistema multilateral, como se pretendió durante las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones promovido por la OCDE y truncado en 1999 ni en un mecanismo de supervisión que asegure la coherencia del sistema, sino fundamentalmente en la multiplicación de acuerdos bilaterales de inversión, conocidos como BITs por sus siglas en inglés (Bilateral Investment Treaties) y habiéndose suscrito más de 2.500 a fines del año 2006, incluyendo Tratados de Libre Comercio (TLCs) promovidos por los Estados Unidos de América, que incorporan un Capítulo especial sobre inversiones.⁵¹ La mayoría de estos tratados recogen principios relativamente homogéneos de tratamiento no discriminatorio a la inversión extranjera (trato nacional, cláusula de la nación mas favorecida, estandar de tratamiento justo y equitativo y reglas sobre expropiaciones directas e indirectas) y prevén el sometimiento a arbitraje internacional por los conflictos que pudieran surgir entre los inversionistas extranjeros y los Estados huéspedes, respecto al cumplimiento de dichos principios.⁵² Igualmente, la mayoría de las cláusulas arbitrales de los BITs y los TLCs se remiten al CIADI creado mediante la Convención de Washington (1965), promovido por el Banco Mundial y si bien los laudos arbitrales obligan exclusivamente a las partes en conflicto, desde fines de los ochenta año a año se incrementan procedimientos arbitrales que suman más de 300 casos (entre los cuales resaltan las experiencias de Méjico, Argentina, Ecuador y Perú, entre otros) y los laudos hacen referencias a unos y otros y dando lugar a la emergencia de un área de especialización del arbitraje internacional.

movimiento doctrinario orientado a exigir que los extranjeros debían someterse a la exclusiva jurisdicción y ley de los países receptores, sin hacer uso de la protección diplomática. Este principio se encuentra recogido en la mayoría de constituciones latinoamericanas, que progresivamente han permitido excepciones y habilitado la instauraciones de sistema como el CIADI. Para una síntesis interesante de la cláusula Calvo ver: F. TAMBURINI, «Historia y destino de la “Doctrina Calvo”»: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 24. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2002, pp. 81-104.

⁴⁹ Res. 1803, 17 U.N. G.A.O.R. 1962.

⁵⁰ Res. 3281, 29 U.N. G.A.O.R. 1974

⁵¹ Ver *Investment Instruments Online, Bilateral Investment Treaties* de la UNCTAD (<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>)

⁵² M. MONTEAGUDO, *supra* 9, pp. 206-213.

3. *La construcción de un nuevo derecho internacional de inversiones: ¿ingreso a un verdadero orden jurídico?*

Si bien este nuevo Derecho Internacional de la Inversión Extranjera ha sido construido con el ánimo de reestablecer la confianza mutua y garantizar un régimen jurídico estable a la inversión de mediano y largo plazo, que en el caso de América Latina se ha venido incrementando de manera sostenida, no se trata precisamente de un orden jurídico siempre coherente y sujeto a mecanismos de supervisión global. El sistema del CIADI de alguna forma ha consolidado el ingreso o la aspiración de ingreso directo de *principios* de derecho internacional (ampliamente defendida por muchos países industrializados a lo largo del siglo XX),⁵³ en la solución de controversias entre inversionistas y Estados nacionales. Concretamente, el artículo 42 (1) del Tratado del CIADI establece que el Tribunal arbitral *decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*. De acuerdo a esta norma en la revisión y examen del tratamiento de la inversión extranjera por parte de un Estado, los árbitros se encuentran en aptitud de aplicar directamente normas o principios de derecho internacional ya no en forma supletoria, para llenar lagunas o corregir al derecho interno sino por una elección discrecional que se juzgue más apropiada. Así ha venido siendo interperutado desde el caso *Wena v. Egipto*, como lo apunta el profesor Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi.⁵⁴

Otro ejemplo interesante del singular curso del nuevo Derecho Internacional de la inversión extranjera son las variadas concepciones de los Tribunales del CIADI sobre el estándar de tratamiento justo y equitativo y de protección y seguridad plenas en favor de la inversión extranjera. Mientras que para el Tribunal del caso *Metalclad*⁵⁵ y *TECMED*⁵⁶ el estándar estuvo asociado a la transparencia y predictibilidad de las acciones del poder

⁵³ D. CARREAU, T. FLORY & P. JUILLARD, «Droit International Economique», pp. 632-648 (Paris: LGDJ, 1990).

⁵⁴ Ver: E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI, «The Meaning of »and« in article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process,» *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 18, p. 375 (2003).

⁵⁵ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).

⁵⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).

público,⁵⁷ en el caso *S.D. Myers* el incumplimiento de ambos estándares están referidos a la violación del trato nacional. Igualmente llamativos son los fallos conradictorios en situaciones análogas, como lo reporta el profesor Gaillard. La decisión de 2006 del caso *Telenor* contradice directamente la jurisprudencia instaurada desde la decisión *Maffezini* (2000) sobre la aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida al mecanismo de solución de controversias. Asimismo la decisión sobre el principio de responsabilidad de 2006 por el conflicto de Argentina con LG&E se opone frontalmente a la del caso CMS (2006).⁵⁸ Indudablemente este tipo de situaciones puede presentarse naturalmente en la jurisprudencia arbitral internacional privada. El inconveniente de la problemática señalada en el arbitraje de inversiones radica en que se compromete la responsabilidad internacional de los Estados, sin mecanismos que supervisen la coherencia global del derecho aplicable. Este es uno de los retos más importantes para el futuro del Derecho Internacional de las inversiones

Los países miembros de la Unión Europea también se han integrado al proceso de *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera, suscribiendo tratados bilaterales entre sí y con terceros países, entre los cuales se encuentran una buena parte de países Latinoamericanos. Justamente, en el seno de la Unión Europea ya han aparecido algunas interesantes reacciones frente a los riesgos de fragmentación de este campo del derecho internacional. Por ejemplo, en la acción iniciada por la Comisión Europea contra Suecia, el TEJ confirmó que dicho país no había cumplido con eliminar la incompatibilidad de sus acuerdos bilaterales de inversión, suscritos con diversos países antes de su adhesión a la Unión, puesto que no contenían la expresa mención a la facultad del Consejo para establecer excepcionalmente controles a la circulación de capitales.⁵⁹ Incluso el *National Board of Trade* de Suecia ha sugerido que la Unión Europea tenga una competencia exclusiva en la negociación de los acuerdos bilaterales de inversión que suscriban los miembros con terceros países.⁶⁰

El Derecho Internacional de la Inversión Extranjera continúa su desarrollo, acompañando un proceso global de movimiento de las inversio-

⁵⁷ Ver G. GAGNÉ & J.-F. MORIN, «The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT», *Journal of International Economic Law* 9 (2), p. 369, (2006).

⁵⁸ E. GAILLARD, «Chronique des sentences arbitrales» Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), 255, *Journal du Droit international* Vol. 134, p. 255 (2007).

⁵⁹ Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Suecia (C-249/06)

⁶⁰ Ver Carolin HJÄLMOROTH & Stefan WESTERBERG, «The Contribution of Trade a new EU growth strategy Ideas for a more open European economy» (Part 1 A common investment policy for the EU) (Kommerskollegium, National Board of Trade, Sweden).

nes y en el corto plazo, no parece claro que la diseminación de principios y acuerdos bilaterales derive en un sistema multilateral. De la misma forma que el *soft law*, asistimos a un crecimiento *alternativo* de reglas internacionales a las que ingresan, con detractores, un buen número de países de América Latina. La Bolivia de Evo Morales, como el Ecuador de Rafael Correa han resuelto apartarse del sistema del CIADI, pero estamos lejos de asistir a la conclusión del modelo, que conservando algunas interrogantes, no detiene el crecimiento del flujo de inversiones.

Palabras finales

La realidad —sostenía Malraux— nunca es maniquea y la construcción de una comunidad de derecho como la construcción europea no se enfrenta diametralmente al desarrollo del *soft law* en el contexto latinoamericano. Como dijimos al inicio, se trata de dos modos complementarios de creación de normas económicas internacionales y en consecuencia, ambas *necesitan* convivir. De hecho el hábito *soft* en las relaciones económicas ha facilitado la orquestación de una respuesta global a la crisis financiera internacional generada en Estados Unidos en septiembre de 2008, a través de mecanismos como la Junta de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board, FSB), que incluye a los países del G-20, España y la Comisión Europea. Por otra parte, la crisis financiera de Grecia en el seno de la Unión Europea reclama la activación efectiva de mecanismos regulatorios vinculantes.

América Latina y Europa pueden no solamente acercarse comercialmente, sino también influir significativamente en una de las más grandes transformaciones del Derecho Internacional.

Jurisprudencia

Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

María Luisa Sánchez Barrueco

Profesora de Derecho de la Unión Europea y miembro del Equipo de Investigación
Integración Europea de la Universidad de Deusto

La libre circulación de jugadores «promesa» de fútbol en la Unión Europea. Sentencia *Bernard* de 16 de marzo de 2010¹

El fútbol no es un deporte como los demás. Genera a partes iguales pasiones y rechazos que unen o separan a masas importantes de la población haciéndoles olvidar la crisis económica o sus diferencias políticas, para incomprender a quienes no lo siguen. En España, la explosión de júbilo vivida con ocasión de la victoria en el Mundial de Sudáfrica de 2010 permanecerá en la memoria colectiva por largo tiempo. Las gestas de estos futbolistas, como las de los que los precedieron y las de los que están por venir, serán contadas con honda emoción de padres a hijos y de hijos a nietos, y numerosos jóvenes se esforzarán hasta desgastar los tacos para emular a sus ídolos, pues alcanzar la Copa del Mundo es, en efecto, la aspiración de todos, pero un honor reservado solamente a unos pocos elegidos. Es la culminación de la carrera profesional de cualquier futbolista, una carrera que aunque ahora esté iluminada por millares de flashes comenzó en la ignorada y humilde oscuridad de un club de base. Reconocer la esencial contribución de estos pequeños equipos a la formación de los jóvenes futbolistas en sus inicios es en parte el objeto de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) en el caso *Bernard*, que a continuación comentamos.

En el momento de los hechos, *Bernard* era un joven futbolista en el Olympique Lyonnais (OL). Había firmado un contrato como jugador «promesa» por tres años con este club. Bajo la normativa francesa (estatuto del fútbol profesional, norma asimilada a un convenio colectivo en el ámbito del fútbol) la categoría de jugador «promesa» se define como todo jugador de edad comprendida entre los 16 y los 22 años que firma un contrato de formación por tiempo determinado con un club. La inversión en formación

¹ Asunto C-325/08, Olympique Lyonnais SASP contra Olivier Bernard y Newcastle UFC, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de marzo de 2010.

realizada por el club se ve protegida mediante la posibilidad de exigir al jugador que firme su primer contrato como profesional con dicho club, con anterioridad al término del contrato de formación. Seguro el lector es capaz de recordar algún ejemplo de quienes, fieles al equipo que le vio nacer como futbolistas profesionales, abrazaron sus colores para siempre y rechazaron jugosas ofertas de equipos poderosos en los que quizás hubieran brillado más alto, aun a riesgo de acabar en el banquillo u olvidados por los seguidores. Seguro que recordará igualmente a aquéllos otros que, tal vez por entender que el fútbol es un trabajo o bien por el legítimo derecho a manejar las riendas de su carrera deportiva profesional despojada de adhesiones inquebrantables, «traicionaron» a su afición de origen ante la perspectiva de un mejor salario, de compartir vestuario con jugadores de mayor calidad, o de jugar en una división superior. Bernard pertenecía a este segundo grupo: al término de su contrato de formación rechazó el contrato ofrecido por el Olympique Lyonnais por aceptar la oferta más tentadora del club británico Newcastle.

En Francia, el régimen jurídico del fútbol profesional no prevé la posibilidad de exigir indemnización en caso de incumplimiento por parte del jugador. No obstante, el club formador, como empleador que es, está asistido por el derecho laboral general: puede solicitar resarcimiento de daños y perjuicios al empleado jugador en el marco de una acción de incumplimiento contractual grave. Así, OL demandó solidariamente a Bernard y al Newcastle ante el Tribunal de lo Social de Lyon, reclamando el pago de una indemnización equivalente a la retribución que Bernard hubiera recibido en caso de haber firmado el contrato ofrecido por OL. El tribunal de instancia le dio la razón, si bien cuantificó la indemnización en aproximadamente la mitad de lo solicitado.

Esta sentencia fue anulada en apelación porque la Cour d'Appel de Lyon consideró que la disposición nacional que prohíbe a los jugadores promesa firmar un contrato con un club distinto al club formador constituye una violación de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE, antiguamente 39 CE) cuando el club contratante está situado en otro Estado Miembro. OL recurrió la sentencia de apelación en casación y es en el marco de este último procedimiento principal en que la Cour de Cassation francesa decide suscitar la presente cuestión prejudicial.

En la justificación de su petición, la Cour de cassation francesa reconocía la existencia de una restricción a la libre circulación de jugadores promesa en este caso, pero se interrogaba sobre si sería posible reconocer la presencia de una posible justificación en el ámbito específico del fútbol por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores de fútbol profesional, como ya estableció el TJUE en la conocida sentencia

Bosman de 1995². Ante esta razonable duda, la Cour de cassation francesa decidió suspender el procedimiento para elevar al TJUE dos cuestiones prejudiciales que, en esencia, son las siguientes:

1. si el régimen nacional mencionado constituye una infracción conforme al derecho comunitario, y
2. si la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores profesionales constituye un objetivo legítimo o una razón imperiosa de interés general que pueda justificar tal restricción.

Es necesario subrayar la relevancia del presente asunto, como así lo prueba la intervención de cuatro Estados Miembros (Francia, Italia, Holanda y Reino Unido) y la Comisión en apoyo de las partes. Sus alegaciones sugieren aspectos interesantes del caso, aunque el TJUE no siempre los responde.

Por una parte, ¿constituye la contratación y la formación de jóvenes jugadores o no una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción a la libre circulación? Y al respecto, ¿Es legítimo, como sugiere el gobierno italiano, ofrecer una protección específica a los clubes pequeños que disponen de una estructura y un presupuesto limitados?.

Por otra parte, ¿cabe sostener que la indemnización exigida por el OL representa una «compensación por formación» cuando la normativa francesa guarda silencio sobre los criterios para su determinación? Del caso litigioso se deduce que el OL cifraba el daño sufrido no en función de los gastos incurridos en la formación de Bernard sino en la remuneración hipotética que hubiera percibido éste de haber firmado el contrato ofrecido. En este sentido, tanto los Estados Miembros intervinientes como la Comisión recuerdan que el Reglamento de la FIFA de 2001, no estrictamente aplicable a los hechos por ser de fecha posterior a los hechos litigiosos, proporciona reglas para el cálculo de la «compensación por formación» que se ajustan al principio de proporcionalidad. El gobierno neerlandés, además, llega a sugerir dos criterios que debería reunir una indemnización para ser proporcionada: que sea calculada en función del costo satisfecho por el club en la formación del jugador, y que se tome en consideración tanto el provecho obtenido de tal formación por el club como el período de tiempo durante el que ha podido beneficiarse de ella.

Veamos cuál fue el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 16 de marzo de 2010.

No resulta problemático, aunque sí de mención necesaria en primer lugar, despejar las posibles dudas acerca de si la libertad comunitaria de cir-

² Asunto C-415/93, Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Rec. p. I-4921.

culación de trabajadores resulta aplicable a los hechos litigiosos. Basta remitirse a la reiterada jurisprudencia comunitaria que establece sólidamente que el deportista profesional o semiprofesional realiza una actividad por cuenta ajena retribuida (ya sea por cuenta ajena o como prestador de servicios) y, en este sentido, constituye un trabajador a la luz del ordenamiento jurídico comunitario, debiendo sujetarse a sus prescripciones. El hecho de que el régimen francés aplicable se halle recogido en un convenio colectivo en vez de en un reglamento o ley tampoco obstaculiza la aplicabilidad del artículo 45 TFUE al caso, desde el momento en que rige de manera vinculante las condiciones en que se desarrolla el trabajo. El objetivo de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario motiva que el artículo 45 TFUE resulte aplicable no solamente a las disposiciones de carácter legislativo emanantes de las autoridades públicas, sino igualmente a normativas de distinta naturaleza, tal como convenios colectivos.

El reconocimiento de que un régimen francés como el descrito restringe la libre circulación de jugadores promesa en la Unión Europea tampoco plantea dificultad. A la luz de la consistente jurisprudencia comunitaria en materia de mercado interior, resulta muy poco efectivo el argumento invocado por OL de que en realidad el régimen francés no prohíbe expresamente al jugador promesa que firme su primer contrato con otro club, ya sea nacional o extranjero, sino que únicamente lo sujeta al pago de una sanción. Para el Tribunal de Justicia, toda medida nacional que coloca a un nacional de un Estado Miembro en una situación desfavorable en el supuesto de que desee ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro constituye una restricción a la libre circulación de personas. En este caso, la posibilidad de verse condenado al pago de la indemnización hace menos atractivo el ejercicio del derecho a la libre circulación para los jugadores promesa. La existencia de una violación a la libre circulación de los trabajadores garantizada dentro de la Unión en virtud del artículo 45 TFUE no se discute, por tanto.

En cambio, el núcleo de la sentencia se centra en la interpretación de si el ordenamiento jurídico comunitario admite la existencia de una excepción legítima a la libre circulación de trabajadores en este caso.

Recordemos que los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para consolidar una restricción a la libre circulación de personas exigen el cumplimiento exhaustivo de tres criterios: el criterio de motivación suficiente (la medida nacional debe perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado, justificado por razones imperiosas de interés general), el criterio de necesidad (la medida nacional debe ser adecuada para la consecución del objetivo) y el criterio de proporcionalidad (la restricción impuesta no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo).

Respecto al primer criterio, la situación en el caso concreto se presta a recordar la jurisprudencia comunitaria iniciada en 1995 con ocasión de la importante sentencia *Bosman*, en la que el TJUE reconoció que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo, y ello debido a la considerable importancia social que reviste el fútbol dentro de la Unión. La sentencia *Bosman* asignó a la actividad futbolística un carácter específico en relación con otras actividades económicas sujetas a la libre circulación de trabajadores, que la hacía merecedora de excepciones.

El carácter específico del fútbol estriba en la importante función social y educativa que desempeña. La contribución del deporte en general, y del fútbol en particular, a la difusión de valores físicos y morales en la población resulta especialmente evidente en los clubes de base, que canalizan en toda Europa las ilusiones de millones de niños y jóvenes deseosos de imitar a sus ídolos, aquéllos que defienden los colores de la selección o de su equipo favorito. Sin la labor formativa que realizan los pequeños clubes regionales sobre la cantera juvenil, poco futuro tendrían los grandes clubes que mueven cantidades exorbitantes en concepto de derechos de emisión o publicidad.

Los pequeños clubes de divisiones inferiores invierten en la formación de las jóvenes promesas durante su etapa semi-profesional pero, como el TJUE señaló en su sentencia *Bosman*, «es imposible prever con certeza el futuro deportivo de los jóvenes jugadores. Sólo un número limitado de ellos llegan a jugar como profesionales, de modo que no puede haber seguridad de que un jugador en formación resultará ser un activo valioso bien para el club formador o para cualquier otro club» (punto 109). En *Bernard*, el Tribunal recuerda que «esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club» (punto 42), añadiendo a renglón seguido que los beneficios que el club formador puede recibir durante el periodo de formación compensan tan solo parcialmente la inversión realizada.

Los clubes pequeños, lamentablemente, carecen de recursos económicos suficientes para ofrecer a sus jugadores promesa al finalizar la fase de formación, unos términos contractuales competitivos cuando un gran club de primera división se interesa por ellos. En estas condiciones, la inversión realizada por estos clubes (y, por ende, la contratación y formación de jóvenes jugadores) se vería comprometida si se declarara la ilicitud de la compensación por formación. Así lo recuerda el Tribunal cuando afirma que «[é]se es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas

inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte» (punto 44). La imposición al jugador promesa de una compensación de formación constituye por tanto una restricción a la libre circulación de trabajadores, consolidada en la medida en que persigue el objetivo legítimo de fomentar la contratación y formación de jóvenes jugadores de fútbol.

Resta comprobar, sin embargo, el cumplimiento de los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Aunque el Tribunal de Justicia no se detiene a examinar el criterio de necesidad porque es el criterio de proporcionalidad el que plantea mayores inconvenientes y le ofrece una salida más directa al asunto, consideramos oportuno reflexionar brevemente sobre la aptitud de una medida como la examinada para alcanzar el objetivo perseguido. En principio, parecería razonable entender que la obtención de una compensación monetaria al club formador cuya inversión se ve truncada por la huida del jugador a otro club resulta apta para lograr el objetivo de fomentar la contratación o, al menos no disuadirla, de jóvenes jugadores de fútbol. No obstante, creemos necesario recordar que la cantidad a satisfacer por Bernard no reviste la naturaleza de una «compensación por formación» en el marco del régimen jurídico francés del deporte; antes bien, se configura como una indemnización por incumplimiento contractual grave en el marco del derecho laboral. Esto acarrea una consecuencia nada desdeñable a nuestros ojos: en su origen, el régimen francés ata irremediabilmente al jugador promesa al club formador y lo coloca en una posición subjetiva de culpabilidad cuando intenta decidir libre y autónomamente la trayectoria inicial de su carrera profesional. La forma como se han configurado jurídicamente las relaciones entre el jugador promesa y el club formador en Francia hace que la ruptura unilateral y culpable del contrato quede como una mancha en la honorabilidad del jugador, que merece ser castigada. La justificación teleológica de la «compensación por formación» es muy distinta. Esta figura tiene como punto de partida la libertad del jugador promesa para decidir con qué club quiere iniciar su trayectoria profesional como futbolista; pero al mismo tiempo reconoce que la inversión realizada por el club formador no puede ser ignorada y determina unos criterios más o menos objetivos para fijar una compensación monetaria, muy distinta a una indemnización «por mal comportamiento». Quizás sea hilar demasiado fino, pero entendemos que cabe sostener que la naturaleza de una indemnización no es apta para conseguir el objetivo de fomentar la contratación de jóvenes futbolistas, aunque en la práctica conduzca igualmente a compensar económicamente al club formador, pues en esencia se trata de una figura que niega la libertad personal del jugador promesa y afea jurídicamente su comportamiento.

El Tribunal de Justicia centra sus reflexiones en el examen del criterio de proporcionalidad, que plantea mayores inconvenientes a la parte demandante en el principal. En efecto, parece deducirse del litigio principal que la determinación de la indemnización por parte de las autoridades francesas peca de arbitrariedad. En primer lugar, este régimen carece de mención expresa a la existencia de criterios objetivos para el cálculo de la misma y, de existir, no fueron puestos en conocimiento de la parte afectada (el jugador promesa) por adelantado, como bien subraya el gobierno holandés y reconoce el Tribunal de Justicia.

Por otra parte, resulta de los autos que la indemnización no se calculaba en relación con los costes de formación soportados por el club formador había soportado, sino en relación con la totalidad del perjuicio sufrido por éste

Todo ello induce al TJUE a dictaminar, en el punto 48 de la sentencia, que «la perspectiva de percibir tal indemnización iba más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores y para financiar esas actividades». En consecuencia, resulta claro que el régimen francés no reúne los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad. A la luz de la sentencia del Tribunal en esta cuestión prejudicial, parece previsible que la Cour de Cassation francesa dictaminará en el asunto principal anulando la sentencia de la Cour d'Appel de Lyon o determinando una indemnización más ajustada al perjuicio sufrido por el OL en el supuesto concreto de Bernard.

No podemos evitar finalizar estas reflexiones llamando la atención sobre dos aspectos curiosos, a nuestro entender, de los que la Abogada General Eleanor Sharpston se hace parcialmente eco en sus conclusiones³, pero que resultan silenciados en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Por una parte, debe resaltarse que las reflexiones del presente caso podrían encontrar aplicación más allá de un sector económico tan específico como es el fútbol, haciéndose extensivas al conjunto de actividades sujetas a los principios de la libre circulación de trabajadores, por cuanto se pretende dilucidar los derechos de cualquier un empleador que desea invertir en la formación de un trabajador pero se resiste a ver que ese trabajador se lleve inmediatamente las valiosas aptitudes adquiridas a la competencia. Como acertadamente señaló el gobierno neerlandés, se trata de un problema de tipo general que excede el ámbito de aplicación específico en el litigio principal. No obstante, como señala la Abogada General en el punto 31 de sus conclusiones, «no se han presentado ante el Tribunal de Justicia observaciones suficientes para tratar adecuadamente del

³ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 16 de julio de 2009.

problema más amplio». La tal vez excesiva contención de la Cour de Cassation francesa al plantear las cuestiones motivará probablemente que la próxima vez que se suscite en sede jurisdiccional nacional la protección de la inversión en formación de un empleador, el juez encargado de dictar sentencia se vea impulsado a plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal comunitario.

Resulta aún más llamativo lo siguiente. Aún confesando nuestra más absoluta ignorancia sobre los detalles de la actividad futbolística profesional como actividad económica que mueve ingentes cantidades de dinero en Europa, a nadie se le oculta que la situación empresarial del Olympique Lyonnais difícilmente puede encajar en la imagen del humilde club formador de base cuyos intereses legítimos se pretende justificar de manera reiterada a lo largo de la sentencia comunitaria. Existe probablemente una diferencia objetiva que hace que jugar en la liga inglesa o en el Newcastle se hiciera más atractivo a los ojos de un jugador como Bernard, pero la distancia entre ambos clubes no es en modo alguno comparable a la que hubiera existido respecto a, por ejemplo, un equipo de tercera regional como la Cultural de Durango. ¿Nos hallamos realmente ante una lucha desigual pareja a la de David contra Goliat, que merezca una protección jurisdiccional especial? En nuestra opinión, no.

Hubiera sido, por tanto, altamente interesante que el juez, o las partes, en el procedimiento principal hubieran situado la cuestión en el marco del derecho comunitario de la competencia, al menos de modo complementario al análisis en el marco de la libre circulación de trabajadores. La abogado general tiene el acierto de sugerirlo, en el punto 43 de sus conclusiones, cuando afirma que «si bien la disputa entre el Olympique Lyonnais y el Newcastle United puede guardar relación ciertamente con cuestiones del Derecho de la competencia éstas no han sido planteadas por el tribunal remitente, por lo que los Estados miembros y la Comisión no han tenido oportunidad de comentarlas».

Con estas últimas reflexiones pretendemos subrayar, por tanto, la importancia que reviste el hecho de que el juez nacional sepa situar las cuestiones planteadas en el contexto adecuado dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Sólo así podremos disfrutar la oportunidad de sacar el máximo partido posible a las interpretaciones del Tribunal de Justicia comunitario en sede prejudicial. Aunque la jurisprudencia reiterada del TJUE sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales rechaza de plano la respuesta a cuestiones puramente teóricas de interpretación del derecho comunitario, cuya utilidad para resolver en el litigio principal sea dudosa; no es menos cierto que un planteamiento excesivamente restrictivo de la cuestión prejudicial por parte del juez nacional equivale a limitar el margen de actuación del juez comunitario y, por tanto, su utilidad.

Los límites del principio de cautela en relación con el principio de proporcionalidad aplicados a la comercialización de complementos vitamínicos, en ausencia provisional de armonización de las cantidades máximas de nutrientes que éstos pueden contener. Sentencia *Solgar* de 29 de abril de 2010⁴

Basta una visita al hipermercado más cercano a nuestro hogar para comprobar que sus estanterías se han llenado en los últimos años de alimentos que contienen fuentes concentradas de nutrientes, y que se presentan con la finalidad de complementar la ingesta de tales nutrientes en la dieta normal, permitiendo al consumidor compensar estados de carencia alimenticia. Leche enriquecida con calcio hierro y omega-3, mantequilla o yogures enriquecidos con vitaminas A, D y E, zumos enriquecidos con vitamina C y un largo etcétera de productos destinados al consumo humano que nos prometen una mejor salud.

En efecto, la época actual es testigo del abandono progresivo de la interpretación de que los suplementos vitamínicos y de minerales constituyen medicamentos o productos paramédicos que se procuran en farmacias o herbolarios. Ahora, los complementos vitamínicos entran en nuestras mesas, de manera cotidiana y paralela, insertos en la composición de productos alimenticios ordinarios (aunque hayan sido tratados artificialmente) que se presentan como tales y no como productos de origen más próximo al de un medicamento. Sin embargo, ni químicos ni nutricionistas ni médicos se ponen de acuerdo sobre la efectividad real de tales complementos, ni sobre las consecuencias que puede tener para la salud un exceso de determinadas vitaminas o minerales en el organismo debido a la interacción de varios productos enriquecidos en ellos. Cuando un médico se plantea tratar la osteoporosis de una señora de edad no toma en consideración si ésta toma habitualmente leche enriquecida con calcio, le receta directamente el suplemento cálcico de compra en farmacias.

En la mayoría de supuestos, el organismo expulsa de modo natural el exceso de vitaminas o minerales. Existen excepciones, sin embargo, en que la presencia de dichos elementos en cantidades superiores a lo deseable desencadena un riesgo para la salud, bien por sus propios efectos, bien porque compite con otros elementos que también nos son beneficiosos. Este riesgo se acentúa lógicamente en los organismos enfermos o en los colectivos especialmente vulnerables, como son las mujeres embarazadas, los niños o los ancianos. Por poner varios ejemplos, un exceso no eliminado de calcio puede producir cálculos de riñón o dañar las glándulas paratiroides, nive-

⁴ Asunto C-446/08, *Solgar Vitamin's France y otros c. Ministre de l'Économie, Ministre de l'Agriculture y Ministre de la Santé*, Sentencia de 29 de abril de 2010, REC PUBLICACIÓN.

les excesivos de hierro se hallan en el origen de la hemocromatosis que posteriormente se transforma en cirrosis, el abuso de la vitamina A daña igualmente el hígado. Recordará igualmente el lector la costumbre de fluorar las aguas destinadas al consumo humano, que se introdujo hace años en determinadas regiones al objeto de mejorar la dentición de los niños. En esas áreas geográficas, los pediatras recomiendan no dar colutorios infantiles con flúor para evitar las alteraciones óseas en el organismo que el exceso de este mineral produce. No obstante, dejando a salvo los casos extremos, el análisis de riesgo-beneficio de los nutrientes presenta una casuística enormemente compleja tanto por las posibles interacciones entre los mismos como por las condiciones específicas de salud de quienes los toman.

Esta larga introducción pretende subrayar las dificultades planteadas al legislador a la hora de conjugar un nivel adecuado de la protección al conjunto de consumidores con el derecho de determinados individuos en situación médica especial a ingerir los complementos necesarios para mejorar su salud, así como con el derecho de las empresas dietéticas europeas a comercializar sus productos en tanto en cuanto la ciencia no demuestre de modo fehaciente e inequívoco la existencia de un riesgo para la salud. Cuando la salud pública se halla comprometida, parece razonable aplicar el principio de cautela para evitar generar riesgos a la población, sin embargo, llevar el principio de cautela hasta sus últimas consecuencias en ausencia de estudios que fijen científicamente el umbral de un peligro objetivo y generalizado, rompería el principio de proporcionalidad. En este telón de fondo se inscribe el litigio principal en el marco del cual el Tribunal de Justicia comunitario responde a la presente cuestión prejudicial.

El caso *Solgar* no es sino un paso adicional en la dilatada lucha que opone a las empresas dietéticas europeas con las autoridades nacionales de determinados Estados y la Comisión acerca de los criterios que deben reinar en la fabricación y comercialización de suplementos alimenticios para conjugar la protección a sectores especialmente vulnerables de la población con la libertad o el derecho de determinados consumidores en condiciones de salud específicas a obtener los beneficios que la ingesta de tales suplementos aporta.

Este conflicto se produce porque, aunque existe una voluntad de armonizar a nivel comunitario los nutrientes que pueden utilizarse en la fabricación de suplementos vitamínicos, persisten aspectos no regulados por la Directiva 2002/46/CE que aproxima las legislaciones nacionales en materia de complementos alimenticios⁵. Ello genera incertidumbre jurídica para las

⁵ Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios (DO L 183, p. 51).

empresas afectadas y dificultades en los procesos de aplicación y adaptación del Derecho interno para las autoridades nacionales, que se encuentran así en una posición incómoda. El Abogado General es especialmente crítico con la Comisión en sus conclusiones, apartados 38 a 41, subrayando que, «a falta del acto normativo de la Comisión en el que se establezcan las cantidades máximas y mínimas de vitaminas y de minerales presentes en los complementos alimenticios, la normativa de la Unión Europea en materia de complementos alimenticios es, en estas condiciones, una verdadera laguna» lo cual tiene dos consecuencias importantes: que «la noción de «producto que cumple lo dispuesto en la Directiva» es, en la práctica, imposible de aplicar, al menos de modo uniforme» y que «los Estados miembros se encuentran en una situación que les imposibilita llevar a cabo los procesos de adaptación de su Derecho interno». Por lo tanto, el Abogado General considera que la aproximación de legislaciones en el supuesto concreto de los suplementos vitamínicos es «ineficaz y poco transparente tanto para los Estados miembros como para los productores, al igual que para los consumidores» y califica la situación actual de «inaceptable desde el punto de vista jurídico».

La sentencia Solgar es especialmente relevante por el momento en que ha sido dictada. En efecto, la Comisión Europea lleva más de seis años debatiendo la adopción de medidas de ejecución de la Directiva 2002/46/CE y su preferencia por el enfoque de «solo riesgo» (risk-only) frente al de «riesgo-beneficio» parece quedar reflejada en su intención de regular, en particular, las cantidades máximas permitidas de nutrientes que pueden utilizarse en la fabricación y comercialización de suplementos vitamínicos. Sin duda alguna, los principios de interpretación aportados por el Tribunal de Justicia en esta cuestión prejudicial tendrán un impacto sensible en la propuesta que la Comisión finalmente realice.

Entrando ya en los aspectos procesales del asunto, la petición de decisión prejudicial se produce en el marco de sendos recursos por abuso de poder presentados en 2006 ante el Conseil d'État francés por ocho empresas del sector de los complementos alimenticios y, por otra parte, el Syndicat de la Diététique et des Compléments Alimentaires. Los demandantes pretendían atacar una orden interministerial de los ministerios de agricultura, salud y economía reguladora de los nutrientes que se pueden emplear en la fabricación de complementos alimenticios.

Respecto a los principios establecidos a nivel comunitario, el preámbulo de la Directiva 2002/46/CE admitió que en el futuro se establecieran niveles máximos en los complementos alimenticios para evitar posibles perjuicios, pero al mismo tiempo, supeditaba la imposición de tales niveles máximos de seguridad a que se hubiera efectuado una evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos y a que la ingesta de

estos nutrientes se hiciera en el marco de una dieta normal. La fijación de tales valores concretos para los niveles máximos y mínimos de vitaminas y minerales contenidos en los complementos alimenticios se delegaba en la Comisión, como quedó dicho antes.

La Directiva resulta de aplicación a «los complementos alimenticios comercializados en calidad de productos alimenticios y presentados como tales», que «se entregarán al consumidor final únicamente preenvasados». Respecto a la determinación de niveles máximos de nutrientes presentes en los complementos alimenticios, el artículo 5 de la directiva exige que se tengan en cuenta «los niveles máximos de seguridad de vitaminas y minerales, tal como se hayan establecido mediante la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, teniendo en cuenta, según proceda, los diferentes grados de sensibilidad de las distintas categorías de consumidores», así como «la ingesta de vitaminas y minerales a partir de otras fuentes de alimentación».

En la medida en que un complemento alimenticio cumpla las prescripciones establecidas en la directiva, el artículo 11.1 de la directiva prohíbe a los Estados Miembros que restrinjan la circulación del mismo en la Unión alegando razones relacionadas con su composición, especificaciones de fabricación, presentación o etiquetado. Sin embargo, esta prohibición no vincula a las disposiciones nacionales que sean adoptadas mientras no existan medidas de ejecución a nivel comunitario. Del mismo modo, el artículo 12 permite que los Estados Miembros introduzcan medidas de salvaguardia que suspendan o limiten provisionalmente la aplicación de la directiva respecto a un producto cubierto por la directiva respecto al que, «como consecuencia de datos nuevos o de la revisión de datos existentes» existan «motivos detallados que demuestren que [...] constituye un peligro para la salud humana», aunque debe informar inmediatamente al resto de Estados Miembros y a la Comisión para que ésta, tras consultar al Comité permanente de la cadena alimentaria y de sanidad animal, pueda adoptar las medidas pertinentes.

En parte para transponer la Directiva 2002/46/CE, en parte para aprovechar sus lagunas mientras el proceso de armonización no avanzara, una orden francesa de 2006 estableció una lista de las vitaminas y de los minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios así como las dosis diarias máximas que no pueden sobrepasarse en el marco de dicha utilización. En lo que al flúor respecta, la dosis diaria máxima quedó fijada en 0 mg.

Las empresas dietéticas demandantes impugnaron la citada orden (interponiendo un recurso por abuso de poder) ante el Conseil d'État alegando, en primer lugar, que la delegación en la Comisión de la competencia para fijar las cantidades máximas de nutrientes en los complementos alimentici-

cios eliminaba la competencia legislativa francesa; y por otra parte, que las modalidades de fijación de las dosis diarias máximas establecidas por la norma nacional no cumplieran los principios de la directiva.

El Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 2002/46 conducentes a determinar, en primer lugar, si los Estados Miembros son competentes para definir las cantidades máximas de nutrientes mientras la Comisión no adopte medidas de ejecución de la directiva. En caso afirmativo, se solicita al Tribunal que interprete los principios comunitarios que vinculan a los Estados Miembros en la determinación de las cantidades máximas de nutrientes, en particular:

1. Si puede exigirse a los Estados Miembros que se apoyen en la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, dado que este sector «sigue estando caracterizado por una relativa incertidumbre».
2. Si los Estados Miembros pueden fijar índices máximos cuando es imposible determinar las aportaciones que se han recibido «a partir de otras fuentes de alimentación» (tal es el caso del flúor que se recibe a través del agua en determinadas zonas).
3. Si la fijación de un límite máximo igual a cero es posible sin aplicar el procedimiento de medidas de salvaguardia
4. Si la consideración de la diferencia de sensibilidades respecto a un nutriente concreto entre distintos grupos de la población puede conducir a que se aplique al conjunto de la población la cantidad máxima adaptada a un público vulnerable.
5. Si los Estados Miembros pueden fijar índices máximos cuando no haya límites de seguridad debido a la inexistencia de un peligro demostrado para la salud, es decir, si se pueden fijar índices máximos sensiblemente inferiores a los límites de seguridad científicamente admitidos para estos nutrientes.

El Tribunal no opuso ninguna resistencia al reconocimiento de la competencia de los Estados Miembros para «invadir» la competencia reglamentaria de la Comisión mientras ésta no adopte medidas de ejecución. Tal aspecto ya había sido establecido en un recurso por incumplimiento contra Alemania en una sentencia de 15 de noviembre de 2007.

Ahora bien, entrando ya en las preguntas relativas a las modalidades de fijación de las cantidades máximas de nutrientes, el Tribunal de Justicia concluye que los Estados Miembros están obligados a respetar los principios establecidos en la directiva. Ello es así porque cuando un ámbito es objeto de armonización de legislaciones, la competencia reglamentaria de los Estados Miembros (incluso cuando esta competencia reglamentaria ocupa

la laguna de la normativa comunitaria) está sujeta a límites: las medidas nacionales deben respetar el Derecho de la Unión general y, en particular, orientarse a alcanzar el resultado previsto en la directiva.

Aun que el Tribunal de Justicia no se detiene a examinar los principios del Derecho de la Unión en relación con el ámbito de la salud (sí recuerda y aplica los principios normativos y jurisprudenciales que se refieren a la relación entre el derecho nacional y comunitario en el marco de la armonización de legislaciones), el Abogado General Jääskinen busca en el Tratado la percepción que de este tema tiene el legislador y menciona los artículos 152.1.1 CE, que exige a las políticas y acciones de la Comunidad que garanticen un alto nivel de protección de la salud humana, y 95.3 CE que exige igualmente la garantía de un nivel de protección elevado de la salud humana en el proceso de armonización de legislaciones. En la actualidad, el Tratado de Lisboa refleja dicha preocupación en el artículo 9 TFUE (Disposiciones de aplicación general), 168.1 TFUE (salud pública), y en la Declaración número 32 anexa al Tratado. En todas estas disposiciones predomina la garantía de un nivel elevado de protección de la salud humana como valor primordial.

Además del Tratado, los Estados Miembros deben respetar los principios establecidos por la directiva en cuestión, y ninguna norma nacional puede comprometer el resultado prescrito por la misma. No obstante, difícilmente podría lograrse este resultado si los Estados Miembros no tuvieran en cuenta los elementos de juicio propuestos por el artículo 5 de la Directiva. El Tribunal califica esta disposición como «fundamental» y establece que los elementos de juicio que contiene proceden de un análisis de los riesgos con «vocación de aplicarse a todas las medidas relativas a la seguridad de los alimentos, incluidas las adoptadas a nivel de los Estados miembros» (puntos 29 y 30 de la sentencia), y cuyo objeto es «garantizar la protección de la salud de las personas».

En consecuencia, el Tribunal de Justicia dictamina que el ordenamiento jurídico comunitario exige a los Estados Miembros «una evaluación de los riesgos que se apoya en datos científicos reconocidos, para fijar las cantidades máximas de vitaminas y de minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios hasta que la Comisión establezca esas cantidades», punto 32 de la sentencia.

El apartado tercero de la segunda cuestión prejudicial plantea la duda de si un Estado Miembro está obligado a aplicar el procedimiento de salvaguardia para fijar un índice máximo igual a cero, cuando es imposible cuantificar con precisión las aportaciones del nutriente en cuestión procedentes de otras fuentes alimenticias y existen riesgos comprobados.

El razonamiento del Tribunal recuerda un principio reiterado en la jurisprudencia comunitaria: «a falta de armonización y en la medida en que sub-

sisten dudas en el estado actual de la investigación científica, corresponde a los Estados miembros decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar, y exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Unión» (punto 35 de la sentencia).

Posteriormente, el Tribunal descarta la necesidad de respetar el procedimiento de salvaguardia para restringir la circulación de un complemento alimenticio en el estado actual de la armonización comunitaria. El Tribunal reafirma la facultad de apreciación de los Estados Miembros respecto a las condiciones en las que deben comercializarse los complementos alimenticios atendiendo a la especial importancia del objetivo de protección de la salud pública cuando un nutriente que en general es beneficioso puede producir efectos nocivos si se consume en exceso por la interacción con otras fuentes alimenticias incontrolables. Pero el Tribunal llega a la conclusión de que el procedimiento de salvaguardia solo constituye, en técnica jurídica, una excepción a la libre circulación de mercancías en condiciones de armonización completa. Una vez que la Comisión adopte medidas de ejecución, los Estados Miembros se verán limitados en su capacidad de restringir la comercialización de los complementos alimenticios; pero hoy por hoy, como la Comisión no ha adoptado aún las medidas de ejecución en relación con las cantidades máximas de nutrientes, el procedimiento de salvaguardia no resulta aplicable.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, es decir, si el ordenamiento jurídico comunitario impone a los Estados Miembros los elementos de juicio que deben tomar en consideración a la hora de ejercer su libertad para regular las cantidades máximas de vitaminas y minerales. El Tribunal acepta la posibilidad de que la aplicación individual o combinada de los elementos de juicio propuestos por la directiva conduzcan a fijar un valor máximo muy bajo, que incluso puede ser igual a cero en el caso del flúor. La razón es que, en este caso, resulta imposible determinar las aportaciones de flúor procedentes de otras fuentes alimenticias. A la luz de tales conclusiones queda claro que el Tribunal de Justicia abraza el principio de cautela en el ámbito de los complementos vitamínicos cuando existe un riesgo de que la ingesta combinada de varias fuentes pueda conducir a un total diario superior al nivel máximo de seguridad. Y, en este sentido, reconoce la razón a las autoridades francesas frente a las empresas dietéticas.

Sin embargo, creemos que no es una razón absoluta. Si nos fijamos atentamente en la redacción del punto 48 de la sentencia, el Tribunal de Justicia permite a los Estados Miembros fijar un límite máximo igual a cero «si existe un riesgo *comprobado* de que esas aportaciones alcancen el nivel

máximo de seguridad establecido para el mineral en cuestión». En nuestra opinión, el Tribunal encuentra un resquicio para la introducción del principio de proporcionalidad, en el sentido de que el riesgo de superar los niveles máximos de seguridad no puede ser mínimo o incierto, sino que debe tener una base científica.

Con posterioridad, el TJUE aborda la posición de los grupos poblacionales vulnerables. Se pregunta en esencia si el derecho comunitario toleraría una normativa nacional que extiende al conjunto de la población las cantidades máximas del nutriente adaptadas a la sensibilidad particular de un grupo vulnerable, como son los niños. Tal medida conduciría a negar a determinadas franjas de la población los beneficios del nutriente en dosis más reducidas, cuando en este supuesto un etiquetado adaptado permitiría evitar el riesgo de ingesta excesiva antes mencionado.

El Tribunal de Justicia recuerda a los Estados Miembros que, aún cuando ejercen su facultad de apreciación en materia de protección de la salud pública, permanecen sujetos al principio de proporcionalidad, de manera que los medios elegidos han de limitarse a lo que sea efectivamente necesario para garantizar la protección de la salud pública o para respetar exigencias imperativas relacionadas, por ejemplo, con la defensa de los consumidores. Las empresas dietéticas sostenían que la norma francesa cuestionada introduce una restricción a los intercambios en el interior de la Unión que es legítima por el objetivo de protección de la salud pública, pero que cuando cabe la adopción de una medida menos restrictiva (como un etiquetado adaptado a las sensibilidades específicas de grupos determinados de la población) la norma nacional resulta desproporcionada al objetivo perseguido.

Sin embargo, el Tribunal no acoge tales alegaciones y dictamina que «una medida consistente en aplicar a toda la población una cantidad máxima adaptada a un grupo de consumidores vulnerables, como los niños, es necesaria para garantizar la protección de la salud de las personas pertenecientes a dicho grupo, dado que la comercialización de complementos alimenticios cuyo contenido en nutrientes excede de esa cantidad constituye un riesgo real para la salud pública y que no puede alcanzarse ese objetivo mediante medidas menos restrictivas de los intercambios en el interior de la Unión». El TJUE, por lo tanto, parece haber abrazado en el caso *Solgar*, una interpretación extensiva del principio de cautela coincidente con la apreciación que defiende actualmente la Comisión en la fase de elaboración de las medidas de desarrollo.

No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia establece nuevamente dos matices importantes, que sin duda darán qué pensar a la Comisión cuando fije las cantidades máximas de los nutrientes en el desarrollo reglamentario de la Directiva 2002/46:

- Desplaza la carga de la prueba hacia las autoridades nacionales, que deberán demostrar en cada caso que la normativa nacional restrictiva es «necesaria para proteger efectivamente los intereses contemplados en el artículo 30 CE y, en especial, que la comercialización de los productos de que se trata plantea un riesgo *real* para la salud pública».
- A la hora de justificar dicho riesgo real para la salud pública, el Tribunal de Justicia obliga a las autoridades nacionales a remitirse a «los resultados de la investigación científica internacional». Por desproporcionadas, ello deja abierta la vía de la impugnación de dichas medidas restrictivas relativas a sectores o a nutrientes para los cuales no exista certeza científica de un riesgo que la adición de nutrientes a los productos alimenticios puede presentar para la salud pública.

La siguiente cuestión prejudicial cuestiona la validez de un etiquetado adaptado como medida que posibilita cumplir el objetivo de proteger la salud pública por una vía menos restrictiva, lo cual llevaría implícito la calificación de una medida nacional que fija cantidades máximas de nutrientes excesivamente bajas como medida desproporcionada prohibida por el ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal elude responder de manera unívoca a esta duda y la remite a la apreciación del órgano de remisión, a quien corresponde examinar si la información provista en el etiquetado adaptado constituye una medida necesaria y suficiente para garantizar la protección de las franjas sensible de la población.

Sin embargo, el TJUE lanza un mensaje al Conseil d'État sobre la vara de medir que debe emplear en la apreciación de la cuestión, recordándole que el ordenamiento jurídico comunitario ya considera válido el etiquetado como medida de protección suficiente en el caso del flúor. En efecto, el Tribunal de Justicia menciona la Directiva 2003/40/CE, que fija las condiciones de etiquetado para los componentes de las aguas minerales y, en el caso concreto de las aguas que superan el nivel máximo de flúor recomendado por la Organización Mundial de la Salud para los lactantes y menores de 7 años, impone la mención obligatoria en lugar «fácilmente visible para el consumidor» de que dicha agua se considera «no adecuada para el consumo regular de» este sector vulnerable.

El Tribunal considera en el apartado 60 de su sentencia que la necesidad nutricional puede tener relevancia cuando un Estado Miembro analiza el riesgo para la salud pública, pero considera que «la falta de tal necesidad no puede por sí sola justificar [...] una prohibición total de comercializar productos alimenticios legalmente fabricados y/o comercializados en otros Estados miembros». En consecuencia, el apartado 61 de la sentencia concluye que «[l]a consideración de la diferencia de los niveles de sensibilidad de distintas categorías de consumidores sólo puede permitir a un Estado miem-

bro aplicar a toda la población una cantidad máxima adaptada a un grupo de consumidores específico, como el de los niños, si esa medida se limita a lo necesario para garantizar la protección de la salud de las personas pertenecientes a ese grupo y siempre que dicha medida sea proporcionada al objetivo que persigue, el cual no puede ser alcanzado por medidas menos restrictivas de los intercambios en el interior de la Unión, extremo que deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente».

La última cuestión prejudicial analizada por el TJUE plantea la proporcionalidad de una medida que fija límites máximos de nutrientes cuando el fabricante no establece niveles máximos de seguridad, en ausencia de riesgo comprobado para la salud. Se pregunta asimismo en qué condiciones sería posible establecer cantidades máximas a un nivel sensiblemente inferior al de los niveles máximos de seguridad admitidos para esos nutrientes.

Según el Tribunal, los Estados Miembros deben respetar los elementos de juicio propuestos por la directiva a la hora de fijar las cantidades máximas de nutrientes. Entre los mismos, se encuentra la determinación en función de la dosis diaria de consumo recomendada por el fabricante teniendo en cuenta los niveles máximos de seguridad de vitaminas y minerales, tal como se hayan establecido mediante la evaluación científica del riesgo a partir de datos científicos reconocidos, teniendo en cuenta, según proceda, los diferentes grados de sensibilidad de las distintas categorías de consumidores. En todo caso, la fijación de un límite máximo de nutrientes debe apoyarse en los niveles máximos de seguridad, que se establecen a partir de una evaluación científica de los riesgos para la salud de las personas apoyada en datos científicos pertinentes y no en consideraciones puramente hipotéticas.

¿Qué sucede cuando, en ausencia de riesgo demostrado para la salud de las personas, no se han establecido niveles máximos de seguridad? El Tribunal abraza una vez más el principio de cautela y admite que un Estado Miembro pueda apoyarse en la incertidumbre científica sobre si existe un riesgo y cuál es su alcance para introducir medidas restrictivas de la libre circulación, «sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de dichos riesgos», pero el principio de cautela sí conoce límites, puesto que «el análisis del riesgo no puede basarse en consideraciones puramente hipotéticas». Por ello, el Tribunal de Justicia interpreta el alcance y extensión posibles del recurso al principio de cautela en la gestión del riesgo por parte de los Estados Miembros.

El Tribunal comienza reconociendo que cuando se analiza el riesgo para la salud que reviste la ingesta excesiva de una vitamina o mineral debe tomarse en cuenta no sólo los efectos del suplemento vitamínico sino también las otras fuentes, naturales o artificiales, del nutriente que se hallan presentes en el mercado; y que en algunos casos existe un elevado grado de incer-

tidumbre científica y práctica a este respecto. Pero el Tribunal entiende que una aplicación correcta del principio de cautela, es decir, un recurso al principio de cautela que no se restrinja arbitraria ni desproporcionadamente el comercio de los suplementos alimenticios debe apoyarse en tres pilares que el Tribunal desarrolla en los apartados 69 y 70 de la sentencia:

- la «identificación de las consecuencias negativas que puede tener para la salud la adición propuesta de sustancias nutritivas»,
- el «análisis global del riesgo para la salud basado en los datos científicos más fiables de que se disponga y en los resultados más recientes de la investigación internacional», y
- las medidas restrictivas adoptadas a nivel nacional «sean objetivas y no discriminatorias».

En estas circunstancias, los Estados Miembros pueden imponer cantidades máximas permitidas de nutrientes en los complementos vitamínicos que sean sensiblemente inferiores a los niveles máximos de seguridad establecidos para la vitamina o mineral concretos. Pueden hacerlo inclusive en ausencia de niveles máximos de seguridad del nutriente (en ausencia de acuerdo científico sobre la existencia de un riesgo si se ingiere determinado nutriente más allá de una cantidad), según el punto 73 de la sentencia «dado que la fijación de esas cantidades máximas puede justificarse por la consideración de los elementos que figuran en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 2002/46 y que es conforme al principio de proporcionalidad». Esta apreciación «corresponde al órgano jurisdiccional remitente y debe realizarse caso por caso».

A modo de conclusión, en la sentencia Solgar, el Tribunal de Justicia se encontró en la difícil situación de tener que armonizar los intereses de Estados Miembros, consumidores y empresas, dentro de un marco legislativo comunitario deficiente debido a la inacción (¿culpable?) de la Comisión. Ante la duda, la sentencia de TJUE da una de cal y otra de arena: llevando a sus últimas consecuencias el principio de cautela, que es una de las manifestaciones del objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana (protegido reiteradamente por el Tratado), admite una fijación individualizada de las cantidades máximas (de nutrientes que pueden contener los suplementos vitamínicos) que puede llevar en la práctica a una restricción total de su comercialización. La parte de arena para los Estados Miembros, y correlativamente el guiño a las empresas dietéticas, es la exigencia de que una restricción excesiva de la libre circulación de mercancías no podrá imponerse sobre bases puramente hipotéticas. Los Estados Miembros deberán buscar estudios científicos que induzcan a pensar la existencia de un riesgo para la salud humana derivado de la ingesta excesiva de determinadas vitaminas o minerales, aunque no exista unanimidad al respecto.

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. 1. Grecia: Ayudas de 110.000 millones de euros y denuncia de falseamiento de datos estadísticos. 2. Planes de ajuste en España, Alemania, Reino Unido y Francia. 3. Cumbre multilateral UE-América Latina. 4. Cumbre bilateral UE-Marruecos.—II. La actualidad institucional de la Unión Europea. 1. Consejos Europeos de la Presidencia Europea. 2. Eurogrupo: Reunión de jefes de Estado y de Gobierno, mecanismo de estabilización de la eurozona y propuesta de gobierno económico. 3. Nombramiento de la Comisión Europea. 4. Compromiso político para la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. 1. BCE: retirada de inyecciones de liquidez a la banca, supresión de calificación mínima de la deuda griega y compra de la deuda soberana. 2. Comisión: Informe favorable a la adhesión de Estonia a la Unión Monetaria. 3. ECOFIN: propuesta de Directiva para reforzar el control de los fondos de alto riesgo. 4. Parlamento Europeo: bloqueo del Pacto de cesión de datos bancarios a Estados Unidos. 5. Talleres automóviles: normativa a favor de los talleres independientes. 6. Competencia: mecanismo de lucha contra los carteles empresariales con el reconocimiento de la culpabilidad. 7. Denuncia a España por no pagar el gasto médico en países de la Unión Europea. 8. Aprobadas ayudas a la Banca Española (FROB).

Introducción

La incertidumbre económica y financiera ha llevado a los gobiernos de la UE a tomar decisiones sin precedentes, como la aprobación del plan de rescate a Grecia, el mecanismo de estabilización para los países de la Eurozona o los planes nacionales de contención del gasto público.

El Banco Central Europeo también ha cambiado el sentido de importantes decisiones, alejándose de su tradicional ortodoxia monetaria. En este primer semestre de 2010 ha suprimido la calificación de la Deuda griega para aceptarla como aval y ha decidido comprar Deuda soberana de los Estados de la Eurozona.

Es un escenario complejo, sin duda. Las cuentas públicas de muchos Estados de la UE, entre ellos España, no parecen ofrecer garantías suficientes a los mercados y por ello su Deuda se encarece. La respuesta de la Unión parece llegar lentamente y con cuentagotas, con iniciativas como el mencionado mecanismo de estabilización, las propuestas para regular instrumentos financieros de riesgo, los nuevos planteamientos de coordinación en materia de política económica, o la tasa bancaria para costear futuras crisis financieras.

Es preciso confiar en que la UE tendrá suficiente «unión» y fortaleza para resistir los efectos de la crisis y para afrontar la desconfianza y los ataques de los mercados financieros.

The economical and financial uncertainty has led the EU governments to make some unprecedented decisions, as the approval of a rescue plan for Greece, a stabilization mechanism for the eurozone countries or the national plans to limit their public expenditure.

The European Central Bank has also changed the sense of some important decisions, moving away from its traditional monetary orthodoxy. In this first six months of 2010, it has lift the qualification on the greek Debt in order to accept it as a guarantee and has decided to buy sovereign Debt to the Eurozone States.

There is no doubt that this is a complex scenery. Public Accounts of many EU Statles, including Spain, do not seem to offer enough guarantees to the markets, and thererfore their Debts become more expensive. EU's answer seems to arrive slowly and little by litle, wth initiatives like the mentioned mechanism of stabilization, proposals to regulate risky financial instruments, new approaches to coordinate economical policy, or the bank tax to afford financial crisis in the future.

It is necessary to be confident that the EU will demonstrate enough «union» and strength to resist the crisis's effects and to face the distrust and the attacks coming from the financial markets.

I. El estado de la integración

1. *Grecia: ayudas de 110.000 millones de euros y denuncia de falseamiento de datos estadísticos*

Los ministros de Finanzas de los Dieciséis países que comparten el euro, de acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), acordaron el 2 de mayo activar un programa de rescate financiero de Grecia que aportará a Atenas 110.000 millones de euros en tres años (2010-2012), de los que 80.000 millones procederán de los países de la eurozona, mientras que el resto, 30.000 millones, será una aportación del FMI.

Alemania será el Estado que más aporte, el 28% del total del plan europeo, es decir 22.400 millones de euros, mientras que España contribuirá al conjunto con 9.792 millones, el 12,24% del préstamo.

En 2010, primer año de aplicación del plan, Grecia podrá recibir hasta 30.000 millones de euros sus socios, incluyendo 3.672 procedentes del Estado español. Según los términos del acuerdo alcanzado, los desembolsos podían empezar a hacerse efectivos el 19 de mayo, cuando Grecia debía hacer frente al vencimiento de deuda de 8.000 millones.

Después de casi tres meses de indecisión, con Alemania en la vanguardia de la resistencia, fueron precisamente esta urgencia de calendario y la constatación por los ministros, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo de que «el acceso de Grecia a los mercados no era suficiente y que proporcionarle préstamos garantizaba la estabilidad de la zona euro en su conjunto» lo que llevó a los socios de la moneda única a la unánime decisión de poner en marcha el mecanismo de apoyo al Gobierno heleno mediante créditos bilaterales que administrará la Comisión.

El acuerdo fue alcanzado tras intensas negociaciones y tras el diseño de un *drástico programa de ajuste* fiscal y de reformas, pactado con el Ejecutivo de Yorgos Papandreu. Ese plan, a juicio de los socios del Eurogrupo, será «capaz de estabilizar la situación fiscal y económica y responder de forma decisiva a los desafíos fiscales y estructurales de la Economía griega».

Con esta ayuda, los socios de Grecia en la eurozona, aliviarán de manera muy importante el coste de los préstamos que este país tiene que pagar en los mercados financieros internacionales. A comienzos de mayo Grecia obtenía estos préstamos a un tipo próximo al 9%, mientras que la ayuda proporcionada por los países del Eurogrupo se concederá a un tipo cercano al 5%. Los créditos del Fondo Monetario Internacional (30.000 millones) serán más baratos.

En el paquete financiero trienal aparece contemplada una partida de 10.000 millones, sin fecha específica de libramiento, para reforzar el sistema bancario griego, que adolece de graves problemas de liquidez como consecuencia de la crisis. La ayuda pretende evitar la quiebra del sistema financiero, lo que arrastraría tras de sí al conjunto del país.

El presidente del Consejo de Ministros de Finanzas de la Eurozona (el «Eurogrupo»), Jean Claude Juncker, destacó tras la presentación del acuerdo la «condicionalidad política firme» que existe entre el programa de ayudas y el cumplimiento de los compromisos de austeridad griegos, que prevén, en su conjunto, el ahorro de 30.000 millones de euros (un 11% del PIB de Grecia) y la reconducción del déficit público «claramente por debajo» del 3% del PIB en 2014, en cumplimiento de las exigencias del Pacto de Estabilidad.

La agenda pactada por el Eurogrupo establece que las autoridades comunitarias se reúnan con las griegas cuando éstas formalicen su demanda de ayuda financiera, para determinar cuantías y objetivos, y, en consecuencia, los tramos para el libramiento de capitales. Los coordinadores de la operación (la Comisión europea y el BCE), podrán negarse a financiar objetivos que no estén directamente vinculados con el plan heleno de estabilidad y ajuste.

Con anterioridad a esta decisión, el 12 de enero, la Comisión había denunciado a Grecia por falsificar deliberada y sistemáticamente los datos de sus Cuentas públicas. Estimaba, en particular, que tanto su Deuda como su Déficit públicos podían superar los publicados por el gobierno heleno.

Bruselas señalaba en su informe que tenía motivos para desconfiar de los datos facilitados por Grecia ya que el sistema no garantizaba «la independencia, la integridad y la responsabilidad de las autoridades nacionales de estadística». Apuntaba asimismo a la escasa cooperación de las diferentes instituciones griegas responsables de estadísticas y al reparto difuso de competencias, que junto con unos débiles procedimientos técnicos hacían que «la calidad de las estadísticas» estuviera «sujeta a presiones políticas y ciclos electorales».

2. Planes de ajuste en España, Alemania, Reino Unido y Francia

La actual crisis económica ha obligado a diferentes Estados de la Unión a anunciar importantes planes de ajuste.

El 12 de mayo, el presidente del Gobierno español Rodríguez Zapatero anunciaba unas drásticas medidas de austeridad que incluían diferentes recortes en el gasto social: reducción de los salarios de los funcionarios en un 5% en 2010 y su congelación para 2011, la suspensión de la revalorización de las pensiones, el fin del cheque bebé y recortes en gastos de medicamentos, dependencia e inversión pública. El objetivo es ahorrar 15.000 millones más de lo previsto entre 2010 y 2011, para volver a un déficit público del 3% del PIB antes de 2013.

El anuncio fue bien recibido por la Comisión y, en palabras de Olli Rehn, comisario de Asuntos Económicos y Monetarios, «las medidas parecen ir en la buena dirección». Su colega español Joaquín Almunia señaló en la misma línea, que «se trata de unas medidas estrictamente necesarias para evitar males mayores en los mercados y para salir de la crisis de la forma más rápida».

Tras la reunión del Eurogrupo del 7 Junio, su presidente Jean Claude Juncker, declaró que «las medidas de ajuste anunciadas hasta ahora por España (y Portugal) para reducir el déficit público son significativas y valien-

tes» y «contribuirán sin duda a estabilizar su nivel de deuda». Juncker añadió que deberán hacerse nuevos esfuerzos de consolidación fiscal «más allá de 2011», lo que incluiría progresos en las reformas estructurales. Para el comisario Rehn, los nuevos objetivos de déficit que se han fijado España y Portugal son «adecuados e implican esfuerzos «sustanciales». El comisario destacó «el compromiso de los dos Gobiernos por hacer todo lo necesario para adoptar medidas suficientes para lograr estos objetivos». En relación con las reformas estructurales emprendidas por ambos países, Rehn precisó que se necesita «hacer más» y animó a los dos países a seguir con las reformas en el mercado laboral y el sistema de pensiones.

En este sentido, la vicepresidenta segunda del Gobierno y ministra de Economía y Hacienda, Elena Salgado, expresó su convicción de que las «las reformas que tenemos en este momento encima de la mesa son importantes» destacando «la del mercado de trabajo y, también, el final de la reforma del sector financiero y la reestructuración de las cajas de ahorros». Recordó que «la Comisión y otros organismos internacionales siempre han afirmado que el mercado laboral español tenía una cierta rigidez y que convenía introducir elementos de mayor flexibilidad».

Por su parte, la canciller alemana Angela Merkel anunció el 7 de junio el mayor ajuste de la historia reciente del país, con un volumen de recortes de 80.000 millones de euros hasta 2014 mediante la introducción de tasas a la banca, al tráfico aéreo y a las compañías eléctricas por sus centrales nucleares. Más de una tercera parte del ahorro procederá del Estado del bienestar, ya que también se anunciaron reducciones en los subsidios sociales a parados y familias, la eliminación de las ayudas por el nacimiento de hijos, y la supresión de 15.000 empleos públicos. Y, también, una profunda reforma de las Fuerzas Armadas, que perderán hasta 40.000 de sus 250.000 efectivos.

Aunque para Merkel este «esfuerzo extraordinario» es preciso para garantizar «la estabilidad del euro» y la «sostenibilidad del país», desde diferentes medios se lanzaron críticas al plan alemán por considerar que el recorte podría desincentivar el consumo interno y poner en peligro el crecimiento europeo, a pesar de la buena salud relativa de la Economía. Alemania cerró 2009 con un déficit del 3,3% del PIB y una deuda del 72,2%, pero se prevé que el déficit aumente este año hasta el 5,5%. Merkel insistió en que el sector financiero contribuirá al ahorro mediante una futura tasa a las transacciones. Aseguró que su Gobierno defenderá la introducción de esta tasa financiera en todo el mundo o, en su caso, en la Unión Europea a partir de 2013. Alemania también introducirá una «tasa ecológica» por pasajero sobre el combustible de los vuelos que partan de territorio alemán, y otra tasa sobre la industria nuclear como contrapartida al alargamiento de la vida útil de las centrales atómicas.

Y también a comienzos de junio, el nuevo primer ministro británico, David Cameron, dibujó un escenario dramático para el Reino Unido si no se pone en marcha de inmediato un plan de reducción del déficit público. Según Cameron, «si no se hace nada», la deuda pública británica podría llegar a 1,4 billones de libras (1,7 billones de euros) en cinco años, el doble que ahora. Y los intereses financieros anuales de esa deuda rondarían los 70.000 millones de libras, «más de lo que el Gobierno gasta ahora en gestionar las escuelas y el transporte. Esto significa que los impuestos, en lugar de pagar escuelas, hospitales y policía, tendrán que ir destinados a pagar intereses de la deuda». Para evitar ese empeoramiento de las finanzas públicas, Cameron anunció que en las siguientes semanas pondría en marcha un plan de reducción del déficit, que afectaría «a todas las personas del país».

Francia también anunció un plan de ajuste el 12 de junio. El primer ministro, François Fillon, anunció que el Estado francés tiene previsto ahorrar 45.000 millones de euros hasta 2013, para cumplir el compromiso de reducir el déficit al 3% del PIB. Aunque no dio detalles sobre el contenido de la limitación del gasto que, con toda probabilidad incluirá la reforma del sistema de pensiones y la elevación de la edad de jubilación, que en la actualidad se sitúa en los 60 años. Según la previsión del gobierno francés, la reducción total de déficit prevista (del 8% actual hasta el objetivo del 3%) asciende a 100.000 millones de euros, la mitad de los cuales se conseguirá por un aumento de los ingresos y la otra, por una limitación del gasto. En esta segunda categoría se incluye la contención del gasto público anunciada, junto con otros 5.000 millones por la supresión de determinadas exenciones fiscales.

3. *Cumbre multilateral UE-América Latina*

La VI cumbre bienal UE-América Latina y Caribe selló el 18 de mayo en Madrid la unidad de acción de los líderes de estas regiones para hacer frente a la crisis económica y financiera, con el consenso sobre la necesidad de incrementar la regulación del sistema financiero global y de lograr una asociación estratégica que facilite el desarrollo mediante el incremento de los intercambios comerciales. Los 60 países de ambos lados del Atlántico acordaron actuar como «socios globales ante retos globales».

El encuentro concluyó con importantes avances en el ámbito comercial: *acuerdos comerciales con Centroamérica, Perú y Colombia* y la decisión de relanzar las negociaciones, suspendidas desde 2004, con *Mercosur* (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

El acuerdo con Centroamérica supondrá el primer pacto de la UE con otra región económica supranacional, y además del refuerzo del diálogo po-

lítico y la cooperación, contempla un acuerdo de libre comercio entre las dos zonas. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá disfrutarán del libre acceso de sus productos industriales en la UE y de mejores condiciones para la exportación de productos lácteos, arroz, carne, azúcar o plátanos.

A cambio, la Unión Europea conseguirá igualmente el acceso libre de sus productos industriales, así como la liberalización en diez años de sus ventas de vehículos de motor en la región centroamericana, entre otras ventajas. También logra un compromiso de protección de denominaciones de origen en productos, como el queso manchego, el whisky o el champán.

Por su parte el convenio con Mercosur, bloqueado desde hace seis años, posibilitaría que Europa suprimiese el 95% de los aranceles a productos de la unión comercial latinoamericana. Por su parte, a la UE se le abriría un mercado de casi 270 millones de personas y un PIB que, en conjunto, se sitúa en el quinto lugar en el mundo. A ambos bloques el acercamiento también les servirá para contrarrestar el creciente poder de China, tanto como socio comercial de Sudamérica como de rival económico de Europa.

«Será el acuerdo más importante para la UE», señaló el presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero. «Supondrá un aumento de las transacciones de 5.000 millones de euros. Además, es un mensaje contra el proteccionismo en plena crisis», añadió. Las reuniones comenzarán en la primera semana de julio, según adelantó el presidente europeo, Herman Van Rompuy.

La decisión fue adoptada a pesar de la fuerte oposición de una decena de países europeos, encabezados por Francia, que intentan proteger sus sectores agrícolas de la avalancha de productos que llegarán de Sudamérica. Para ellos es una calamidad que, por ejemplo, Europa esté dispuesta a dar al Mercosur una cuota de importaciones de carne de 60.000 toneladas anuales (el bloque pide 300.000) y que elimine casi todas las barreras a la entrada de cereales y lácteos. También se escucharon críticas desde asociaciones agrarias españolas, uno de cuyos líderes llegó a afirmar que «para abrir puertas a contrataciones públicas, comercio de servicios y sectores industriales, Europa entrega la ganadería, el azúcar, los cereales y el plátano».

A pesar de los resultados conseguidos, la cumbre se vio deslucida por notables ausencias de líderes europeos, como la de la canciller alemana, Angela Merkel y los primeros ministros de Reino Unido, David Cameron, e Italia, Silvio Berlusconi. Por parte iberoamericana, estuvieron ausentes el presidente cubano, *Raúl Castro*, que nunca acude a estas cumbres, el venezolano *Hugo Chávez*, el nicaragüense *Daniel Ortega* y el uruguayo *José Mujica*.

4. *Cumbre multilateral UE-Marruecos*

El 6 de marzo se inauguró en Granada la celebración de la primera cumbre entre la UE y Marruecos.

Zapatero dedicó su intervención a elogiar la «apuesta de las autoridades marroquíes por la modernización de su economía y por su apertura al exterior», y a recordar que, incluso en 2009, el peor año de la crisis financiera internacional, el PIB de Marruecos creció más de un 5%, lo que corrobora «la creciente aparición de oportunidades de negocio». Junto con el presidente español, el nuevo presidente permanente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, actuó como anfitrión de la reunión, y su protagonismo fue aún más relevante por las ausencias del Rey de Marruecos y de la Alta Representante para la Política Exterior de la UE, Catherine Ashton.

En cualquier caso, el éxito de la cumbre fue su propia celebración, ya que se trata del primer país árabe que mantiene un encuentro de alto nivel con la Unión. Marruecos obtuvo en octubre de 2008 el Estatuto Avanzado de asociación con la UE y en la actualidad se está tratando de darle contenido real. Todas las partes coinciden en que el objetivo a largo plazo es la ampliación del Mercado Único, pero para ello Rabat debería asumir las normativas europeas, lo que no resulta fácil, «teniendo en cuenta la especial situación de algunos sectores muy sensibles», como señalaron las conclusiones de la cumbre empresarial.

Las perspectivas financieras de la política de vecindad de la UE para el periodo 2011-13 atribuyen a Marruecos 580 millones de euros, una cifra que supone más del 10% del total y que convierten al reino alauí en el primer beneficiario de estos fondos.

II. **La actualidad institucional de la Unión Europea**

1. *Consejos Europeos de la Presidencia Española*

Durante el primer semestre de 2010, se han celebrado tres Consejos Europeos que, por vez primera, han sido dirigidos por su presidente permanente, el belga Herman van Rompuy.

En la cumbre celebrada el 11 de febrero, Grecia recibió el apoyo político de la UE y los especuladores financieros fueron advertidos de que la Eurozona se defendería de cualquier actuación turbia en los mercados que buscara desequilibrar su estabilidad financiera atacando a Grecia o a otras Economías. Los Veintisiete declararon entonces que las cuentas públicas helenas debían sanearse por sí mismas, bajo una vigilancia estrecha, cons-

tante y acrecentada de las instituciones europeas y del Fondo Monetario Internacional.

El Consejo Europeo extraordinario finalizó, así, con mensajes de solidaridad hacia Grecia pero sin apoyos financieros concretos «que el Gobierno griego no ha solicitado», según afirmaba el comunicado final de la cumbre.

Los Veintisiete otorgaron su visto bueno al Programa de Estabilidad revisado que Atenas presentó a Bruselas, y que contemplaba drásticas reducciones del gasto público, hasta situar el déficit por debajo del 3% del PIB en 2012. La vigilancia de las finanzas griegas sería excepcional y la llevarían a cabo, conjuntamente, la Comisión y el Banco Central Europeo, con el apoyo técnico del Fondo Monetario Internacional.

Otra conclusión relevante de la cumbre fue el mensaje, dirigido a los especuladores de los mercados financieros, de que los Estados miembros tomarían «medidas decididas y coordinadas, si fuera necesario, para proteger la estabilidad de la zona euro en su conjunto».

Por su parte, la cumbre de primavera, que se celebró el 25 y 26 de marzo, finalizó con el acuerdo sobre lo que podrían ser los cimientos de una mayor coordinación económica en la UE.

Los líderes comunitarios acordaron la puesta en marcha de un nuevo marco de vigilancia que aspiraría a convertirse en un gobierno económico europeo y que debería permitir a la UE cumplir los objetivos de la Estrategia 2020 (tasa del empleo del 75% e inversión en I+D del 3% del PIB), pactados también en la cumbre. También debería ayudar a evitar nuevas crisis como la de Grecia, país que en la primera jornada de la cumbre obtuvo la promesa de préstamos bilaterales pero sólo como complemento a un rescate del FMI.

El acuerdo alcanzado emplazaba a la Comisión Europea a utilizar los poderes que le confiere el Tratado de Lisboa para estrechar la vigilancia sobre la situación económica de los diferentes socios. Bruselas podrá pedir explicaciones a las capitales europeas sobre asuntos hasta ahora considerados tabú a nivel comunitario, como la presión fiscal y la regulación de los mercados laborales. Y podrá emitir recomendaciones directamente, sin consultar al Consejo de ministros de Economía de la UE, para que un país ajuste sus parámetros internos a las prioridades del conjunto de la Unión.

El tercer Consejo Europeo celebrado en el primer semestre de 2010 tuvo lugar el 17 de junio. Aunque la reunión comenzó marcada por los rumores de incertidumbre sobre la capacidad española para financiar su Deuda, finalmente los debates se centraron en la conclusión de una serie de acuerdos relevantes.

Así, los líderes europeos alcanzaron acuerdos importantes para avanzar en la gobernanza económica de la Unión, con el reforzamiento de elementos preventivos y correctivos del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y

Crecimiento. Estas medidas incluyen sanciones por la infracción de los objetivos de consolidación del equilibrio presupuestario y, también, el acuerdo de que deberán establecerse, a partir de enero de 2011, en el primer semestre del año, los criterios básicos sobre los que los países deberán elaborar sus presupuestos y asegurar la calidad de sus estadísticas, básicas para la vigilancia presupuestaria.

El Consejo Europeo también aprobó la imposición de una tasa a la banca que ayude a sufragar futuras crisis financieras y que, por tanto, deberá cubrir el coste de sus propios errores. El objetivo es evitar que, en el futuro, las crisis financieras sean pagadas nuevamente por los contribuyentes, como ha ocurrido con la actual crisis, que ha requerido la movilización de fondos equivalentes al 13% del PIB de la Unión entre recapitalizaciones, avales, garantías y liquidez. La medida pretende, en este sentido, llegar a un reparto más equitativo del coste de las futuras crisis del sistema financiero.

Además, los Veintisiete decidieron que los llamados «test de resistencia» realizados a los 25 mayores bancos de la UE y que miden su capacidad para soportar condiciones extremas en los mercados, deberán ser publicados antes de fin de Julio. El mismo procedimiento se aplicará, en el futuro, a entidades de menor tamaño y los resultados se harán públicos a medida que se vayan terminando las pruebas.

Se trata, como destacó el presidente del gobierno español Jose Luis Rodríguez Zapatero, de un ejercicio de transparencia sin precedentes que contribuirá a combatir la especulación en los mercados, aunque, ciertamente, no resultará sencillo para los bancos puesto que les obligará a descubrir sus «secretos».

Los Veintisiete aprobaron también el inicio de las negociaciones de adhesión con Islandia. El inicio de las negociaciones está previsto para este mismo año, aunque antes es preciso que el Consejo apruebe el mandato negociador, que establecerá el marco en que tendrán lugar esas conversaciones.

2. Eurogrupo: Reunión de jefes de Estado y de Gobierno, mecanismo de estabilización de la Eurozona y propuesta de Gobierno económico

Por segunda vez en los once años de historia de la Unión Monetaria, los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro celebraron una reunión el 7 de mayo en Bruselas.

La primera cita había tenido lugar en París, en 2008, después de que la caída de Lehman Brothers arrastrase a una buena parte del sector bancario europeo. Y en esta segunda ocasión, el Eurogrupo de «máximo nivel» se celebró después de una semana negra en las Bolsas europeas y en medio de

señales cada vez más claras de que se estaba produciendo un contagio de la crisis de la deuda de Grecia a otras Economías del sur de Europa.

La reunión había sido convocada inicialmente para ratificar la ayuda de 110.000 millones de euros a Grecia en préstamos del FMI y de los países de la zona del euro, que había sido acordada unos días antes por los ministros de Economía. Sin embargo, derivó rápidamente en un debate más tenso y centrado en las medidas a tomar para evitar una extensión de la crisis y el contagio a toda la zona euro.

Los Dieciséis gobiernos acordaron poner en marcha de forma inmediata un mecanismo que, «movilizando todos los medios» financieros a disposición de las instituciones y de los Estados del euro», defienda la estabilidad de la unión monetaria europea. Asimismo, y con el propósito de dar una imagen de fortaleza y unidad, los líderes europeos se comprometieron a cumplir sus objetivos de reducción de déficit e incluso a «tomar medidas adicionales» para asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas.

En cumplimiento de esta decisión, el 10 de mayo los Ministros de Finanzas de la Unión Europea acordaron un paquete crediticio sin precedentes, ya que, junto con los recursos proporcionados por el Fondo Monetario Internacional, podría movilizar hasta 750.000 millones de euros, para cubrir las necesidades de los socios con problemas de solvencia y defender a la moneda común.

El mecanismo de rescate acordado por los Veintisiete consta de varios elementos:

- El primero de ellos es una facilidad comunitaria de ayuda a la Balanza de Pagos por valor de 60.000 millones de euros, con los recursos propios de la Unión Europea como garantía,
- En caso de que esta cantidad no bastara, los Estados de la eurozona se comprometen a garantizar préstamos bilaterales por un montante de hasta 440.000 millones de euros adicionales,
- Además, el Fondo Monetario Internacional confirmó que podría aportar créditos por un valor de, al menos, la mitad de lo aportado por Europa (un máximo de 250.000 millones).

El acuerdo significaba, a todos los efectos, la mayor operación financiera acordada hasta la fecha para atajar la especulación contra la deuda soberana de algunos Estados socios del euro y para frenar la caída de la divisa europea.

Por otra parte, el 12 de mayo la Comisión presentó sus propuestas encaminadas a reforzar la coordinación económica de los Estados miembros y la vigilancia presupuestaria.

La Comisión propuso que la presentación de los Programas de Estabilidad y Convergencia debería realizarse durante el primer semestre del año

para comprobar si se adecuan a los intereses de la UE. La comunicación de la Comisión señalaba también que «la revisión previa por los demás países proporcionará las orientaciones para la preparación de los presupuestos nacionales del año siguiente». Se trataba, según estas fuentes, de tener en cuenta «la dimensión europea» a la hora de establecer la política económica y su traslado posterior en la elaboración de las políticas económicas nacionales.

Para los países de la moneda única se propone que «en el caso de insuficiencias indiscutibles en los proyectos presupuestarios para el año siguiente, el Eurogrupo podrá exigir su revisión». Este mayor control plantea, en efecto, la posibilidad de que los socios del euro evalúen los presupuestos nacionales antes de que sean votados por los parlamentos de los Estados.

Un segundo bloque de medidas hace referencia al endurecimiento de las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento:

- El criterio de la Deuda se implementaría en el procedimiento de déficit excesivo. Se propone incluir la Deuda como criterio efectivo, de manera que los Estados miembros cuyo volumen de Deuda supere el 60% de su PIB serían objeto de un procedimiento de déficit excesivo, «si su reducción en un periodo dado está lejos de alcanzar el punto de referencia apropiado».
- Para reforzar la sostenibilidad de las finanzas públicas se establecerán incentivos para que los Estados miembros hagan mejor uso de los fondos públicos de la UE. Los Estados sujetos a procedimientos de déficit excesivo podrán verse obligados a reorientar los fondos comunitarios hacia «actividades que generen aumentos de ingresos o mejoren la calidad de sus finanzas públicas».
- Se propone reforzar la revisión de los desequilibrios macroeconómicos de manera colectiva por todos los Estados miembros, creando un marco estructurado de vigilancia. En esta vigilancia podrían incluirse la tasa de desempleo y las divergencias de cohesión social como criterios de desequilibrios a corregir. Se propone establecer una clasificación de los países, y un control periódico que incluya indicadores relevantes que reflejen «el déficit corriente, la posición de activos netos en el extranjero, los costes laborales unitarios, los tipos efectivos de cambio, así como la deuda pública, el crédito al sector privado y el precio de los activos».

3. Nombramiento de la Comisión Europea

La nueva Comisión Europea asumió el pasado 10 de Febrero sus funciones con 102 días de retraso respecto al vencimiento del mandato de la

anterior (31 de Octubre de 2009), a causa del retraso de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y del fallido nombramiento de la primera candidata a comisaria por Bulgaria.

En efecto, la comisaria propuesta en primera instancia por el gobierno búlgaro, Rumiana Jeleva, quien era ministra de Exteriores de su país, fue acogida con una fuerte oposición por un gran número de medios comunitarios debido a su escaso conocimiento de la cartera que debía ocupar en la Comisión, Ayuda Humanitaria, y también por sus oscuros negocios privados en el pasado y por las presuntas relaciones de su marido con la mafia búlgara.

Tras una tensa audiencia ante los eurodiputados de la comisión de Desarrollo celebrada en enero, Jeleva presentó su dimisión al primer ministro búlgaro quien, de inmediato, presentó el relevo en Kristalina Georgieva. La nueva candidata a comisaria representaba, a todos los efectos, el perfil opuesto a Jeleva, ya que su experiencia profesional en el Banco Mundial desde 1993 (del que era vicepresidenta desde 2008), le permitió superar fácilmente el examen parlamentario.

El 9 de Febrero el Parlamento Europeo dio, finalmente, su visto nuevo a los nuevos Veintisiete comisarios, con el apoyo de los grupos popular, socialista y liberal, que sumaron 488 votos a favor, frente a 137 en contra (entre ellos los votos de los verdes, de izquierda unitaria y de los «eurófobos») y 72 abstenciones (incluidas las de los conservadores británicos).

El portugués Jose Manuel Durao Barroso culminaba así el proceso de su reelección al frente de la Comisión, en una coyuntura de fuertes turbulencias financieras y de dudas sobre la fortaleza del euro, y afrontando también la revisión de la fallida Agenda de Lisboa que pretendía convertir a la UE en la Economía más competitiva del mundo en 2010.

El grupo socialista de la Asamblea de Estrasburgo advirtió a Barroso contra posibles tentaciones presidencialistas, mientras que los liberales le recordaron que su apoyo sólo se mantendrá si Bruselas se convierte en el motor de la integración, «lo que no ha ocurrido durante los últimos cinco años». En esta misma línea se pronunciaron una gran mayoría de analistas al señalar que, en efecto, Barroso debería imprimir un giro social a su agenda, tras un primer lustro en el que se alineó con las tesis más liberales de su partido, el Partido Popular Europeo.

El nuevo ejecutivo comunitario accedió a aceptar un nuevo acuerdo marco de compromisos con el Parlamento, que incluye el impulso de la legislación propuesta por la Eurocámara, el apoyo a la dimisión de los comisarios que pierdan la confianza de los eurodiputados, el control parlamentario de la gestión de todos los comisarios, la participación de la Eurocámara en la designación de los futuros embajadores y enviados especiales, y la intervención parlamentaria en las negociaciones de Acuerdos Internacionales.

En su discurso ante el hemicycle europeo, en el que, con seguridad, quiso contrarrestar la imagen de pasividad de su primer mandato y mostrarse emprendedor y enérgico, Barroso señaló que «la situación económica y social exige un cambio radical del *status quo*».

Entre los nuevos comisarios se encuentra el español Joaquín Almunia, que deja la cartera de Asuntos Económicos y Monetarios para encargarse de la Competencia, cuestión que cobra especial relevancia por las decisiones pendientes de la Comisión en relación a los estímulos fiscales y las ayudas a la banca europea.

También ocupan puestos relevantes la británica Catherine Ashton, como vicepresidenta y Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, el francés Michel Barnier, responsable de Mercado Interior y Servicios, el finlandés Olli Rehn, que sustituye a Almunia en la cartera de Economía, el alemán Günther Oettinger al frente de la cartera de Energía, y el belga Karel De Gucht: nuevo comisario de Comercio .

El nuevo Colegio de Comisarios cuenta con nueve mujeres, la proporción más elevada de su historia, y su mandato se prolongará hasta el 31 de Octubre de 2014, cinco años después de la fecha inicialmente prevista para su toma de posesión en octubre de 2009.

RESPONSABILIDADES DE LOS COMISARIOS DESIGNADOS

- Joaquín ALMUNIA: Competencia. Vicepresidente de la Comisión.
- László ANDOR: Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión.
- Catherine ASHTON: Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y Vicepresidenta de la Comisión.
- Michel BARNIER: Mercado Interior y Servicios.
- Dacian CIOLOȘ: Agricultura y Desarrollo Rural.
- John DALLI: Salud y Política de Consumidores.
- Maria DAMANAKI: Asuntos Marítimos y Pesca.
- Karel DE GUCHT: Comercio.
- Štefan FÜLE: Ampliación y Política de Vecindad.*
- Johannes HAHN: Política Regional.
- Connie HEDEGAARD: Acción por el Clima.
- Máire GEORGHEGAN-QUINN: Investigación, Innovación y Ciencia.
- Kristalina Georgieva: Cooperación Internacional, Ayuda Humanitaria y Respuesta a las Crisis.*
- Siim KALLAS: Transportes. Vicepresidente de la Comisión.

* En estrecha cooperación con la Alta Representante/Vicepresidenta.

- Neelie KROES: Agenda Digital. Vicepresidenta de la Comisión.
- Janusz LEWANDOWSKI: Presupuesto y Programación Financiera.
- Cecilia MALMSTRÖM: Asuntos de Interior.
- Günther OETTINGER: Energía.
- Andris PIEBALGS: Desarrollo.*
- Janez POTOČNIK: Medio Ambiente.
- Viviane REDING: Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía. Vicepresidenta de la Comisión.
- Olli REHN: Asuntos Económicos y Monetarios.
- Maroš ŠEFČOVIČ: Relaciones Interinstitucionales y Administración. Vicepresidente de la Comisión.
- Algirdas ŠEMETA: Fiscalidad y Unión Aduanera, Auditoría y Lucha contra el Fraude.
- Antonio TAJANI: Industria y Espíritu Emprendedor. Vicepresidente de la Comisión.
- Androulla VASSILIOU: Educación, Cultura, Multilingüismo y Juventud.

4. *Compromiso político para la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)*

Los ministros de Exteriores de la Unión Europea cerraron el 26 de Abril un acuerdo político para la creación del futuro Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), sobre la base de la propuesta presentada por la Alta Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Catherine Ashton.

El novedoso organismo, que será dirigido por la propia Ashton, tendrá una dotación económica de 50.000 millones de euros hasta 2013 y unos 5.000 funcionarios. En su estructura se integrará la política europea de seguridad y defensa, la gestión de crisis, la planificación de las misiones civiles y el personal militar. La toma de decisiones seguirá en manos del Consejo y de la Comisión, que mantiene también la competencia para la aplicación técnica de las acciones enmarcadas en este ámbito.

El Servicio tendrá un estatus especial, separado del resto de instituciones, y disfrutará de autonomía en la gestión de su personal y de su presupuesto.

Sus equipos trabajarán en coordinación con los servicios diplomáticos de los Estados y contarán con personal de la Secretaría del Consejo, de la Comisión y un tercio procedente de los propios Estados. Además, las ofici-

* En estrecha cooperación con la Alta Representante/Vicepresidenta.

nas que actualmente tiene la Comisión desplegadas en todo el mundo pasarán a ser delegaciones del SEAE.

Considerado como una de las mayores innovaciones del Tratado de Lisboa, potenciará la imagen y el peso exterior de la Unión. Será la «primera red diplomática mundial», no sólo por el número de efectivos con que contará sino también por la cualificación de su personal: diplomáticos británicos con experiencia y conocimiento de países de su antiguo imperio, diplomáticos franceses conocedores del norte de África y Oriente Medio, diplomáticos españoles conocedores de América Latina y diplomáticos alemanes conocedores de Europa del Este.

La puesta en marcha del servicio está aún pendiente de las negociaciones entre los Estados y el Parlamento Europeo. Aunque los eurodiputados se muestran «muy partidarios» de esta iniciativa y apoyan su rápida creación, también consideran que es necesario debatir los temas del personal del Servicio, lo que incluye el planteamiento de que los trabajadores de la futura diplomacia europea «tengan la posibilidad de trabajar para dicho órgano de forma indeterminada» y que en la plantilla exista un equilibrio geográfico y de género. Si las negociaciones prosperasen, la Eurocámara podría ratificar la iniciativa en el pleno de Julio, con lo que podría empezarse el proceso de selección de personal durante el verano.

En cualquier caso, en este primer semestre del año muchos medios se han hecho eco de un cierto clima de decepción por las primeras decisiones y actuaciones de la baronesa Ashton. Su ausencia en actos importantes de la UE suscitó fuertes críticas y su lenta reacción ante la crisis de Haití dejó en evidencia su falta de visibilidad en la escena internacional.

La británica también ha recibido críticas por haber mantenido el grueso de su Gabinete de su anterior cargo como comisaria de Comercio, un equipo desconocedor de materias de Política Exterior. Y, también, por el nombramiento del portugués Joao Vale de Almeida como nuevo representante de la UE en Washington sin haber consultado previamente a los Estados miembros sobre la idoneidad de dicho candidato. A juicio de muchos analistas, la elección del antiguo jefe de Gabinete de Duraó Barroso fue una decisión unilateral de la Comisión y podría suponer la «devaluación» del puesto, ya que la relevancia del cargo hubiera exigido que fuera ocupado por una persona con una experiencia política importante.

Algunos Estados han mostrado, en este sentido, ciertos síntomas de preocupación ante la situación, entendiéndolo que, en efecto, el puesto de Alto Representante es extraordinariamente exigente, con viajes y alertas constantes, y que reclama liderazgo y conocimiento de los complejos temas de la diplomacia internacional.

III. Cuestiones generales de la actividad económica

1. *BCE: Retirada de inyecciones de liquidez a la Banca, supresión de calificación mínima de la deuda griega y compra de la deuda soberana*

Tal como había anunciado a finales de 2009, el BCE anunció el 4 de marzo el comienzo de la retirada de estímulos de crédito al sistema financiero europeo.

Tras la reunión del consejo de gobierno, el presidente de la institución Jean Claude Trichet, confirmó el fin de las inyecciones de liquidez a seis meses el 31 de marzo y, también anunció que en las subastas a un plazo de tres meses celebradas a partir del 28 de abril se aplicaría un tipo de interés variable.

De esta manera, el Banco Central Europeo dejaría de proporcionar a tipo fijo los fondos solicitados por los bancos de la eurozona en las subastas con vencimiento a tres meses. El cambio significa que las entidades financieras ya no deciden la cantidad de efectivo que les presta el BCE de acuerdo a sus necesidades, sino que deben pujar a un tipo de interés para conseguirlo. En cualquier caso, el BCE decidía, mantener las condiciones en las inyecciones de dinero a un plazo de una semana y un mes, hasta, al menos, el 12 de octubre de 2010.

Trichet quiso subrayar que, a pesar de estos recortes, el Banco Central «seguiría otorgando apoyo de liquidez al sistema financiero en condiciones favorables».

Por otra parte, el 3 de mayo El Banco Central Europeo adoptó una decisión sin precedentes al acordar aceptar los títulos de deuda griega, cualquiera que fuera su calificación, como garantía de los préstamos que concediera a las instituciones griegas. Hasta entonces, el BCE exigía una calificación mínima de la deuda, fijada por las agencias de calificación, para poder aceptarla como aval.

La suspensión de la aplicación de un umbral mínimo de la valoración de la deuda suponía un apoyo decisivo para la banca griega, ya que le permitiría obtener préstamos del BCE a un coste inferior, ofreciendo como garantía títulos del Estado griego, incluso aunque algunos de ellos hubieran sido degradados por las agencias de calificación al nivel de «bonos basura».

El 10 de mayo el Banco adoptó otra decisión insólita, ya que por primera vez en su historia decidió comprar deuda soberana en los mercados. Esta medida, que se aleja de la ortodoxia demostrada históricamente por el BCE, se conoce como «la activación de la máquina de imprimir dinero», o como una política de relajación cuantitativa. El BCE inyecta dinero en las economías a cambio de quedarse con los títulos de deuda nacionales.

Aunque la Reserva Federal americana y el Banco de Inglaterra ya han diseñado medidas de este tipo desde el inicio de la crisis, el BCE se resistía a este alejamiento de la ortodoxia monetaria para «salvar» a los Gobiernos de la Eurozona en apuros, sometién dose a sus presiones políticas. Con esta decisión, se podría concluir que, en efecto, el BCE ya no piensa sólo en el control de la inflación.

2. *Comisión: informe favorable a la adhesión de Estonia a la Unión Monetaria*

La Comisión Europea recomendó el 12 de mayo la adhesión de Estonia al euro, tras comprobar que, pese a la grave crisis que recorre el continente, el país báltico cumple «con claridad» los criterios macroeconómicos exigidos.

Bruselas afirmaba que Estonia es el único de los nueve aspirantes al euro (Bulgaria, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Rumania y Suecia) que reúne los requisitos para implantar la moneda única.

Olli Rehn, comisario de Asuntos Económicos y Monetarios, felicitó a este país, hasta 1991 parte de la Unión Soviética, por su «compromiso duradero con unas políticas económicas prudentes». Y señaló que, para asegurarse de que la adopción del euro sea un éxito, *las autoridades deberán proseguir el esfuerzo* en la misma vía, «permanecer vigilantes» y «reaccionar de forma rápida y decisiva» en caso de que aparezcan desequilibrios macroeconómicos o pérdidas de competitividad.

La tasa de inflación media interanual en Estonia el pasado marzo fue de $-0,7\%$, bastante inferior al valor de referencia europeo, calculado para ese período en el 1% . Por lo demás, Estonia no ha estado sujeta a ningún procedimiento por déficit excesivo. En 2009 registró un déficit del $1,7\%$ del PIB, pese a que el PIB nominal cayó ese año un 15% .

La decisión final sobre la entrada de Estonia en la eurozona será adoptada por los *ministros de Economía de la UE en su reunión de julio*, tras escuchar la *opinión, no vinculante, de la Eurocámara* y tras el visto bueno emitido por los líderes europeos en el Consejo Europeo del 17 de junio. La república báltica podría llegar a ser el decimoséptimo miembro de la Eurozona a partir del 1 de enero de 2011.

3. *ECOFIN: Propuesta de Directiva para reforzar el control de los fondos de alto riesgo*

La reunión de los Ministros de Economía y Finanzas de los Veintisiete del pasado 18 de mayo concluyó con un acuerdo provisional sobre la regu-

lación de los denominados «Fondos de inversión alternativa», que incluyen tanto los fondos especulativos como los fondos de capital riesgo (Hedge Funds y Private Equity, en su denominación anglosajona).

El Ecofin justificó la elaboración de la Directiva porque «sus actividades pueden servir para extender o amplificar los riesgos del sistema financiero». El conjunto de estos fondos, muchos de los cuales se encuentran en paraísos fiscales para evadir impuestos, movilizan dos billones de euros, el doble del PIB de España y hasta la fecha, están regulados de manera muy laxa por disposiciones legales nacionales y europeas.

Con el acuerdo alcanzado, la presidenta semestral del Consejo, la ministra española Elena Salgado, consiguió reactivar la tramitación de la norma que, por primera vez, obligará a los gestores de los «Hedge Funds» a operar con licencia de las autoridades financieras de los países europeos y a facilitar información detallada tanto sobre su nivel de apalancamiento como sobre sus participaciones mayoritarias en empresas europeas, una información que hasta la fecha han guardado celosamente. La nueva norma exigirá a estos fondos mayores cotas de transparencia y responsabilidad.

El Reino Unido había combatido intensamente este proyecto legislativo, porque la «city» londinense centraliza el negocio de estos instrumentos financieros, que, en efecto, operan en la opacidad y sin reglamentaciones. Son casi medio millar los fondos de riesgo que operan desde Londres, el 80% del total europeo, que dan trabajo directo a unos 10.000 especialistas y a otras 30.000 personas de forma indirecta.

El nuevo gobierno británico centró su oposición en el impacto que el texto de compromiso alcanzado por los Veintisiete tendría sobre los operadores de «Hedge Funds» extracomunitarios, ya que define normas diferentes a las aplicables a fondos comunitarios. Según este texto, a los operadores de países terceros se les exigiría que soliciten autorización en cada uno de los países europeos donde pretendan operar. *Reino Unido, en cambio*, reclama un tratamiento similar al recibido por los operadores europeos, de manera que, si estos gestores son autorizados por el supervisor de un Estado miembro, deberían beneficiarse de un «pasaporte europeo» que les permita operar en todos los países de la UE. Ello posibilitaría que, por ejemplo, los Hedge Funds basados en territorios dependientes de Reino Unido como Jersey o las islas Caimán podrían trabajar en toda la UE si los aprueba la autoridad británica.

Las tesis británicas coinciden con las de la Comisión Europea y la Comisión de Economía del Parlamento Europeo. Apenas unos días antes del acuerdo de los ministros, esta comisión parlamentaria había dado el visto bueno al «pasaporte único» que, en efecto, permitiría a los fondos situados en terceros países actuar en el conjunto de la Unión, una vez que hubieran logrado una autorización en un Estado miembro. Los fondos de fuera de la

Unión podrían ser autorizados a comercializar sus productos en la UE, si el país que le otorga la autorización «tiene un nivel de estándares suficientemente altos para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo y concede acceso recíproco a los fondos que operan en la UE».

En todo caso, la posición definitiva del Parlamento deberá decidirse en el plenario de julio tras las preceptivas negociaciones con los representantes del Consejo y de la Comisión Europea.

4. Parlamento Europea: Bloqueo del Pacto de cesión de datos bancarios a Estados Unidos

El Parlamento Europeo rechazó el pasado 11 de febrero el acuerdo provisional alcanzado por el Consejo de Ministros con el gobierno de Estados Unidos para la transferencia de datos bancarios recopilados por la empresa belga Swift en el marco de la lucha contra el terrorismo.

Los datos recopilados por Swift han llegado regularmente a las autoridades antiterroristas estadounidenses, y han servido para identificar operaciones sospechosas de financiación de actividades terroristas y para desbaratar atentados islamistas programados en Europa. La renovación del acuerdo se hacía necesaria porque la empresa belga había modificado su estructura, con la apertura de una nueva sede en Suiza para almacenar la información.

Sin embargo, los eurodiputados rechazaron por una amplia mayoría dicha renovación, por considerar que el Consejo de Ministros no había sido lo suficientemente exigente en la protección y la utilización de los datos. Se lamentaron de la falta de garantías sobre el uso de estos datos personales de los europeos y consideraron el pacto como injusto porque no satisfacía los criterios de «necesidad y proporcionalidad» que deben caracterizar estas transferencias de información,

De esta manera, la presidencia española se veía obligada a reiniciar las negociaciones con la administración norteamericana a fin de alcanzar un nuevo acuerdo, teniendo en cuenta las exigencias marcadas por la Eurocámara, y con el apoyo de la comisaria responsable de Asuntos de Interior, Cecilia Malmström,

5. Talleres automóbiles: normativa a favor de los talleres independientes

La Comisión Europea aprobó el 27 de mayo un reglamento que pretende impedir que los fabricantes de automóviles discriminen a los talleres independientes. La vigente regulación sobre reparaciones, mantenimiento y piezas de recambio en el sector del automóvil permite prácticas que atentan

contra la competencia en detrimento de los intereses de los consumidores. Las marcas pueden negar a talleres externos el acceso a informaciones técnicas o negarse a cubrir garantías si los conductores han llevado antes su coche a esos garajes independientes. «Al contrario de lo que ha ocurrido con los precios de los coches, los costes de mantenimiento y reparación han subido en los pasados años», señaló el comisario de Competencia Joaquín Almunia.

De acuerdo con datos de Bruselas, las facturas por reparación de vehículos se han incrementado en los últimos tiempos de manera notable y actualmente suponen el 40% del coste total del vehículo para un usuario. Esa cifra es «excesiva», subrayó el comisario, por las trabas que las marcas ponen a la capacitación de los talleres independientes.

El nuevo reglamento, que entró en vigor el 1 de junio, someterá a un control estricto de las normas de competencia los acuerdos entre los fabricantes y sus talleres oficiales, siempre que estos últimos copen más del 30% del mercado de reparación y mantenimiento de la marca en cuestión. La Dirección General de Competencia de la CE, dirigida por Joaquín Almunia, cree que prácticamente todas las redes de talleres oficiales superan ese umbral (en algunos casos, incluso el 50%), por lo que el Reglamento afectará a las principales marcas y a casi todos los mercados europeos.

La norma castigará en particular a los fabricantes que denieguen a los talleres independientes el acceso a la información técnica necesaria para unos vehículos cada vez más sofisticados, y será especialmente estricta en el caso de los coches lanzados a partir del 1 de septiembre de 2009. Los fabricantes deberán permitir que sus talleres asociados o sus proveedores vendan piezas de recambio a talleres independientes, aunque sí podrán exigir que las reparaciones cubiertas por la garantía —que pagan ellos— se lleven a cabo en su red autorizada.

6. *Competencia: mecanismo de lucha contra los carteles empresariales con el reconocimiento de culpabilidad*

El comisario europeo de Competencia, Joaquín Almunia, estrenaba, el pasado 19 de mayo un nuevo mecanismo para dismantelar cárteles empresariales mediante un acuerdo con las compañías implicadas, que reconocen su culpabilidad a cambio de una rebaja de la multa del 10%.

Aunque la salida negociada para investigaciones comunitarias sobre acuerdos ilegales entre empresas estaba disponible para éstas desde junio de 2008, la Comisión Europea nunca había cerrado un caso por esa vía. Joaquín Almunia la estrenó en mayo para castigar a un cártel de diez fabricantes de microchips, a los que impuso una sanción total de 331 millones de euros.

Las empresas implicadas (Samsung, Infineon, Hynix, Hitachi, Toshiba, Mitsubishi, Elpida, NEC, Nanya y Micron) admitieron su participación en el cártel, lo que les permitió obtener una rebaja en el 10% de cada sanción individual. A cambio, Bruselas lograba cerrar una investigación que se prolongaba desde hacía ocho años.

El Comisario se mostró convencido de que con el nuevo mecanismo los expedientes se resolverán mucho más rápido. En el caso de los microchips, habían transcurrido sólo 17 meses desde que se entablaron negociaciones con las compañías para un posible acuerdo (enero de 2009) hasta el establecimiento de la sanción final. «Y con lo aprendido en esta experiencia, calculamos que los próximos casos podrán resolverse en seis meses o incluso menos», señaló Almunia.

La resolución pactada no priva a las compañías de la posibilidad de recurrir las sanciones ante el Tribunal de Justicia Europeo, con lo que podría exponerse a la Comisión a una larga batalla. Almunia afirmó confiar en que ese riesgo no se materialice. «Es cuestión de sentido común que, si las empresas están dispuestas a pactar, después no recurran, porque el pleito puede tener consecuencias positivas para ellas, pero también negativas».

El «procedimiento de transacción en casos de cártel», que así se llama el mecanismo estrenado por el comisario Almunia, permite a las compañías discutir con Bruselas las sanciones que estén dispuestas a pagar. Para ello, las empresas investigadas deben comunicar a la Comisión Europea su reconocimiento de culpabilidad y una sugerencia sobre la sanción máxima que esperan recibir. Si el pacto se alcanza, como ha ocurrido por primera vez en el caso del cártel de microchips, Bruselas ofrece a todos los participantes una reducción lineal de la multa del 10%, porque considera que han contribuido de manera equitativa a cerrar el expediente más deprisa. Esta rebaja no impide que cada empresa obtenga otras reducciones en función de su colaboración individual.

«Estamos ante un nuevo hito en la política de la Comisión Europea contra los cárteles», señaló Almunia durante la rueda de prensa en la que anunció la primera sanción que impone desde su llegada a la cartera de Competencia el pasado 10 de febrero.

Aseguró también que esa lucha «continuará sin descanso», y advirtió de no llevarse a engaño con las reducciones de multas: «con o sin negociación, mantendremos el combate».

7. Denuncia a España por no pagar el gasto médico en países de la UE

La Comisión Europea anunció el pasado 5 de mayo que denunciaría al Gobierno de España ante el Tribunal de Justicia por no reembolsar los gastos médicos que los ciudadanos españoles tienen que abonar cuando son

asistidos en otros países de la Unión Europea, violando así la normativa comunitaria sobre los derechos de los pacientes.

De acuerdo a su legislación nacional, España sólo reembolsa las solicitudes de devolución de los tratamientos dispensados en centros ambulatorios u hospitalarios de otros Estados miembros en los casos de «emergencia vital», y siempre que la Seguridad Social autorice previamente su prestación. En muchos casos, España deniega sistemáticamente el reembolso de los costes argumentando que la solicitud se presenta tarde.

En el caso de los cuidados hospitalarios, los pacientes se ven obligados a pagar elevadas facturas por el solo hecho de no haber solicitado una autorización previa, solicitud que en el caso de las urgencias es, muchas veces, imposible.

Esta situación es considerada injusta por la Comisión Europea, ya que vulnera los derechos que tienen los pacientes a la libertad de prestación de servicios. Sostiene que esta situación perjudica a los pacientes españoles que se ven privados del derecho al reembolso del tratamiento ambulatorio dispensado en otro Estado miembro y que sufren así un agravio comparativo, puesto que esas prestaciones no les habrían supuesto coste alguno de haberlas recibido en España.

El Tribunal de Justicia Europeo deberá decidir si España debe modificar sus disposiciones legales. El proceso se inició a raíz de la experiencia de un ciudadano francés, residente en España y afiliado a la Seguridad Social, que fue ingresado en un centro sanitario de forma imprevista durante una estancia en Francia. El paciente tuvo que pagar de su bolsillo una parte de los gastos generados en el hospital galo, gastos que posteriormente no le fueron reembolsados al regresar de sus vacaciones. El afectado denunció el caso ante la Comisión Europea, que inició un procedimiento por incumplimiento contra España

8. *Aprobadas ayudas a la Banca Española (FROB)*

La Comisión Europea aprobó el 28 de enero el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), creado por el gobierno español en junio de 2009 para apoyar, en particular, las fusiones entre Cajas de Ahorro.

Como en el resto de los programas europeos de recapitalización de las entidades de crédito, el visto de bueno de Bruselas sobre el Fondo español tenía una validez hasta el 30 de junio, salvo que España solicitase una prórroga para su aplicación.

La dotación inicial de 9.000 millones de euros del FROB debía alentar los procesos de fusión entre las Cajas españolas, para superar sus problemas de recapitalización.

La concesión de las ayudas se supedita a la presentación de planes de «eficiencia y solvencia», que deben ser aprobados por el Banco de España. Entre las condiciones que necesariamente han de ser analizadas figuran el control de la política de dividendos de las entidades y el régimen salarial de sus directivos.

Antes de facilitar la ayuda, el FROB deberá informar a la Comisión Europea sobre el perfil de riesgo de la entidad beneficiaria, según el criterio del Banco de España. Este análisis deberá permitir a Bruselas fijar las condiciones concretas de cada caso y, en particular, el plazo de devolución del préstamo (entre cinco y siete años) y el tipo de interés que deberá pagar la entidad (entre el 7 y el 9%).

La Comisión afirmó que sería especialmente rigurosa en los casos de ayudas a entidades que no sean consideradas «intrínsecamente sanas». A su juicio, en esta categoría se encuadran las entidades que necesiten una inyección superior al 2% de sus activos ponderados en riesgo. Por encima de este umbral, Bruselas podría exigir un plan de reestructuración.

Cuadernos Europeos de Deusto



Bizkaiko Foru
Aldundia
Diputación
Foral de Bizkaia